

**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO “UNA NUEVA JUSTICIA PENAL”**

**ÁREA DE DERECHO PROCESAL**



**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**

**LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA Y DE  
FORMACIÓN DEL JUICIO DE HECHO EN LOS SISTEMAS  
PROCESALES PENALES DE ESPAÑA Y CHILE**

**TESIS DOCTORAL**

Presentada por:

**Silvana Adaros Rojas**

Codirigida por:

**Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos**

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de València (Estudi General)

**Prof. Dra. María José Mascarell Navarro**

Profesora titular de Derecho Procesal de la Universitat de València (Estudi General)

**Valencia, 2012**

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

|   |           |
|---|-----------|
| ÍNDICE SISTEMÁTICO .....  | 1         |
| SIGLAS Y ABREVIATURAS .....   | 17        |
| INTRODUCCIÓN .....  | 23        |
| <b>CAPÍTULO PRIMERO: MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....</b>  | <b>35</b> |
| I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: DE PRINCIPIO JURÍDICO A DERECHO FUNDAMENTAL POSITIVIZADO .....   | 35        |
| 1. Breve referencia al marco ideológico e histórico de surgimiento del derecho a la presunción de inocencia: la Ilustración y la caída del Antiguo Régimen..... | 35        |
| A) El iusnaturalismo racionalista .....   | 35        |
| B) Los grandes pensadores de la Ilustración en el ámbito del Derecho Penal y del proceso penal .....  | 37        |
| 2. La positivación e internacionalización de la presunción de inocencia .....   | 40        |
| A) El surgimiento del Estado de Derecho y la positivación de los derechos humanos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 .....        | 40        |
| B) Positivación de la presunción de inocencia en España.....  | 46        |
| C) Internacionalización de los derechos humanos y reconocimiento de la presunción de inocencia en los tratados internacionales .....                            | 50        |
| a) Ámbito mundial .....   | 52        |
| b) Ámbito europeo .....   | 53        |
| c) Ámbito americano.....  | 54        |
| D) Positivación de la presunción de inocencia en Chile .....  | 55        |
| a) Sistema procesal penal chileno desde sus orígenes hasta la Independencia .....   | 55        |
| b) Codificación procesal penal chilena a contar de la Independencia hasta antes del Código de Procedimiento Penal de 1906.....                                  | 57        |
| c) El Código de Procedimiento Penal de 1906 y la supervivencia del sistema inquisitivo .....  | 61        |
| d) Modificaciones al Código de Procedimiento Penal de 1906 y supervivencia del sistema inquisitivo.....   | 66        |
| e) El nuevo Código Procesal Penal de 2000 .....   | 70        |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| II.  | ACEPCIONES POSIBLES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....   | 71  |
| 1.   | Como principio jurídico informador de todo el proceso penal de un Estado de Derecho.....   | 72  |
| 2.   | Como regla de tratamiento del imputado.....  | 73  |
| 3.   | Como regla de prueba y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.....                                   | 74  |
| III. | FÓRMULAS PARA ENUNCIAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....   | 77  |
| 1.   | Fórmula positiva y negativa.....   | 77  |
| 2.   | La fórmula negativa de la Constitución italiana de 1948 y la polémica entre las Escuelas Penales italianas.....  | 80  |
| 3.   | La fórmula utilizada por la Constitución española de 1978.....   | 86  |
| 4.   | La fórmula utilizada en el artículo 4 CPPCh.....   | 88  |
| IV.  | NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....   | 92  |
| 1.   | La presunción de inocencia como presunción <i>iuris tantum</i> .....   | 93  |
| 2.   | La presunción de inocencia como “verdad interina”.....   | 95  |
| 3.   | La presunción de inocencia como derecho fundamental.....   | 99  |
| V.   | LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO <i>IN DUBIO PRO REO</i> .....  | 104 |
| 1.   | La carga de la prueba como criterio de solución de la incertidumbre fáctica en el proceso penal.....   | 105 |
| 2.   | El principio <i>in dubio pro reo</i> y su relación con la presunción de inocencia como criterio de solución de la incertidumbre fáctica en el proceso penal..... | 111 |
| VI.  | ÁMBITO MATERIAL Y TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....  | 121 |
| 1.   | Ámbito material de aplicación del derecho a la presunción de inocencia.....  | 121 |
| A)   | Aplicación de la presunción de inocencia en el proceso penal y criterios seguidos por el TEDH.....   | 121 |
| B)   | Aplicación de la presunción de inocencia fuera del proceso penal.....  | 126 |
| a)   | Derecho administrativo sancionador y disciplinario.....  | 128 |
| b)   | Derecho laboral.....   | 130 |
| c)   | Derecho civil y de familia.....  | 135 |

|   |  |     |
|---|--|-----|
| d)  | Aplicación de la presunción de inocencia fuera de todo procedimiento .....                             | 141 |
| 2.  | Ámbito temporal de aplicación del derecho a la presunción de inocencia .....                           | 146 |
| <b>CAPÍTULO SEGUNDO: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL: EXIGENCIA DE UNA “MÍNIMA” ACTIVIDAD PROBATORIA. NOCIONES FUNDAMENTALES ACERCA DE LA PRUEBA PROCESAL .....</b> |  |     |
|   |  | 151 |
| I.  | LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL .....                             | 151 |
| II.   | NOCIONES GENERALES Y ACEPCIONES DE LA PALABRA PRUEBA .....   | 153 |
| III.  | DIFERENCIAS ENTRE AVERIGUAR Y PROBAR.....  | 156 |
| IV.   | EL OBJETO DE LA PRUEBA.....  | 160 |
| 1.  | Concepto y tipos de objeto de la prueba .....  | 160 |
| 2.  | ¿Se prueban los hechos o las afirmaciones sobre hechos?.....   | 162 |
| 3.  | Fijación del objeto de la prueba en concreto en los sistemas procesales penales de España y Chile..... | 167 |
| A)  | En España.....   | 167 |
| B)  | En Chile.....  | 174 |
| 4.  | Datos que pueden encontrarse exentos de prueba.....  | 181 |
| A)  | Hechos notorios.....   | 181 |
| B)  | Máximas de experiencia.....  | 191 |
| C)  | Datos de Derecho escrito o consuetudinario .....   | 196 |
| V.  | FIN Y RESULTADO DE LA PRUEBA .....   | 199 |
| 1.  | El fin de la prueba en la doctrina .....   | 199 |
| A)  | La prueba como instrumento para establecer la verdad de un hecho .....                                 | 201 |
| B)  | La prueba como instrumento para la fijación formal de los hechos.....                                  | 204 |
| C)  | La prueba como instrumento de convicción judicial.....   | 205 |
| D)  | Teoría ecléctica .....   | 210 |
| E)  | Rehabilitación del concepto de “verdad” como fin tendencial de la prueba.....                          | 211 |
| 2.  | El fin de la prueba en la legislación y jurisprudencia .....   | 216 |
| A)  | El fin de la prueba en la legislación y jurisprudencia española.....                                   | 216 |

|      |   |            |
|------|---|------------|
| B)   | El fin de la prueba en la legislación y jurisprudencia chilena .....  | 220        |
| a)   | El fin de la prueba en el Código Procesal Penal .....   | 220        |
| b)   | El fin de la prueba y las convenciones probatorias .....  | 223        |
| c)   | Teoría acerca del fin de la prueba aplicable al sistema chileno .....   | 255        |
| 3.   | Nuestra opinión acerca del fin de la prueba .....   | 257        |
| 4.   | Diferencia entre fin y resultado de la prueba .....   | 261        |
| VI.  | DIFERENCIA ENTRE FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA .....   | 265        |
| VII. | CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PROCESAL .....  | 268        |
| 1.   | Aclaración previa .....   | 268        |
| 2.   | Concepto de prueba procesal en el sistema procesal penal español .....  | 269        |
| 3.   | Concepto de prueba procesal en el sistema procesal chileno .....  | 269        |
| 4.   | Características de la prueba procesal .....   | 270        |
|      | <b>CAPÍTULO TERCERO: LA PROHIBICIÓN DE LAS FUENTES DE PRUEBA OBTENIDAS CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REQUISITO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESTRUCTORA DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....</b> | <b>277</b> |
| I.   | INTRODUCCIÓN .....  | 277        |
| II.  | TERMINOLOGÍA, ORÍGENES Y FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA .....   | 278        |
| 1.   | Terminología relativa a la prueba ilícita .....   | 278        |
| 2.   | Los orígenes y fundamentos de la teoría de la prueba ilícita .....  | 282        |
| A)   | En los Estados Unidos de Norteamérica .....   | 282        |
| B)   | En Europa continental .....   | 289        |
| III. | CONCEPTO Y POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA .....  | 294        |
| 1.   | Concepto de prueba ilícita .....  | 294        |
| A)   | Concepciones amplias .....  | 294        |
| B)   | Concepciones intermedias .....  | 298        |
| C)   | Concepciones restrictivas .....   | 299        |
| 2.   | Posiciones doctrinales en torno a la eficacia de la prueba ilícita .....  | 302        |
| A)   | Partidarios de la eficacia de la prueba ilícita .....   | 303        |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
|     | B) Partidarios de posiciones intermedias .....  | 305 |
|     | C) Partidarios de la inadmisibilidad o ineficacia de la prueba<br>ilícita.....  | 310 |
| IV. | NUESTRA POSICIÓN ANTE LA PRUEBA ILÍCITA Y UNA<br>PREVIA DISTINCIÓN .....  | 312 |
| V.  | LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL<br>PENAL ESPAÑOL.....   | 315 |
|     | 1. Hasta la LOPJ de 1985.....   | 315 |
|     | 2. A partir de la LOPJ de 1985 .....  | 321 |
|     | A) “Pruebas obtenidas” .....  | 322 |
|     | a) Desde el punto de vista del momento procesal o<br>preprocesal en que se produce la infracción del<br>derecho fundamental.....  | 323 |
|     | b) Desde el punto de vista de la necesaria relación de<br>causalidad entre la lesión del derecho fundamental y<br>la actividad probatoria.....  | 329 |
|     | c) Desde el punto de vista de la naturaleza sustantiva o<br>procesal del derecho fundamental vulnerado.....   | 331 |
|     | B) “Directa o indirectamente” .....   | 332 |
|     | C) “Violentando” .....  | 332 |
|     | D) “Derechos y libertades fundamentales” .....  | 339 |
|     | a) Alcance o cobertura de la expresión “derechos o<br>libertades fundamentales” .....   | 340 |
|     | b) Naturaleza sustantiva o procesal del derecho<br>fundamental violado.....   | 343 |
|     | E) “No surtirán efecto” .....   | 349 |
|     | a) Significado: ¿es una prohibición de admisibilidad o<br>de no valoración o inaprovechabilidad de los<br>resultados de la prueba ilícita? .....  | 350 |
|     | b) Cauce procesal de alegación de la ilicitud de la<br>prueba.....  | 356 |
|     | 3. Especial referencia a la expresión “directa o indirectamente”<br>utilizada por el artículo 11.1 LOPJ y la recepción en España<br>de la <i>fruit of the poisonous tree doctrine</i> ..... | 363 |
|     | a) Origen de la <i>fruit of the poisonous tree doctrine</i> en<br>EEUU y sus excepciones .....  | 363 |
|     | b) Recepción en España de la doctrina de los frutos del<br>árbol envenenado .....   | 370 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| c)  | Limitaciones o excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado en España .....   | 379 |
| d)  | La desconexión de antijuridicidad como excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado en España.....  | 389 |
| 4.  | Fundamento constitucional de la prohibición de la prueba ilícita en el sistema español. Especial referencia a la presunción de inocencia como fundamento último de la prohibición de la prueba ilícita..... | 407 |
| A)  | Fundamento constitucional de la prohibición de la prueba ilícita hasta la STC 81/1998 .....   | 411 |
| B)  | Fundamento constitucional de la prohibición de la prueba ilícita desde la STC 81/1998 .....   | 415 |
| C)  | Análisis de la jurisprudencia del TC en torno a la prueba ilícita y la presunción de inocencia .....  | 422 |
| a)  | Casos en que el TC estima vulnerado el derecho a la presunción de inocencia .....   | 423 |
| b)  | Casos en que el TC estima que NO se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia .....  | 426 |
| c)  | Casos en que el TC no se pronuncia sobre la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia y reenvía el proceso a la jurisdicción ordinaria.....  | 434 |
| VI. | LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO .....  | 437 |
| 1.  | Regulación positiva e historia fidedigna.....   | 437 |
| 2.  | Pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas en el CPPCh .....  | 441 |
| A)  | Naturaleza jurídica de las actuaciones susceptibles de ser declaradas nulas.....  | 442 |
| B)  | Requisitos temporales, formales y materiales de la nulidad procesal y principios que la inspiran .....  | 446 |
| a)  | Oportunidad para impetrar la nulidad procesal .....   | 446 |
| b)  | Requisitos formales de la solicitud de nulidad.....   | 446 |
| c)  | Requisitos materiales de la solicitud de nulidad y principios que la inspiran .....   | 447 |
| C)  | Sujeto legitimado para impetrar la nulidad y nulidad de oficio.....   | 454 |
| D)  | Saneamiento y consecuencia procesal de la nulidad .....   | 456 |

|   |   |            |
|---|---|------------|
| 3.  | Fuentes de pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales .....   | 457        |
| A)  | Específica regulación positiva de la prueba ilícita <i>sensu stricto</i> en el CPPCh .....  | 457        |
| B)  | Fundamento de la prueba ilícita <i>sensu stricto</i> en Chile .....   | 459        |
| C)  | Naturaleza jurídica de las garantías fundamentales inobservadas en la obtención de la prueba ilícita <i>sensu stricto</i> .....         | 463        |
| a)  | Alcance o cobertura que debe dársele a la expresión “garantías fundamentales” .....   | 463        |
| b)  | Naturaleza sustantiva o procesal de la garantía fundamental inobservada .....   | 464        |
| c)  | La garantía del “debido proceso” como fundamento último de la prueba ilícita en Chile .....   | 466        |
| D)  | Alcance de las expresiones “obtenidas” y “con inobservancia” utilizadas por el artículo 276 CPPCh .....                                 | 473        |
| a)  | “Obtenidas” .....   | 473        |
| b)  | “Con inobservancia” .....   | 476        |
| E)  | Naturaleza jurídica de la norma de exclusión de la prueba ilícita en Chile: ¿prohibición de admisibilidad o de valoración? .....        | 478        |
| a)  | La regla de exclusión de la prueba ilícita como prohibición de admisión. Cauce procesal .....   | 479        |
| b)  | La regla de exclusión de la prueba ilícita como prohibición de valoración. Cauce procesal .....   | 481        |
| F)  | Alcance de la exclusión de las fuentes prueba obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales .....                              | 507        |
| a)  | En cuanto a su naturaleza, origen e intencionalidad .....   | 507        |
| b)  | En cuanto a sus efectos reflejos: la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” y sus excepciones en la jurisprudencia chilena ..... | 517        |
| <b>CAPÍTULO CUARTO: GARANTÍAS PROCESALES Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL. REGLA GENERAL .....</b> |   | <b>539</b> |
| I.  | BREVE INTRODUCCIÓN A LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA .....   | 539        |
| II.   | EL JUICIO ORAL COMO MOMENTO CENTRAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PROCESAL .....  | 543        |



|      |  |     |
|------|--|-----|
| 1.   | En el sistema procesal penal español. Regla general y enunciaci3n de excepciones .....   | 543 |
| A)   | Situaci3n hasta la STC 31/1981 y causas de la mala praxis .....  | 544 |
| B)   | Evoluci3n hacia el principio de la centralidad del juicio oral en la pr3ctica de la prueba procesal del art3culo 741 LECRIM, posterior matizaci3n del mismo y enunciaci3n de las excepciones ..... | 556 |
| 2.   | En el sistema procesal penal chileno. Regla general y enunciaci3n de excepciones .....   | 560 |
| III. | LAS GARANT3AS DE LA PR3CTICA DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL .....   | 563 |
| 1.   | El principio de contradicci3n .....  | 563 |
| A)   | Concepto y consideraciones generales acerca del principio de contradicci3n .....   | 563 |
| B)   | Formas de entender el contradictorio en el 3mbito de la prueba .....   | 569 |
| C)   | Reconocimiento positivo y jurisprudencial del principio de contradicci3n en España .....   | 572 |
| a)   | Derecho de intervenci3n del acusado y su abogado .....   | 576 |
| b)   | El juicio oral como momento central de la pr3ctica de la prueba .....  | 579 |
| c)   | Derecho a interrogar y conainterrogar a los testigos y peritos .....   | 579 |
| 2.   | Publicidad .....   | 582 |
| A)   | Concepto y consideraciones generales acerca de la publicidad .....   | 582 |
| B)   | Clases y fines de la publicidad .....  | 584 |
| C)   | Reconocimiento positivo y jurisprudencial del principio de publicidad en España .....  | 586 |
| 3.   | La oralidad, la inmediaci3n y la concentraci3n .....   | 593 |
| A)   | La oralidad .....  | 593 |
| B)   | La inmediaci3n .....   | 598 |
| C)   | La concentraci3n .....   | 606 |
| D)   | Reconocimiento positivo de los principios de oralidad, inmediaci3n y concentraci3n en España .....   | 608 |
| E)   | Reconocimiento jurisprudencial de los principios de oralidad, inmediaci3n y concentraci3n en España .....  | 610 |

|   |            |
|---|------------|
| IV. LAS GARANTÍAS DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO .....  | 616        |
| 1. Reconocimiento positivo y jurisprudencial de la contradicción en Chile .....   | 616        |
| A) La contradicción en el juicio oral en la legislación procesal penal chilena.....   | 616        |
| a) Presencia e intervención del acusado y defensor .....  | 620        |
| b) El juicio oral como momento central para la práctica de la prueba procesal.....  | 624        |
| c) La actuación del contradictorio en la formación de la prueba.....  | 625        |
| B) La contradicción en el juicio oral en la jurisprudencia .....  | 628        |
| 2. Reconocimiento positivo y jurisprudencial de la publicidad en Chile.....   | 634        |
| A) La publicidad del juicio oral en la legislación procesal penal chilena.....  | 634        |
| B) La publicidad del juicio oral en la jurisprudencia .....   | 641        |
| 3. Reconocimiento positivo y jurisprudencial de la oralidad, inmediación y concentración en Chile.....  | 647        |
| A) La oralidad, inmediación y concentración en el juicio oral en la legislación procesal penal chilena .....  | 647        |
| a) La oralidad .....  | 647        |
| b) La inmediación.....  | 651        |
| c) La concentración.....  | 654        |
| B) La oralidad, inmediación y concentración en el juicio oral en la jurisprudencia .....  | 657        |
| a) La oralidad e inmediación judicial.....  | 657        |
| b) La concentración.....  | 665        |
| <b>CAPÍTULO QUINTO: EXCEPCIONES A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL (I) .....</b>  | <b>669</b> |
| I. BREVE INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTO O JUSTIFICACIÓN DE LA UTILIZACIÓN EN EL JUICIO ORAL DE LAS FUENTES DE PRUEBA OBTENIDAS COMO CONSECUENCIA DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN: DEL “PRINCIPIO DE LA NO DISPERSIÓN PROBATORIA” A LA INDISPONIBILIDAD DE LAS FUENTES DE PRUEBA PARA EL JUICIO ORAL..... | 669        |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| II.  | ANTICIPACIÓN DE PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL DE ESPAÑA .....                                   | 676 |
| 1.   | Concepto y oportunidad de la anticipación de prueba .....   | 676 |
|      | A) Posturas doctrinales.....  | 676 |
|      | B) Argumentos a favor de un concepto restringido de anticipación de prueba.....                       | 678 |
|      | C) Argumentos a favor de un concepto amplio de anticipación probatoria .....                          | 685 |
|      | D) Nuestro concepto de anticipación probatoria .....  | 689 |
| 2.   | Finalidad de la prueba anticipada.....  | 692 |
| 3.   | Presupuestos de la prueba anticipada sumarial .....   | 693 |
|      | A) Indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral.....                                   | 695 |
|      | B) Previsibilidad racional de la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral .....    | 698 |
| 4.   | Régimen legal de la prueba anticipada en fase de instrucción.....                                     | 700 |
|      | A) Intervención del órgano jurisdiccional en su práctica .....  | 700 |
|      | B) Intervención de las partes y garantías constitucionales en su práctica.....                        | 703 |
|      | a) Reconocimiento judicial o inspección “ocular” .....  | 704 |
|      | b) Prueba testifical.....   | 705 |
|      | c) Prueba pericial.....   | 709 |
|      | C) Forma de introducir la prueba anticipada sumarial al juicio oral.....                              | 710 |
|      | D) Valor probatorio .....   | 712 |
| 5.   | Propuestas de <i>lege ferenda</i> .....   | 715 |
| III. | ANTICIPACIÓN DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL DE CHILE .....                                 | 718 |
| 1.   | Concepto, oportunidad y finalidad de la prueba anticipada.....  | 718 |
| 2.   | Presupuestos de la anticipación probatoria .....  | 721 |
|      | A) Indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral.....                                   | 721 |
|      | a) Prueba anticipada en fase de investigación.....  | 722 |
|      | b) Prueba anticipada en fase de preparación del juicio oral .....                                     | 725 |
|      | c) Prueba anticipada en fase de juicio oral.....  | 727 |
|      | B) La previsibilidad racional de la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral ..... | 728 |
| 3.   | Régimen legal de la prueba anticipada en el CPPCh .....   | 731 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| A)  | Solicitud: oportunidad e interviniente legitimado .....  | 731 |
| a)  | Oportunidad .....  | 731 |
| b)  | Interviniente legitimado .....   | 734 |
| B)  | Intervención del órgano jurisdiccional en la admisión y práctica de la prueba anticipada .....   | 736 |
| a)  | Solicitud y admisión de la prueba anticipada.....  | 736 |
| b)  | Práctica de la prueba anticipada.....  | 739 |
| C)  | Medios de prueba susceptibles de ser practicados anticipadamente.....  | 742 |
| D)  | Intervención de las partes y garantías procesales en la práctica de la prueba anticipada .....   | 744 |
| a)  | Prueba anticipada en la fase de investigación.....   | 745 |
| b)  | Prueba anticipada en fase de preparación del juicio oral y en la fase de juicio oral .....   | 751 |
| E)  | Forma de introducir la prueba anticipada al juicio oral.....   | 753 |
| F)  | Valor probatorio y modificación de las circunstancias que hicieron procedente la prueba anticipada .....   | 756 |
| a)  | Mantenimiento o materialización de la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral .....   | 757 |
| b)  | Que la declaración haya sido rendida bajo la modalidad de la prueba anticipada.....  | 760 |
| 4.  | La prueba anticipada en la jurisprudencia chilena.....   | 761 |
| 5.  | Conclusiones.....  | 767 |
| IV. | LECTURA DE DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN JUDICIAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 730 LECRIM .....   | 770 |
| 1.  | Introducción.....  | 770 |
| 2.  | Aclaraciones terminológicas. Denominación y diferencias con la prueba anticipada .....   | 770 |
| A)  | Denominación: de la “ <i>prueba preconstituida</i> ” a la indisponibilidad para el juicio oral de la fuente de prueba obtenida en diligencias sumariales por causas sobrevenidas e imprevisibles ..... | 770 |
| B)  | Confusión y diferencias con la prueba anticipada.....  | 775 |
| 3.  | Objeto de la lectura dispuesta por el artículo 730 LECRIM.....   | 779 |
| A)  | Actuaciones o diligencias susceptibles de ser leídas a través del artículo 730 LECRIM .....  | 779 |

|    |   |     |
|----|---|-----|
| B) | Diligencias o actuaciones que no son susceptibles de ser leídas por la vía del artículo 730 LECRIM .....  | 781 |
| a) | Diligencias realizadas por la Policía .....   | 781 |
| b) | Diligencias realizadas o practicadas ante el Ministerio Fiscal .....  | 786 |
| c) | Declaraciones prestadas en otros procedimientos .....   | 790 |
| 4. | Requisitos de fondo para la lectura del artículo 730 LECRIM .....   | 792 |
| A) | Imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral .....   | 793 |
| a) | Noción de “irreproducibilidad” y sus categorías .....   | 793 |
| b) | Breve referencia a supuestos jurisprudenciales de imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral que permitirían recurrir a la lectura autorizada por el artículo 730 LECRIM ..... | 798 |
| c) | Especial referencia a los llamados “elementos objetivos” del atestado policial e informes emitidos por Gabinetes Oficiales del Estado .....   | 815 |
| B) | Agotamiento de los medios legales para evitar la imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral .....  | 825 |
| C) | Imposibilidad de practicar el medio probatorio en el juicio oral por causas ajenas a la voluntad de las partes .....  | 828 |
| 5. | Requisitos de forma para la lectura del artículo 730 LECRIM .....   | 829 |
| A) | Intervención del órgano jurisdiccional y garantías en la ejecución de la diligencia sumarial, con especial referencia al principio de contradicción .....   | 829 |
| B) | Lectura efectiva de la declaración sumarial .....   | 838 |
| C) | Solicitud de parte y necesidad de la prueba .....   | 842 |
| 6. | Valor probatorio de las diligencias sumariales leídas durante el juicio oral en virtud del artículo 730 LECRIM .....  | 845 |
| V. | LECTURAS DE DECLARACIONES DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN EN EL JUICIO ORAL AUTORIZADAS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO .....   | 848 |
| 1. | Introducción .....  | 848 |
| 2. | Historia fidedigna del establecimiento del artículo 331 CPPCh .....   | 851 |
| 3. | Objeto de la lectura dispuesta por el artículo 331 CPPCh .....  | 855 |

|    |   |     |
|----|---|-----|
| A) | Hipótesis de la letra b) del artículo 331 CPPCh.....  | 858 |
| B) | Hipótesis de la letra c) del artículo 331 CPPCh.....  | 864 |
| a) | Que se trate de declaraciones anteriores prestadas por testigos, peritos o coimputados.....                         | 864 |
| b) | Que el testigo, perito o coimputado no comparezca al juicio oral .....  | 868 |
| c) | Que tal incomparecencia sea imputable al acusado .....  | 870 |
| C) | Hipótesis de la letra d) del artículo 331 CPPCh.....  | 873 |
| 4. | Valor probatorio de las declaraciones y dictámenes leídos al amparo del artículo 331 letras b), c) y d) CPPCh ..... | 876 |
| 5. | Conclusiones.....   | 877 |

**CAPÍTULO SEXTO: EXCEPCIONES A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL (II).....** 881

|    |   |     |
|----|---|-----|
| I. | LECTURA DE DECLARACIONES SUMARIALES CONTRADICTORIAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 714 LECRIM .....                          | 881 |
| 1. | Presupuestos para proceder a la lectura de declaraciones sumariales al amparo del artículo 714 LECRIM .....   | 882 |
| A) | Presencia del testigo en el juicio oral .....   | 882 |
| B) | Que el testigo efectivamente preste declaración en el juicio oral .....   | 886 |
| C) | Que la declaración prestada en el juicio oral sea divergente o contradictoria con la declaración sumarial.....  | 887 |
| 2. | Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del artículo 714 LECRIM .....   | 888 |
| A) | Ámbito de aplicación subjetivo del artículo 714 LECRIM y su extensión jurisprudencial a las declaraciones de los peritos y del acusado .....                  | 888 |
| a) | Prueba pericial .....   | 890 |
| b) | Acusados .....  | 892 |
| B) | Ámbito de aplicación objetivo del artículo 714 LECRIM: declaraciones susceptibles de ser leídas a su amparo.....  | 896 |
| 3. | Requisito de fondo para proceder a la lectura autorizada por el artículo 714 LECRIM: la contradicción o divergencia entre las declaraciones contrastadas..... | 900 |
| A) | Disconformidad.....   | 900 |
| B) | Disconformidad sustancial .....   | 905 |
| C) | Disconformidad real, efectiva y fundada .....   | 906 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 4.  | Requisitos de forma para proceder a la lectura autorizada por el artículo 714 LECRIM .....   | 910 |
|     | A) Petición de parte .....   | 910 |
|     | B) Lectura de la declaración sumarial .....  | 913 |
|     | C) Garantías de la declaración sumarial leída <i>ex</i> artículo 714 LECRIM con especial referencia al principio de contradicción .....                              | 919 |
| 5.  | Valor probatorio de las declaraciones leídas al amparo del artículo 714 LECRIM .....   | 922 |
|     | A) Situación en el ámbito legislativo.....   | 922 |
|     | B) Situación en la doctrina .....  | 926 |
|     | a) Eficacia probatoria del precedente disconforme: teoría de la prueba compleja o del indicio corroborable .....   | 926 |
|     | b) Ineficacia probatoria del precedente disconforme: teoría de la prueba negativa y de control de la credibilidad de la declaración prestada en el juicio oral ..... | 933 |
|     | C) Situación en la jurisprudencia .....  | 943 |
|     | D) Nuestra opinión .....   | 950 |
| II. | LECTURA DE DECLARACIONES PREVIAS EN CASO DE OLVIDO, CONTRADICCIÓN O CONFUSIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 332 CPPCH.....         | 955 |
| 1.  | Introducción y aclaraciones previas.....   | 955 |
| 2.  | Historia fidedigna del establecimiento del artículo 332 CPPCh.....   | 961 |
| 3.  | Presupuestos para proceder a las lecturas autorizadas por el artículo 332 CPPCh.....   | 964 |
|     | A) Presencia del testigo, acusado o perito en el juicio oral .....   | 964 |
|     | B) Que el testigo, perito o acusado preste declaración en el juicio oral.....  | 966 |
|     | C) Que la declaración prestada en el juicio sea divergente con la prestada en fases anteriores .....   | 967 |
| 4.  | Ámbito de aplicación subjetivo del artículo 332 CPPCh.....   | 967 |
| 5.  | Ámbito de aplicación objetivo del artículo 332 CPPCh .....   | 969 |
|     | A) Declaraciones previas del testigo o acusado .....   | 970 |
|     | B) Dictámenes de los peritos.....  | 980 |

|    |  |      |
|----|--|------|
| 6. | Requisitos de fondo para proceder a las lecturas autorizadas por el artículo 332 CPPCh .....                 | 982  |
| A) | Hipótesis y finalidades del artículo 332 CPPCh .....   | 983  |
| B) | Disconformidad o divergencia sustancial.....   | 985  |
| C) | Divergencia real, efectiva y fundada.....  | 986  |
| 7. | Requisitos de forma y procedimiento para proceder a la lectura autorizada por el artículo 332 CPPCh.....     | 989  |
| A) | Declaración del testigo, acusado o perito .....  | 989  |
| B) | Petición de parte y autorización del Tribunal para proceder a las lecturas <i>ex</i> artículo 332 CPPCh..... | 990  |
| C) | Lectura del precedente disconforme .....   | 993  |
| D) | Explicaciones del deponente acerca de la divergencia.....  | 996  |
| 8. | Valor probatorio de las declaraciones leídas al amparo del artículo 332 CPPCh .....                          | 1001 |
| A) | Declaraciones anteriores de testigos o acusados .....  | 1001 |
| B) | Informe pericial .....   | 1008 |
| 9. | Conclusiones y propuestas de <i>lege ferenda</i> .....   | 1009 |
|    | CONCLUSIONES .....   | 1013 |
|    | BIBLIOGRAFÍA.....  | 1041 |
|    | RESEÑA JURISPRUDENCIAL .....   | 1085 |





## **SIGLAS Y ABREVIATURAS**

|                   |   |
|-------------------|---|
| <b>AR</b>         | Acuerdo reparatorio   |
| <b>art.</b>       | Artículo  |
| <b>ATC</b>        | Auto del Tribunal Constitucional español  |
| <b>ATS</b>        | Auto del Tribunal Supremo español   |
| <b>BDA</b>        | Base de datos Aranzadi  |
| <b>BGH</b>        | Tribunal Supremo Federal de Alemania  |
| <b>BGHSt</b>      | Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania  |
| <b>BJMP</b>       | Boletín de jurisprudencia del Ministerio Público chileno  |
| <b>BOE</b>        | Boletín Oficial del Estado  |
| <b>CA</b>         | Corte de Apelaciones (Chile)  |
| <b>CADH</b>       | Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada también “Pacto de San José de Costa Rica”, OEA, 1969                  |
| <b>CAJMP 2000</b> | Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, Bruselas, 29 de mayo de 2000 |
| <b>CC</b>         | Código Civil español  |
| <b>CCCh</b>       | Código Civil chileno  |
| <b>CCh</b>        | Constitución Política de la República de Chile de 1980  |

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>CDO.</b>        | Fundamento jurídico en las sentencias chilenas  |
| <b>CE</b>          | Constitución Española   |
| <b>CEAJMP 1959</b> | Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959                      |
| <b>CEDH</b>        | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 |
| <b>CENC</b>        | Comisión de Estudio de la nueva Constitución chilena  |
| <b>CENDOJ ROJ</b>  | Base de datos de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial de España (Tribunal Supremo)   |
| <b>CGPJ</b>        | Consejo General del Poder Judicial de España  |
| <b>CI</b>          | Constitución italiana   |
| <b>cit.</b>        | Obra citada   |
| <b>CdPPCh</b>      | Código de Procedimiento Penal chileno de 1906   |
| <b>Coord.</b>      | Coordinador   |
| <b>COT</b>         | Código Orgánico de Tribunales de Chile  |
| <b>CP</b>          | Código Penal español  |
| <b>CPCCh</b>       | Código de Procedimiento Civil chileno   |
| <b>CPCh</b>        | Código Penal chileno  |
| <b>CPPCh</b>       | Código Procesal Penal chileno de 2000   |
| <b>CPPi</b>        | Codice de Procedura Penale  |

|              |  |
|--------------|--|
| <b>CPPMI</b> | Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica   |
| <b>DDCH</b>  | Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789   |
| <b>Dir.</b>  | Director   |
| <b>D.O.</b>  | Diario Oficial de Chile  |
| <b>DADDH</b> | Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, OEA, 1948  |
| <b>DUDH</b>  | Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, 1948   |
| <b>Ed.</b>   | Editorial  |
| <b>ed.</b>   | Edición  |
| <b>EOMF</b>  | Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de España, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982. |
| <b>FBI</b>   | Federal Bureau of Investigation de los Estados Unidos de Norteamérica  |
| <b>FD.</b>   | Fundamento de Derecho en las sentencias del TEDH   |
| <b>FJ.</b>   | Fundamento jurídico en las sentencias españolas  |
| <b>GT</b>    | Gaceta de Tribunales de Chile  |
| <b>H.</b>    | Honorable, referido normalmente a la Honorable Cámara de Diputados de Chile  |

|               |   |
|---------------|---|
| <b>HH.</b>    | Honorables, referido normalmente a los Honorables señores Diputados o Senadores chilenos  |
| <b>JG</b>     | Juzgado de Garantía o Juez de Garantía (Chile)  |
| <b>LDPP</b>   | Ley 19.718, D.O. de 10 de marzo de 2001, que crea la Defensoría Penal Pública en Chile  |
| <b>LEC</b>    | Ley de Enjuiciamiento Civil española  |
| <b>LECRIM</b> | Ley de Enjuiciamiento Criminal española   |
| <b>LOCMP</b>  | Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público chileno  |
| <b>LOPJ</b>   | Ley Orgánica del Poder Judicial española  |
| <b>LOTG</b>   | Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España  |
| <b>LOTJ</b>   | Ley Orgánica del Tribunal del Jurado  |
| <b>MF</b>     | Ministerio Fiscal de España   |
| <b>MP</b>     | Ministerio Público de Chile   |
| <b>núm.</b>   | Número  |
| <b>RD</b>     | Real Decreto  |
| <b>RIT</b>    | Rol interno del tribunal: número interno de identificación de las causas tramitadas ante los tribunales con competencia en lo penal chilenos, utilizado también para ubicar las causas en las diversas bases de dato jurisprudenciales disponibles en Chile |

|               |  |
|---------------|--|
| <b>RJ</b>     | Base de datos de jurisprudencia Aranzadi (Tribunal Supremo)                                |
| <b>Rol CA</b> | Número de identificación de las causas tramitadas ante las Cortes de Apelaciones chilenas  |
| <b>Rol CS</b> | Número de identificación de las causas tramitadas ante la Corte Suprema chilena            |
| <b>RTC</b>    | Base de datos de jurisprudencia Aranzadi (Tribunal Constitucional)                         |
| <b>PIDCP</b>  | Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, ONU, 1966                              |
| <b>SAP</b>    | Sentencia de la Audiencia Provincial   |
| <b>SCS</b>    | Sentencia Corte Suprema de Chile   |
| <b>SCA de</b> | Sentencia de la Corte de Apelaciones (Chile), debiendo a continuación agregarse la ciudad. |
| <b>SCP</b>    | Suspensión condicional del procedimiento   |
| <b>S.E.</b>   | Su Excelencia, referido al Presidente de la República de Chile                             |
| <b>SJG de</b> | Sentencia Juzgado de Garantía (Chile), debiendo a continuación agregarse la ciudad.        |
| <b>SS</b>     | Sentencias   |
| <b>ss.</b>    | Siguientes   |
| <b>STEDH</b>  | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos   |

|                 |   |
|-----------------|---|
| <b>STJOP de</b> | Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (Chile), debiendo a continuación agregarse la ciudad. |
| <b>STC</b>      | Sentencia del Tribunal Constitucional español   |
| <b>StPO</b>     | Ordenanza Procesal Penal alemana  |
| <b>STS</b>      | Sentencia del Tribunal Supremo español  |
| <b>T.</b>       | Tomo  |
| <b>TEDH</b>     | Tribunal Europeo de Derecho Humanos   |
| <b>TC</b>       | Tribunal Constitucional español   |
| <b>TJOP de</b>  | Tribunal del Juicio Oral en lo Penal (Chile), debiendo a continuación agregarse la ciudad.          |
| <b>TS</b>       | Tribunal Supremo español  |
| <b>vol.</b>     | Volumen   |

## INTRODUCCIÓN

La presunción de inocencia constituye uno de los pilares fundamentales del proceso penal moderno, asumiendo en la actualidad, a lo menos, el doble rol de constituir una regla de tratamiento del acusado y una regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

Como regla de tratamiento, este derecho fundamental impone la obligación a todos los poderes públicos, y en especial a los órganos que ejercen jurisdicción en el ámbito penal, de considerar y tratar como inocente a toda persona objeto de una imputación penal mientras su culpabilidad no sea declarada por sentencia firme.

Como regla de prueba y de formación del juicio penal, la presunción de inocencia tiene especial incidencia en el ámbito probatorio, imponiendo tradicionalmente, de una parte, la prohibición de que el imputado deba probar su inocencia recayendo sobre la parte acusadora la plena prueba de la culpabilidad, y de otra, la obligación al juzgador de absolver al acusado si su culpabilidad no ha quedado suficientemente demostrada, actuando en este último caso tal presunción como un criterio de solución de la incertidumbre fáctica acerca de la culpabilidad.

Sin embargo, a partir de la constitucionalización de la presunción de inocencia en el artículo 24.2 CE, la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles comenzó la ardua tarea de dotar a este derecho fundamental de un contenido autónomo y preciso en su específica faceta de regla probatoria y de formación del juicio penal. Esta doctrina implicó, a partir de los artículos 24.2 y 10.2 CE, dar una lectura constitucional y acorde con los tratados internacionales a la



decimonónica LECRIM, especialmente a su artículo 741 en torno a la libre apreciación de la prueba y al establecimiento del juicio oral como el momento central en la práctica de la prueba procesal, procurando adaptar sus normas a una noción racional de este principio de valoración de la prueba, que no se satisface con la mera obtención de la convicción subjetiva de los jueces sentenciadores acerca de la culpabilidad del acusado, sino que les impone reglas precisas para alcanzar dicha convicción y formar el juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal.

Tal doctrina jurisprudencial se inauguró con la STC 31/1981, (Sala Primera), de 28 de julio, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón, que, en breve síntesis, señaló que para destruir la presunción de inocencia era necesario contar con una mínima actividad probatoria, obtenida y practicada en el juicio oral con todas las garantías procesales constitucionales y legales, que pudiera entenderse objetivamente de cargo.

La premisa básica de esta doctrina se puede resumir en que la presunción de inocencia impone a los sentenciadores el deber de fundar su convicción judicial de condena sólo en una auténtica *prueba procesal*. Tal premisa puede, a su vez, ser descompuesta en una serie de reglas reguladoras del procedimiento de adquisición del conocimiento judicial y formación del juicio en el proceso penal, entre las cuales hemos escogido las siguientes dos para convertirlas en objeto de nuestra investigación: a) La presunción de inocencia impone la prohibición de fundar la convicción judicial de condena con base en fuentes y medios de prueba obtenidas y practicados, respectivamente, con vulneración de derechos fundamentales; b) La presunción de inocencia impone la obligación de fundar la convicción judicial de condena sobre una actividad probatoria

practicada en el juicio oral, con observancia de las garantías constitucionales y legales de carácter procesal de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, salvo las excepciones expresamente previstas por la ley.

El trabajo que a continuación se presenta se focaliza sólo en estas dos reglas, dejando para una futura investigación y publicación la exigencia asignada a la prueba destructora de la presunción de inocencia de ser objetivamente de cargo, temática que si bien hemos estudiado y concluido, no pudimos incorporarla a la presente tesis por razones exclusivamente de extensión.

Por su parte, si bien la Constitución Política de la República de Chile de 1980 no establece de manera expresa el derecho a la presunción de inocencia, limitándose sólo a señalar en su artículo 19 núm. 3 inciso séptimo que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, creemos que una interpretación sistemática de sus artículos 5, 19 núm. 3 inciso sexto y núm. 26, unidas a los tratados internacionales aplicables en Chile y a los artículos 4, 276 inciso tercero, 296, 297, 334 y 340 CPPCh, nos permite afirmar como tesis fundamental que, al menos en el plano legal, en el actual sistema procesal penal se encuentran todos los elementos necesarios para que la doctrina del derecho a la presunción de inocencia pueda tener plena aplicación en su vertiente de regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

Esta afirmación la podemos sustentar preliminarmente, por una parte, porque el referido Código establece el juicio oral como el momento central en la práctica de la prueba que debe servir de base a la sentencia, consagrando de manera especial los principios de

contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad en la formación de la prueba, fundamentalmente en sus artículos 296 y 340 CPPCh. Y por otra, porque instaura como principio rector la libertad de los jueces para apreciar la prueba, pero estableciéndoles como límite no contradecir las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los principios científicamente afianzados e imponiéndoles como un deber ineludible la exteriorización del proceso racional de formación de su convicción judicial a través de exigentes reglas relativas a la explicitación de la valoración de las pruebas en la motivación de las sentencias, todo ello de conformidad a los artículos 297 y 342 letra c) CPPCh.

Sin embargo, nos pareció que era preciso verificar y eventualmente demostrar si efectivamente los principales postulados de la doctrina constitucional española acerca de la presunción de inocencia tienen cabida en el actual sistema procesal penal chileno, no sólo desde la perspectiva legal y abstracta de la normativa establecida en el CPPCh, sino fundamentalmente desde la eventual aplicación que de esta doctrina efectúa la jurisprudencia nacional, constituyendo ambas vertientes las interrogantes que establecimos como objetivo central de nuestro trabajo.

La elección de la temática de esta investigación encuentra sustento en la circunstancia de que el derecho a la presunción de inocencia es uno de los derechos fundamentales de carácter procesal más preteridos en la historia constitucional y procesal penal chilena. En efecto, desde el punto de vista constitucional, sólo la Constitución Provisoria de 1818 contempló expresamente el derecho a la presunción de inocencia pero, dada su breve vigencia, tal derecho no alcanzó a tener incidencia en la regulación legal del proceso penal. El silencio positivo en torno a este derecho fundamental se extendió hasta principios de la

década de 1990, época en que el retorno a la democracia en Chile posibilitó la reforma del artículo 5 de la actual Constitución de 1980, incorporando a la legislación nacional tratados internacionales sobre derechos humanos como el PIDCP y la CADH, los que sólo entonces fueron publicados en el D.O. chileno y que ciertamente contemplan de manera expresa la presunción de su inocencia.

Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, lo más decisivo en esta materia se encuentra constituido por la singular evolución experimentada por el sistema de enjuiciamiento penal chileno al pasar, sin solución de continuidad, de un sistema inquisitivo ortodoxo a uno acusatorio entregado al contradictorio de las partes. El primero, que se consagraba en el Código de Procedimiento Penal de 1906, se caracterizaba porque el mismo y único órgano jurisdiccional encargado de juzgar en primera instancia las causas penales asumía también las tareas de investigar e incluso la de acusar; por contemplar un procedimiento predominantemente escrito, donde el sumario adquiriría un papel protagónico especialmente en el ámbito probatorio; y por regirse mayoritariamente por el principio de la prueba legal o tasada. El segundo fue instaurado por el Código Procesal Penal de 2000, que consagra en sus primeras disposiciones el derecho a ser juzgado en un juicio oral y público (artículo 1) junto con el derecho a la presunción de inocencia (artículo 4) y que se caracteriza por reconocer, a nuestro juicio, como pilar fundamental la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio penal.

En síntesis, la histórica desatención del legislador procesal penal chileno y el consecuente desconocimiento de sus operadores en torno al derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la

responsabilidad penal del acusado, unido al tránsito sin solución de continuidad desde un sistema inquisitivo puro a uno acusatorio de partes, constituyeron factores que nos impulsaron a elegir este derecho fundamental en su faceta probatoria como objeto central de nuestro estudio. Ello, porque consideramos que la tradición procesal chilena hasta el año 2000, basada en sistemas predominantemente escritos y de prueba legal tasada en todos los órdenes jurisdiccionales, no permitió la debida adecuación de los operadores chilenos para enfrentar el nuevo sistema de enjuiciamiento penal ni ha dado tiempo para detenerse en el estudio y reflexión acerca de las trascendentales incidencias del establecimiento de un sistema acusatorio basado en la libre y racional valoración de la prueba. A lo anterior puede sumarse que el CPPCh, de conformidad a su artículo 484, tuvo una entrada en vigor progresiva en las distintas regiones en que se divide administrativamente el país, comenzando el año 2000 en dos regiones de baja población hasta llegar finalmente sólo el año 2005 a regir en la región metropolitana de Santiago, la que abarca casi la mitad de la población total de Chile, por lo que la experiencia y el período de vigencia en las grandes urbes es aún más breve.

Si bien somos conscientes que la presunción de inocencia en España tiene un contenido mucho más amplio que en otros países, dado que la propia doctrina jurisprudencial del TC la ha configurado como un mecanismo que rige prácticamente toda la actividad probatoria de cargo, aún así consideramos que los postulados de esta doctrina, probablemente no totalmente exportables a otras latitudes, puede cumplir un relevante rol pedagógico, en tanto establece reglas esenciales en cada tramo del proceso de formación de la convicción judicial en un sistema acusatorio basado en la libre pero *racional* valoración de la prueba, lo cual puede

resultar especialmente ilustrador tanto para quienes hoy se están formando académicamente para operar en el futuro dentro del nuevo sistema procesal penal chileno cuanto para otros que han debido enfrentarlo sin formación ni experiencia previa, ya sea como fiscales, defensores, abogados o jueces.

Para cumplir nuestro objetivo y responder a las interrogantes que nos hemos planteado, creímos oportuno imprimir a nuestra investigación un enfoque *descriptivo* a la vez que *comparativo* del contenido y alcances de las dos indicadas reglas integradoras del derecho a la presunción de inocencia que hemos establecido como el objeto de nuestro trabajo, de su configuración legal y de su funcionamiento y aplicabilidad jurisprudencial en el sistema de enjuiciamiento penal español, siempre con base al procedimiento ordinario establecido en la LECRIM, para luego comparar idénticos extremos en el sistema procesal penal chileno, tomando también como base el procedimiento ordinario regulado en el CPPCh.

Pero antes de entrar al análisis de los principales postulados de la doctrina sobre la presunción de inocencia, hemos creído necesario efectuar un breve estudio acerca de su marco histórico y conceptual, donde fundamentalmente se destaca el tránsito de principio general del Derecho a su actual condición de derecho fundamental, su positivización e internacionalización, además de su naturaleza jurídica y ámbito material y temporal de aplicación, temas todos que serán tratados en el Capítulo Primero de la presente tesis.

A partir del Capítulo Segundo comenzaremos el estudio de las dos reglas integradoras de la presunción de inocencia que hemos establecido como objeto de la presente investigación. Para aclarar qué

puede entenderse por una “mínima” actividad probatoria, abordaremos temas tales como el objeto y la finalidad de la prueba procesal, hasta llegar a la elaboración de un concepto de ella y a la fijación de las características que debe poseer para ser considerada como una auténtica actividad probatoria susceptible de destruir la presunción de inocencia, todo ello con vocación generalizadora pero ciertamente atendiendo a las especificidades de los ordenamientos procesales penales de España y Chile.

En el Capítulo Tercero se estudiará la prohibición de las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos fundamentales para integrar la actividad probatoria destructora de la presunción de inocencia, constituyendo el principal hallazgo de este capítulo la constatación de que los sistemas procesales penales de España y Chile reconocen un tronco común en los ordenamientos europeos continentales y un fundamento constitucional en dicha prohibición, en tanto ambos sistemas se construyen a partir de la posición prevalente de los derechos fundamentales, especialmente del acusado, erigiéndose como auténticos e insalvables límites a la búsqueda de la pretendida *verdad* en el proceso. De esta forma, en ambos sistemas podemos entender que la proscripción de la prueba ilícita se trata prioritariamente de una prohibición de admisión de esta clase de prueba para sólo, si dichos elementos logran traspasar la fase de admisión, asumirla como una prohibición de práctica de la prueba ilícita, y en todo caso de valoración de la misma, interpretación que nos parece la más coherente con el respeto al derecho a la presunción de inocencia.

Desde el Capítulo Cuarto y hasta el Sexto nos ocuparemos de la regla general impuesta por el derecho a la presunción de inocencia en orden a que la misma sólo puede ser desvirtuada por la prueba practicada

en el juicio oral con pleno respeto a todas las garantías procesales establecidas por la Constitución y las leyes, salvo las excepciones legales, consagrada en los artículos 741 LECRIM y 296 y 340 inciso segundo CPPCh.

De esta forma, el Capítulo Cuarto lo dedicaremos a estudiar el exacto sentido que en los sistemas procesales penales de España y Chile se otorga a los principios que deben rodear la práctica de la prueba procesal, como son los de contradicción, igualdad, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, y ello desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial. Es evidente que el quebranto de estas principios-garantías en la formación de la prueba sobre la cual se fundamenta una sentencia penal, especialmente si es de condena, no puede sino significar la vulneración de la presunción de inocencia, salvo que existan otras pruebas en el proceso, no cuestionadas por haber sido practicadas con pleno respeto a dichos principios, con base en las cuales se puede fundar dicha condena.

Los dos últimos capítulos de esta tesis son dedicados a estudiar las excepciones a la indicada regla general, a saber: la prueba anticipada en fase sumarial o de investigación, la posibilidad de leer actuaciones sumariales o de investigación en el juicio oral al amparo de los artículos 730 LECRIM y 331 letras b, c y d CPPCh, y las lecturas para superar contradicciones autorizadas por los artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh. La mayor extensión de esta parte del trabajo se debe a la circunstancia de que las más frecuentes vulneraciones al derecho a la presunción de inocencia en su acepción probatoria derivan, precisamente, de la indebida ampliación por la vía jurisprudencial de estas hipótesis legales o de la falta de rigurosidad en la determinación de la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que en cada caso la ley prescribe o que



la misma jurisprudencia ha establecido conforme a la legalidad en vigor, todo lo cual conduce indefectiblemente a valorar como prueba a los fines de la sentencia diligencias sumariales o de investigación que en caso alguno constituyen auténtica prueba procesal con virtualidad para destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Como fundamento teórico de la presente investigación utilizaremos en España las aportaciones doctrinales contenidas en los trabajos monográficos sobre la presunción de inocencia de Vázquez Sotelo, Asencio Mellado, Vegas Torres, Miranda Estrampes, Díaz Cabiale y Martín Morales, Martín Pastor y Ortells Ramos, y, en Italia, en especial los trabajos de Illuminati, Ferrua y Taruffo. Hasta la fecha de conclusión de esta investigación no hemos tenido noticia de que los temas aquí tratados hayan sido objeto de trabajos monográficos en Chile; de ahí que para los apartados chilenos sólo se consulten algunas obras generales y algunos capítulos particulares atinentes de la doctrina nacional que consideramos de mayor interés.

La tesis que se presenta consultará además de manera relevante el análisis y sistematización de la jurisprudencia que ha ido desarrollando la doctrina de la presunción de inocencia en España, o, que en el caso chileno, se ha pronunciado sobre aspectos probatorias que inciden en este derecho fundamental. Este último estudio nos ha permitido detectar algunas deficiencias en la realidad jurisprudencial chilena, todas las cuales se expondrán como hallazgos relevantes de la realidad forense nacional en el proceso penal instaurado por el código de 2000, y a cuya superación se dirige principalmente la presente tesis, al menos a través de la exposición y sistematización de la abundante doctrina científica y jurisprudencial citada a través de sus líneas, pero sin abandonar la esperanza de poder efectuar algún aporte, como fruto de una labor

investigativa que en estos años hemos intentado realizar con el mayor rigor posible.



## **CAPÍTULO PRIMERO: MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

### **I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: DE PRINCIPIO JURÍDICO A DERECHO FUNDAMENTAL POSITIVIZADO**

#### **1. Breve referencia al marco ideológico e histórico de surgimiento del derecho a la presunción de inocencia: la Ilustración y la caída del Antiguo Régimen**

##### **A) El iusnaturalismo racionalista**

A contar de fines del siglo XVI, en el plano filosófico se produce un movimiento rupturista y de rechazo hacia la escolástica medieval y el imperio de los dogmas religiosos, cuestionados bajo el prisma de una ilimitada confianza en la razón humana. En efecto, en aquel tiempo se afincó la idea de que todo hecho natural o social podía ser concebido o resuelto de acuerdo a las leyes físicas y matemáticas. Se pensaba que si el Universo entero estaba regido por leyes naturales, a las que se accedía por medio de la razón, la conducta humana también debía estar regida por leyes de Derecho Natural, superiores y anteriores a cualquier ley positiva. La razón entonces iba a permitir a los hombres, a través de la lógica deductiva, descubrir cuáles eran esas leyes. Dichas leyes (naturales) no eran concebidas como preceptos de contenido concreto y preciso, sino que lo eran más bien como principios generales a partir de los cuales, a través de la lógica, se podía deducir el contenido exacto de los preceptos que debían luego traducirse en Derecho positivo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ALVARADO PLANAS, Javier, *Temas de historia del Derecho y de las instituciones*, con MONTES SALGUERO, PÉREZ MARCOS y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Parte II, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998, pág. 271.

El pensamiento racionalista imperó en Europa, sobre todo en países protestantes, durante los siglos XVII y XVIII, y en este ambiente surgieron las obras de Grocio, Hobbes, Pufendorf y de otros filósofos del Derecho. A las ideas de estos precursores se sucedieron la teoría de los derechos individuales de Locke expuesta principalmente en su Ensayo sobre el entendimiento humano de 1670; las ideas contenidas en el Espíritu de las Leyes de Montesquieu de 1748; y la teoría del pacto social de Rousseau en su Contrato Social de 1762, pensamientos que en conjunto constituyeron el repertorio ideológico fundamental de la Ilustración en el ámbito político y jurídico<sup>2</sup>.

El iusnaturalismo racionalista consideraba que el hombre, como individuo, era portador de unos derechos naturales preexistentes al estado de sociedad, reconocibles mediante la razón y que la Comunidad debía respetar. Algunas de las ideas centrales de esta corriente fueron: a) Los derechos naturales del hombre son accesibles a través de la razón, al igual que lo son las leyes del Universo; b) Estos derechos deben buscarse en la razón humana y no en Dios, en tanto — como señaló Grocio en sus *Prolegomena al De iure belli ac pacis* — el Derecho Natural existe aún en el supuesto de que Dios no existiera o no se ocupara de los asuntos humanos; c) La sociedad es el resultado de un pacto entre los hombres en virtud del cual éstos renuncian al estado de naturaleza para vivir en sociedad, que no es otra cosa que un producto artificial de la voluntad del individuo; d) Los derechos naturales son inmanentes a cada hombre, individualmente considerado, con independencia de que viva o no en sociedad e, incluso, de que el Estado quiera o no reconocerlos; y e) Para

---

<sup>2</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, 4ª ed. 1983, 8ª reimpresión, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 393.

adquirir validez estos derechos naturales requieren ser reconocidos por el Estado, esto es, positivarse y así poseer la coactividad necesaria para asegurar su cumplimiento<sup>3</sup>.

## **B) Los grandes pensadores de la Ilustración en el ámbito del Derecho Penal y del proceso penal**

El iusnaturalismo racionalista se vio favorecido luego por las ideas liberales impulsadas por la burguesía que propugnaron en Europa el reconocimiento de la soberanía nacional, la separación de los poderes y la igualdad ante la ley.

Desde el siglo XVI surge en el plano político y jurídico una preocupación constante de la burguesía europea, sobre todo francesa, por limitar el poder absoluto de los monarcas y algunas de sus consecuencias, como eran su fuerte intervención en los asuntos religiosos, la dependencia de los tribunales del poder real y la arbitrariedad de las penas y de los procedimientos, creándose progresivamente un consenso acerca de la necesidad de garantizar al individuo frente al poder<sup>4</sup>.

Fruto de esta preocupación y de las diversas aportaciones doctrinales que reaccionaron frente a los excesos del Derecho Penal y Procesal Penal de la Monarquía Absoluta, se llega a la idea de que los derechos humanos constituyen una barrera en defensa de la libertad individual como asimismo que la soberanía reside en la Nación y no en el derecho divino del Rey, de que el poder debe estar dividido, y de que la

---

<sup>3</sup> Cfr. ALVARADO PLANAS, Javier, *Temas de historia del Derecho y de las instituciones*, cit., págs. 271-74.

<sup>4</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael, T. II: siglo XVIII, vol. III, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 122.

ley es la expresión de la voluntad general y se forma con la participación de los ciudadanos<sup>5</sup>.

En el plano doctrinal, destacan las aportaciones de Rousseau y Montesquieu, preconizando este último los caracteres de racionalidad y nacionalidad de las leyes y la tesis de la separación de los poderes, además de realizar fuertes críticas en su obra *De l'esprit des lois* sobre varios problemas relacionados con las leyes penales, expresando muchas ideas que luego serían defendidas por Beccaria tales como: proporción entre delitos y penas, necesidad de prevenir los delitos, el daño a la sociedad como medida de los delitos, oposición a la tortura, etcétera<sup>6</sup>. Tan grande es el influjo de esta obra de Montesquieu que se la considera como punto de arranque de la victoria intelectual de la Ilustración<sup>7</sup>.

Esta clase de ideas liberales y el ambiente intelectual propio del enciclopedismo francés fueron socavando lentamente los cimientos del viejo Derecho penal o, como escribe Jiménez de Asúa: “se consumía lentamente el viejo Derecho penal, cuando un hecho externo a su propia naturaleza levantó las llamas cuyo resplandor iluminó los ojos de Beccaria, dos años más tarde”<sup>8</sup>.

Este suceso comienza en Toulouse, Francia, el 13 de octubre de 1761, con la muerte sospechosa de Pierre Calas, hijo de una familia

---

<sup>5</sup> En este sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, T. II, vol. III, cit., pág. 122.

<sup>6</sup> Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1993 (*De l'esprit des lois*), págs. 53-69 y 128-44.

<sup>7</sup> Así la califica DELVAL, Juan Antonio, *Cesare Beccaria: De los delitos y de las penas. Voltaire: Comentario al libro “De los delitos y de las penas”*, trad. Juan Antonio de las Casas y notas de Juan Antonio Delval, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, nota núm. 27, pág. 182.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, T. I, 4ª ed., Buenos Aires, Losada, 1977, pág. 251.

protestante, odiada por ello en la ciudad, claramente católica. Se acusó a esta familia de haber matado a su hijo que se decía pretendía convertirse al catolicismo, pero que en realidad se había suicidado. El proceso culminó con la condena a muerte en la rueda del padre de familia, Juan Calas, hecho que se ejecutó el 10 de marzo de 1762<sup>9</sup>. Voltaire, enterado casualmente de este juicio, inició una decidida campaña denunciando lo que él denominó un “homicidio judicial” hasta lograr finalmente la rehabilitación de Calas<sup>10</sup>.

En este ambiente filosófico, judicial y político vio la luz el opúsculo titulado *Dei delitti e delle pene* de Cesare Beccaria<sup>11</sup> quien, durante su juventud, se había convertido en asiduo lector de los enciclopedistas franceses, de las obras de Rousseau y Montesquieu y de los escritos de Voltaire sobre el caso Calas, todo lo cual contribuyó a cimentar su ideario como hombre de la Ilustración. Durante estos años, además, trabó profunda amistad con los hermanos Verri, sobre todo con Pietro Verri, quien le habría sugerido escribir un trabajo sobre la barbarie de los métodos de juzgar y procesar, trabajo al que dedicó sus esfuerzos y cuya redacción le ocupó desde marzo de 1763 a enero de 1764<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI- XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, pág. 99.

<sup>10</sup> Sobre los hitos de este juicio, véase CASÁS FERNÁNDEZ, M., *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, Madrid, Reus, 1931, págs. 93-94 y 164-68.

<sup>11</sup> En cuanto a la biografía de Beccaria y la elaboración de su opúsculo, puede verse TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura en España*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, págs. 149-50; y DELVAL, Juan Antonio, *Cesare Beccaria: De los delitos y de las penas. Voltaire: Comentario al libro “De los delitos y de las penas”*, cit., pág. 13.

<sup>12</sup> La primera edición data del 12 de abril de 1764 y estuvo a cargo de la imprenta del abate y poeta Marco Coltellini ubicada en Livorno. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, T. I, 4ª ed., cit., pág. 253.



Entre las ideas que expuso Beccaria en su obra podemos citar, precisamente, la presunción de inocencia como derecho de todo inculcado, señalando que era imprescindible el establecimiento en los ordenamientos procesales penales de la prohibición de que un hombre pudiera ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni que la sociedad pudiera quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los cuales le fue concedida<sup>13</sup>.

La obra de Beccaria produjo una oleada de reformas y un importante proceso de codificación en Europa<sup>14</sup>, sin embargo su influjo no fue inmediato en su propia patria, en tanto en Lombardía sólo el 11 de septiembre de 1789 se suprimió la tortura<sup>15</sup>, ni tampoco lo fue en España donde las reformas liberales tuvieron lugar sólo a contar del siglo XIX<sup>16</sup>.

## **2. La positivación e internacionalización de la presunción de inocencia**

### **A) El surgimiento del Estado de Derecho y la positivación de los derechos humanos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**

---

<sup>13</sup> Otras de las ideas propugnadas por Beccaria pueden verse en BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas. Voltaire: Comentario al libro "De los delitos y de las penas"*, cit., texto completo.

<sup>14</sup> Del que nos dan cuenta TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Presentación", en *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Cto. Publicaciones Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional- Ministerio de Cultura, 1993, pág. XXIV; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1997, pág. 35 y, del mismo autor, *Tratado...*, T. I, cit., pág. 256.

<sup>15</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, T. I, cit., pág. 257.

<sup>16</sup> Sobre la suerte del opúsculo de Beccaria en España, ver TORIO, Ángel, "Beccaria y la Inquisición española", en *Anuario de Derecho Penal*, T. XXIV, I, enero-abril 1971, págs. 391-415; y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Presentación", en *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., págs. XXVII-XXXIX.

En Europa la sociedad estamental, señorial y bajo el imperio de la monarquía absoluta fue dando paso a una nueva organización social, económica y política en un proceso que se desarrolló durante las últimas décadas del siglo XVIII (caso de Francia) o a lo largo de los primeros decenios del XIX en el resto de Europa, en tanto estos cambios no operaron de la misma manera ni al mismo tiempo en todos los países, pero terminaron por imponerse en todos ellos durante el siglo XIX.

Dentro de esta evolución, un hito trascendental lo constituyeron la Revolución Francesa y la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. Este proceso revolucionario terminó por imponer en Francia en el plano ideológico el iusnaturalismo racionalista y el liberalismo doctrinal o radical; en el económico la doctrina liberal proveniente de Adam Smith y sus discípulos; y en el político-jurídico la sustitución de la monarquía absoluta por un Estado Liberal, cuya principal característica será la de estar regido por una norma suprema, la Constitución y por otros cuerpos normativos como lo fueron los Códigos, dentro de los que destaca el *Code Civil* promulgado por Napoleón en 1804<sup>17</sup>.

La DDHC fue aprobada por la Asamblea Nacional el 1 de octubre de 1789, fecha en la que le fue presentada al Rey Luis XVI quien, tras aceptarla, procedió a su promulgación el 3 de noviembre de 1789<sup>18</sup>.

La importancia de la DDHC, además de su claro contenido racionalista y universalista, radica en constituir el “acta de defunción del

---

<sup>17</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, 4ª ed., cit., págs. 401-03.

<sup>18</sup> Sobre este proceso, véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Historia...*, T. II, vol. III, cit., págs. 177- 78 y 201-11.

Antiguo Régimen” y, al mismo tiempo, la “partida de nacimiento” del Estado de Derecho<sup>19</sup>. En efecto, la DDHC se erigió como una verdadera “máquina de guerra contra el Antiguo Régimen” al sentar las bases de lo que se conoce como Estado Democrático, Estado Liberal, Estado Constitucional o Estado de Derecho<sup>20</sup>. Sus postulados esenciales fueron: reconocimiento de la necesidad de una “Constitución”, como esquema básico de ordenación política (art. 16º); atribución del poder político soberano a la nación (art. 3º); instauración de la ley como instrumento de ejercicio de la soberanía (art. 6º); posibilidad de ejercitar la soberanía directamente o por medio de representantes (art. 6º); división del poder (art. 16); y control de la actividad de la administración pública (art. 15)<sup>21</sup>.

El rasgo más característico de esta Declaración fue establecer un verdadero “legicentrismo”<sup>22</sup> que luego fue confirmado por el artículo 3 de la Constitución Francesa, de 3 de septiembre de 1791, que señalaba:

“No hay en Francia autoridad superior a la ley”<sup>23</sup>.

A estos atributos se deben añadir:

a) Que la ley se erige como único posible límite al ejercicio de

---

<sup>19</sup> Según lo describió muy gráficamente el historiador Aulard, primer titular de la Cátedra de Historia de la Revolución Francesa de la Sorbona Cfr., GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en *Historia...*, T. II, vol. III, cit., pág. 227.

<sup>20</sup> GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en *Historia...*, T. II, vol. III, cit., págs. 252-53.

<sup>21</sup> “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. (26 de agosto de 1789)”, en SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Madrid, Editora Nacional, 1982, págs. 105-08. Un análisis más detallado de estos postulados puede verse en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Sentido...”, en *Historia...*, T. II, vol. III, cit., págs. 252-53.

<sup>22</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual...*, cit., pág. 421.

<sup>23</sup> Artículo tercero de la Constitución de 1793, en MARTÍNEZ ARAGÓN, Ana, *La revolución francesa en sus textos*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 26.

los derechos naturales, en tanto la DDHC señala que “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por ley” y que “toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada... no tiene constitución”<sup>24</sup>.

b) Que la ley “debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga”<sup>25</sup>. Es precisamente esta última característica de la ley la que permite afirmar certeramente que la Revolución Francesa y la DDHC crearon, o al menos, sentaron los cimientos de un Estado de Derecho en tanto el Estado pasa también a someterse a las leyes democráticamente dictadas.

Uno de los paradigmas del iusnaturalismo racionalista que ideológicamente inspiró la DDHC<sup>26</sup> fue el de la positivación de los derechos naturales, puesto que se entendía que el Derecho natural estaba privado de coactividad mientras no fuera respaldado por el Estado. Ello no significaba negarle preexistencia a los derechos naturales, porque se concebían como derechos inmanentes a cada hombre, pero sí implicaba admitir que la validez de estos derechos no dependía (únicamente) de su

---

<sup>24</sup> Artículos cuarto y dieciséis de DDHC, respectivamente, en SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, cit., págs. 105-08.

<sup>25</sup> Artículo sexto de DDHC, en SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos...*, cit., págs. 105-08.

<sup>26</sup> Antes de la DDHC, se pueden citar como frutos de este paradigma del iusnaturalismo racionalista, la *Bill of Rights* de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776 y la *Declaration of Independence* norteamericana de 1776, que tuvieron gran influjo en la Declaración de 1789. Sobre esta materia, ver ASÍS ROIG, Rafael De, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en *Historia...*, T. II, vol. III, cit., págs. 35-113.

sintonía con la Ley de Dios o la Razón, sino de su reconocimiento por parte del Estado<sup>27</sup>.

Consecuente con este pensamiento la Declaración establece una serie de derechos del hombre y del ciudadano ante el Estado y coloca a la Constitución como garante de los mismos, cumpliendo, además, una especie de función pedagógica, en el sentido de dar a conocer los derechos individuales y los principios básicos de toda organización política justa al pueblo, que se encontraba intelectualmente al margen del pensamiento ilustrado que poseían sus redactores<sup>28</sup>.

El artículo segundo de la Declaración consagra como derechos naturales e imprescriptibles del hombre la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Dentro de éstos, la seguridad se traduce en una serie de garantías penales y procesales que se desarrollan, más adelante, en los artículos séptimo, octavo y noveno y que aun constituyen los principios básicos de la legislación penal y procesal penal de los Estados modernos y contemporáneos, concretamente de aquellos que pueden calificarse como verdaderos Estados de Derecho.

Estos tres artículos no hacen sino recoger las ideas de la Ilustración, especialmente de Montesquieu, Voltaire y Beccaria, a la vez que buscan constituirse en límites y obstáculos para evitar los excesos en que incurrió la administración de justicia durante el Antiguo Régimen.

El artículo noveno de esta Declaración consagra la presunción de inocencia, constituyéndose en el primer cuerpo normativo en la historia

---

<sup>27</sup> Cfr. ALVARADO PLANAS, Javier, *Temas...*, cit., pág. 274.

<sup>28</sup> Cfr. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, "Sentido...", en *Historia...*, T. II, vol. III, cit., pág. 232.

que establece expresamente dicha garantía. La norma en cuestión señala:

“Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea el necesario para asegurarse de su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”.

Esta norma pasó luego a constituir el artículo 13 de la Constitución francesa de 1793, pero con una ligera variante en su redacción, a saber:

“Como todo hombre es presuntamente inocente hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

Esta variante de redacción no parece ser menor, en tanto dota a la garantía de un cierto carácter incidental al no declararla de manera directa, sino que lo hace vinculándola estrechamente a la detención. Con ello es posible concluir, tal como lo veremos más adelante, que tanto la DDHC cuanto más claramente la Constitución francesa de 1793, conciben a la presunción de inocencia esencialmente como una regla de tratamiento del imputado mientras pende el juicio, en términos de evitar su privación de libertad y de ser ésta necesaria, evitar también todo apremio ilegítimo o innecesario<sup>29</sup>.

Finalmente, anotemos que el fruto del racionalismo propio de la Ilustración es el surgimiento del fenómeno de la Codificación a partir de la segunda mitad del siglo XVIII en tanto las corrientes ilustradas y

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido, ver VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993, pág. 19.

liberales del siglo de las luces, que se rebelaron contra el sistema jurídico y en especial de justicia penal del Antiguo Régimen, se caracterizaron por abogar no por una modificación de tales sistemas sino por su completa sustitución. Lo lógico entonces era desechar la técnica de recopilar viejas leyes reales que regulaban diversas materias, muchas de las cuales habían ya caído en desuso o bien se contradecían con otras leyes posteriores. Lo que la doctrina liberal de la época exigía era un *Código* entendido como “una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada”<sup>30</sup>.

## **B) Positivación de la presunción de inocencia en España**

En España la recepción de las ideas liberales fue más bien tardía e irregular, en razón de que muchas de ellas pugnaban con el carácter estamental de la sociedad española, el régimen señorial de dominio de la tierra y el estatus inalterable de la monarquía absoluta como régimen político en vigor desde el siglo XVI hasta parte del XIX<sup>31</sup>.

Fue así como el liberalismo originario, radical o francés, sufrió modificaciones importantes en España que desembocaron en lo que se ha denominado *liberalismo doctrinario o moderantismo español*. Dicha doctrina sostenía una interpretación restrictiva del principio de la soberanía nacional, abogaba por la introducción del concepto de “Constitución histórica”, y, con ello, por el respeto hacia las instituciones

---

<sup>30</sup> Sin embargo, no todas las materias del ordenamiento jurídico fueron codificadas sino sólo aquellas que revestían especial importancia o eran consideradas básicas en la Ilustración, concretamente: civil, mercantil, penal y procesal. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual...*, cit., págs. 465-67.

<sup>31</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual...*, cit., págs. 402-19.

históricamente consolidadas del país como lo era la monarquía, a la que le asignaba un rol moderador frente a los otros tres poderes estatales clásicos<sup>32</sup>.

En el plano doctrinal, es indiscutible que las ideas de Beccaria influyeron en autores españoles<sup>33</sup> quienes a la luz de las mismas evaluaron la justicia penal española, concluyendo en la urgente necesidad de reformarla pero — como ya hemos advertido — manteniendo inalterable su respeto por el poder absoluto de la monarquía, bajo cuyo amparo pretendían efectuar las reformas legislativas<sup>34</sup>.

A lo anterior hay que unir las dificultades de difusión que la obra de Beccaria tuvo en España en razón de la fuerte oposición que encontró en la Iglesia Católica a través del Santo Oficio de la Inquisición, institución encargada, entre otras funciones ya conocidas, de efectuar la censura de los libros que llegaban a la península<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual...*, citado, págs. 429-33.

<sup>33</sup> Tales como Jovellanos, Meléndez Valdés, Lardizábal, Valentín de Foronda, Sempere y Guarino y, en tono menor y sólo parcialmente, Forner y Vizcaíno Pérez. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Presentación”, en *Tratado...*, cit., pág. XXVIII.

<sup>34</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI- XVII-XVIII)*, cit., págs. 103-05.

<sup>35</sup> Carlos III, por edicto real, de 16 de junio de 1768, ordenó a la Inquisición que, antes de efectuar cualquier prohibición de libros, sometiera el proyecto a la autorización del Rey, con la finalidad de ejercer algún control ante la censura de la Inquisición.

La primera traducción al castellano de *Dei delitti e delle pene*, en 1774, superó sin mayor dificultad el trámite de la censura civil o gubernativa ante el Consejo de Castilla, el que sólo exigió al traductor (Juan Antonio de las Casas) incluir una nota en la edición expresando lealtad a la Iglesia y al Rey. Pero, entre este año y el de 1777, los escritos de Fray Fernando Zavallos y de otros autores en contra de las ideas de la obra del marqués y el sentimiento antienciclopedia dominante en las esferas del poder eclesiástico y político crearon el ambiente propicio para obtener la censura del opúsculo, la cual se materializó con la promulgación de un edicto que ordenó la censura íntegra del libro, cuya vigencia se prolongó desde el 20 de junio de 1777 hasta 1805, fecha esta última en la que aún se tiene noticia de la plena vigencia del referido edicto.



Pese a ello, tales ideas tuvieron una decisiva defensa a través de la obra de Manuel de Lardizábal y Uribe. En efecto, Carlos III, intentando modificar la antigua legislación española para infundir el nuevo espíritu humanitario que inspiraban algunas de las extranjeras, dictó el 25 de septiembre de 1770 una real resolución por la que se encomendaba al Tribunal Supremo una reforma de las leyes penales. Fue Lardizábal quien recibió el encargo de elaborarla, en un trabajo que terminó con su obra denominada *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, que constituye la base del Derecho Penal y Penitenciario español de fines del siglo XVIII<sup>36</sup>.

Por su parte, los trabajos de la Junta de Juristas, entre los cuales se encontraba Lardizábal, destinados a la redacción de un nuevo Código Penal alcanzaron a ser revisados por los fiscales del Consejo de Castilla en mayo de 1786, tras lo cual quedaron suspendidos y olvidados para sólo ser retomados varias décadas más tarde con ocasión de los trabajos preparatorios del Código Penal español de 1822<sup>37</sup>.

En España las ideas reformistas tardaron en cristalizar en normas positivas. El primer texto a destacar lo constituye la Constitución de Cádiz de 1812, que dedica el Capítulo III del Título V a tratar “De la administración de justicia en lo criminal”, y en cuyo articulado se

---

Cfr. TORIO, Ángel, “Beccaria y la Inquisición española”, en *Anuario de Derecho Penal*, cit., págs. 393 y 395-412.

<sup>36</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, T. I, cit., págs. 856-57.

<sup>37</sup> Cfr. MORENO MENGÍBAR, Andrés, “Estudio preliminar”, en LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas (1782)*, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2001, págs. 13-15. Sobre los antecedentes relativos a los trabajos preparatorios del plan de Código criminal a que nos referimos, ver CASABO RUIZ, José R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXII, II, mayo-agosto 1969, págs. 313-42.

recogen varias de las garantías defendidas por la doctrina de la Ilustración<sup>38</sup>.

Dado que la Constitución de Cádiz tuvo una vida breve y azarosa, se puede afirmar que la proscripción definitiva del tormento en España tuvo lugar sólo con ocasión de la Real Cédula de 25 de julio de 1814, que agregaba a la norma constitucional la indicación de que en las declaraciones del procesado se procediese “sin compelerles con tormentos ni con apremios”, norma que se mantuvo en vigor pese a las sucesivas suspensiones o derogaciones de la Constitución doceañista<sup>39</sup>.

En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, lo cierto es que las Constituciones españolas hasta la de 1978 no la consagran de manera expresa como tampoco lo hacen respecto de otras garantías procesales. Esto en gran parte se puede deber a la concepción imperante en los constituyentes españoles de entonces de que la Carta Fundamental era un texto esencial y político, que debía establecer las grandes directrices en materia de derechos y principios generales, dejando a la legislación ordinaria la tarea de concretar tales derechos y principios. Acorde con esta concepción, la presunción de inocencia era concebida como una

---

<sup>38</sup> Garantías de detención (art. 287) y prisión (art. 290), brevedad de los juicios (art. 286), proscripción del juramento en las declaraciones del reo (art. 291) y de la pena de confiscación de bienes (art. 304). También dota a la confesión de garantías mínimas a favor del reo (art. 301), y suprime el tormento en el artículo 303: “No se usará nunca del tormento ni de los apremios”. Cfr. “Constitución de Cádiz”, en *Constitución Política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999, págs. 83-86.

<sup>39</sup> Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción» del Tribunal (*Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*), Barcelona, Bosch, 1984, págs. 78-79.

garantía más del proceso, por lo que su lugar era ley y no la Constitución<sup>40</sup>.

### **C) Internacionalización de los derechos humanos y reconocimiento de la presunción de inocencia en los tratados internacionales**

Como hemos tenido oportunidad de anotar en las páginas precedentes, la doctrina liberal y el iusnaturalismo racionalista de la Ilustración constituyeron el fundamento ideológico y filosófico que condujo al fenómeno de la positivación los derechos fundamentales de la persona humana a través de la promulgación de la DDHC y de su posterior incorporación en los diversos textos constitucionales europeos.

Si bien aquellas primeras positivaciones de los derechos humanos constituyen antecedentes mediatos del fenómeno de la internacionalización de los mismos, lo cierto es que las causas inmediatas del mismo derivaron de acontecimientos históricos muy específicos y más concentrados en el tiempo.

En efecto, la internacionalización de la protección de los derechos humanos, entendida como el proceso caracterizado por la incorporación y promoción del respeto y reconocimiento del ser humano (hombres y mujeres) como ciudadanos del mundo en los tratados internacionales<sup>41</sup>, constituye un hecho histórico reciente que suele situarse generalmente en las postrimerías de la II Guerra Mundial, cuyo fundamento inmediato fue la reacción de las potencias vencedoras de los Aliados en contra de los

---

<sup>40</sup> En este sentido, OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 65-71.

<sup>41</sup> Cfr. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, T. II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pág. 68.

crímenes protagonizados por los Estados miembros del Eje antes y durante la guerra<sup>42</sup>.

Fruto de estas contingencias históricas se estrecharon las relaciones entre Estado Democrático de Derecho y el respeto y protección de los derechos de las personas, comprendiéndose en definitiva que la protección de esta clase de derechos no constituía un problema meramente interno, sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y a la paz mundial<sup>43</sup>. Fue así como surgió la necesidad de crear un nuevo orden mundial permanente y estable, lo que se materializó con la institucionalización en 1945 de la Organización de Naciones Unidas, cuya tarea primordial iba a ser precisamente la defensa de los derechos humanos<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos: ámbito, órganos y procedimientos*, Colección Temas Constitucionales, 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 10; AGUDO ZAMORA, Miguel J., *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2001, pág. 25; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Textos básicos de derechos humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, con LLAMAS CASCÓN, Ángel y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, Navarra, Aranzadi, 2001, págs. 280-81; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Estudio comparado e histórico de la protección internacional de los derechos humanos”, en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, pág. 30; y LLOBET RODRÍGUEZ LL. M., Javier, “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, en *Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*, núm. 2, 1995, págs. 547-48.

<sup>43</sup> Cfr. AGUDO ZAMORA, Miguel J., *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 25.

<sup>44</sup> Sobre los orígenes de la ONU, véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Estudio Comparado e histórico de la protección internacional de los derechos humanos”, en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, cit., pág. 30.

Al decir de Sánchez Morón: “aquí finaliza la prehistoria del Derecho internacional de los derechos humanos y comienza su verdadera historia”<sup>45</sup>.

Habiendo efectuado esta breve revisión de los antecedentes históricos que ocasionaron el inicio del fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, a continuación señalaremos someramente cuáles son los principales textos internacionales que se han ocupado de esta materia, centrándonos exclusivamente al objeto de nuestro estudio: la presunción de inocencia, por cuanto cualquier otra pretensión excedería los fines del presente trabajo.

Para emprender este análisis, hemos preferido adoptar primero un criterio geográfico y luego uno cronológico, a objeto de apreciar cuál es el marco internacional de la presunción de inocencia que rige en el ámbito mundial o regional europeo y americano y cómo se ha sucedido su evolución en el tiempo.

#### **a)           Ámbito mundial**

a’) En el ámbito mundial nos encontramos con la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por resolución 217 A (III) de la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, de fecha 10 de diciembre de 1948. Su artículo 11 número 1, dispone:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

---

<sup>45</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Estudio...”, en *El sistema...*, cit., pág. 30.

b') El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución número 2.200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966<sup>46</sup>. El artículo 14.2 de este Pacto señala:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

c') El *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (Documento A/CONF. 183/917), celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998<sup>47</sup>. El artículo 66 de su Parte VI, “Del Juicio”, dispone:

“*Presunción de inocencia*. 1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”.

## **b)           Ámbito europeo**

---

<sup>46</sup> En vigor de forma general desde el 23 de marzo de 1976, salvo el artículo 41 cuya vigencia se retrasa hasta el 28 de marzo de 1979. Este texto fue ratificado por España el 13 de abril de 1977 y publicado en el B.O.E. el 30 de abril del mismo año. Entró en vigor para España, el 27 de julio de 1977. Chile depositó su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972, fue promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores núm. 778, de 30 de noviembre de 1976 y publicado en el D.O. de 29 de abril de 1989, con lo cual entró en vigor en esta última fecha.

<sup>47</sup> En vigor en España desde el 1 de julio de 2002 y publicado en el B.O.E. el 27 de mayo y 29 de julio de 2002.

En este ámbito nos encontramos con el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado por los Estados miembros del Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950<sup>48</sup> y sucesivamente enmendado por Protocolos Adicionales<sup>49</sup>. Su artículo 6, subtítulo “Derecho a un proceso equitativo”, establece en su apartado segundo:

“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

**c)           Ámbito americano**

a’) *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en Bogotá por resolución XXX de la Organización de Estados Americanos, durante la IX Conferencia Internacional Americana celebrada del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. Su artículo XXVI, en lo pertinente, dispone:

“Derecho a proceso regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.”.

b’) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, denominada también “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18

---

<sup>48</sup> Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el B.O.E. núm. 243 de 10 de octubre del mismo año. Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Estudio...”, en *El sistema...*, cit., pág. 69.

<sup>49</sup> Dentro de los cuales se considera el más importante el Protocolo N° 11, de 1 de noviembre de 1998, por cuanto trajo consigo una modificación completa del sistema existente, con la introducción de importantes cambios en el procedimiento y en la estructura orgánica que originalmente establecía. Dicho protocolo entró en vigor de forma general y para España el 1 de noviembre de 1998 (B.O.E. de 26 de junio de 1998). Sobre esta materia, ver MORTE GÓMEZ, Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

de julio de 1978<sup>50</sup>. Su artículo 8.2, subtulado “Garantías Judiciales”, dispone, en lo pertinente:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

#### **D) Positivación de la presunción de inocencia en Chile**

##### **a) Sistema procesal penal chileno desde sus orígenes hasta la Independencia**

El precario sistema de administración de justicia de los pueblos originarios de Chile<sup>51</sup> no influyó en la formación de su sistema de enjuiciamiento penal, por lo que — al igual que ocurrió en el resto de

---

<sup>50</sup> Chile depositó su instrumento de ratificación el 21 de agosto de 1990, fue promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores núm. 873, de 23 de agosto de 1990 y publicado en el D. O. de 5 de enero de 1991. En este decreto el Gobierno de Chile declara que “reconoce la competencia de la comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad” y declara como “obligatoria la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”. Al formular — continúa el Decreto Supremo — las mencionadas Declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha de depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”.

<sup>51</sup> Hacia el siglo XVI Chile se encontraba habitado por una serie de agrupaciones indígenas, siendo la más numerosa la integrada por los *mapuches* o “gente de la tierra” en *mapudungü*. Los mapuches de aquella época constituyeron una raza con una organización social y política poco desarrollada. En la sociedad mapuche no existía la justicia pública, con jueces, abogados y fallos. La organización y administración de justicia de este pueblo estaba constituida por la venganza individual y familiar y la autoridad del jefe para juzgar, formas que coexistieron hasta por lo menos el siglo XVIII, comenzando desde entonces a primar la fórmula de la composición social. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, T. I, cit., pág. 945, citando en parte a GUEVARA, Tomás, *Historia de la justicia araucana*, Santiago de Chile, Ed. de la Universidad, 1922, pág. 5 y, de este último autor citado, *Historia de Chile (Chile prehispánico)*, T. II, Santiago de Chile, Ed. de la Universidad, 1925-1927, pág. 172.



Iberoamérica — el verdadero punto de partida del estudio histórico de este procedimiento comienza con la llegada de los españoles.

Siendo así, a contar del siglo XVI hablar del sistema de enjuiciamiento criminal en Chile es hablar del sistema imperante entonces en Castilla, puesto que en la península las reformas liberales sólo tuvieron lugar a partir de mediados del siglo XIX. Con todo, hemos de aclarar que el Derecho procesal aplicable en Iberoamérica y, desde luego en Chile, poseyó dos notas características: el Derecho relativo a la *organización judicial* constituyó Derecho colonial o Indiano propiamente tal, por cuanto tuvo autonomía propia; en cambio, el Derecho aplicable en materia de *procedimiento penal* residió, casi por completo, en la legislación Castellana de la época, concretamente las Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio<sup>52</sup>.

En cuanto a la organización judicial — nos cuenta Maier — en estas colonias la justicia se administraba en nombre del Rey en quien residía de modo indivisible y absoluto la soberanía, y la organización judicial estaba ordenada jerárquicamente, pues el poder de administrar justicia se delegaba por estamentos, desde el Monarca hasta llegar a los funcionarios inferiores de las colonias<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, T. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pág. 329.

<sup>53</sup> La estructura judicial era encabezada por el *Consejo Supremo de Indias*, creado en 1511 y con sede en España. A continuación se ubicaba la *Casa de Contratación de Sevilla*, que ejercía facultades jurisdiccionales desde 1511 y sólo en materias mercantiles. Su sede se ubicaba en Sevilla hasta 1722, fecha en que se trasladó a Cádiz. Ya en tierras americanas se encontraban las *Reales Audiencias de Indias*, que fueron los órganos jurisdiccionales por excelencia en América. Se componían de un número indeterminado de jueces letrados, llamados *oidores*, que se dividían entre magistrados judiciales en lo civil y los *Alcaldes del crimen*. Por debajo de estas Reales Audiencias, competía ejercer jurisdicción a los *gobernadores o capitanes generales*, los *corregidores* y los *alcaldes mayores*, todos los cuales ejercían de tribunal de apelación

En lo que compete al *procedimiento penal* la normativa imperante en Iberoamérica residía en la *Nueva Recopilación* de 1567, ordenada por Felipe II y la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680 que estaba constituida por la abundante legislación que dictó para las colonias el Consejo de Indias y que daba aplicación supletoria al derecho castellano conforme a la Ley de Toro de 1505<sup>54</sup>. En este sentido la primera Ley de Toro se remitía al orden de prelación que de las fuentes jurídicas en vigor establecía el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, el cual disponía la aplicación prioritaria del Ordenamiento de Alcalá y subsidiariamente los fueros municipales (el Fuero Real o el Fuero Juzgo) y las Siete Partidas<sup>55</sup>.

**b) Codificación procesal penal chilena a contar de la Independencia hasta antes del Código de Procedimiento Penal de 1906**

Siendo el Derecho Penal, por intermedio del proceso penal, la representación de la máxima intervención del poder estatal en la esfera individual y el instrumento a través del cual el Estado puede afectar con mayor intensidad el ejercicio de la libertad individual del hombre, la correlación entre el sistema político imperante y el Derecho procesal

---

de las decisiones de los alcaldes ordinarios ubicados dentro de sus territorios jurisdiccionales. Éstos, los *Alcaldes Ordinarios* eran, propiamente, los jueces de primera instancia en todos los órdenes jurisdiccionales. Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, T. I, cit., págs. 329-33.

<sup>54</sup> Cfr. IRIBARREN, Juan Antonio, *Historia general del Derecho*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1938, pág. 313.

<sup>55</sup> Recordemos que tanto los fueros municipales como el Fuero Real tuvieron dudosa vigencia en América, por lo cual la normativa que realmente se aplicó en estas tierras fueron las mencionadas Siete Partidas, concretamente la Séptima y Tercera que regulan materias penales y de procedimiento. Cfr. IRIBARREN, Juan Antonio, *Historia general del Derecho*, cit., págs. 313-14.

penal es ciertamente más potente que en cualquier otra rama del Derecho<sup>56</sup>.

No obstante ello, en la breve revisión del proceso codificador chileno en el área del Derecho político y del procesal penal que a continuación realizaremos, podremos apreciar cómo el nexo a que nos referimos prácticamente no existió, en cuanto Chile — pese a la vigencia de Constituciones y gobiernos más o menos liberales — mantuvo una legislación procesal penal del más puro corte inquisitivo hasta momentos muy recientes de su historia.

En efecto, al igual que en el resto de Iberoamérica, la abdicación sucesiva en España de Carlos IV y Fernando VII, provocaron en Chile una fuerte confusión y un justificado temor por la propia suerte a correr en manos de las potencias enemigas de la metrópoli. Ello, en consecuencia, facilitó en Chile el surgimiento de las ideas independentistas que culminaron con la decisión, imitando la fórmula de los gobiernos provisionales al mando de Juntas Supremas como las de Sevilla y Cádiz en la Península, de poner término a la gobernación del brigadier don Francisco Antonio García Carrasco y de designar la primera Junta de Gobierno nacional, en cabildo abierto de 18 de septiembre de 1810<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Sobre la necesidad del estudio histórico político como antecedente de los sistemas procesales penales ver MAIER, Julio B. J., *Derecho...*, T. I, cit., págs. 259-64.

<sup>57</sup> El acta de instalación de esta Junta, luego de referirse a la incertidumbre acerca de las noticias de la Metrópoli y al modelo a imitar de la Junta de Cádiz, señala que “a este pueblo asistían las mismas prerrogativas y derechos que los de España para fijar un gobierno igual” y se depositó la confianza del pueblo en don Mateo de Toro y Zambrano para que, en su condición de presidente de la junta, “acordase el gobierno más digno de su confianza y más a propósito a la observancia de las leyes y conservación de estos dominios a su legítimo dueño y desgraciado Monarca, el señor Don Fernando VII”. SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho*

Sin pretender revisar la historia política de Chile, diremos que, con avances y retrocesos, en 1810 comenzó su vida republicana independiente de la metrópoli. Desde entonces y hasta 1906, Chile conoció ocho textos constitucionales, todos los cuales — con mayor o menor extensión — establecieron un catálogo de garantías relativas a la libertad personal, seguridad de los ciudadanos y aspectos de orden procesal penal que, sin duda, se hacían eco de las ideas de la Ilustración provenientes de Europa.

Dentro de estos primeros textos constitucionales, sólo quisiéramos destacar la Constitución Provisoria de 1818, promulgada el 23 de octubre de ese año y derogada en 1822, tras la promulgación de la Constitución de 30 de octubre de dicho año. El artículo 2 del Título V de la Constitución Provisoria de 1818, referido a la “Autoridad Judicial”, establecía que los miembros del Poder Judicial:

“[J]uzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, *a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno*”.

Esta misma idea es reiterada por el artículo 15 del texto constitucional de 1818 al regular el funcionamiento de la Cámara de Apelaciones:

“La cámara conocerá, como hasta aquí, de todo juicio entre partes, (...) arreglándose en todo a lo dispuesto por el derecho común y leyes que actualmente rigen, ínterin se establece un nuevo Código”.

---

*constitucional. La Constitución de 1980, antecedentes y génesis*, T. III, 2ª ed., Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1997, págs. 26-28. (La cursiva es nuestra).

Es decir, la Constitución de 1818 ratifica la vigencia de la legislación hispana en materia de procedimiento a la vez que manifiesta, por primera vez, la idea de la codificación procesal. Además se ocupa de establecer una serie de garantías de orden procesal<sup>58</sup> y de consagrar de manera expresa la presunción de inocencia en su artículo 3, constituyendo hasta nuestros días el único texto constitucional chileno que ha establecido en términos claros y explícitos este derecho fundamental. El citado artículo 3 rezaba:

“Todo hombre se reputa inocente, hasta que legalmente sea declarado culpable”.

En estos breves apuntes sobre la historia constitucional chilena cabe destacar, por último, que el tormento fue proscrito por la Constitución de 8 de agosto de 1828<sup>59</sup>.

Tras una serie de gobiernos anárquicos que se extienden desde el año 1823 a 1930, deviene en Chile un gobierno fuerte, al mando del General José Joaquín Prieto, dentro de cuya obra reorganizadora destaca la promulgación, el 25 de mayo de 1833, de la Constitución de 1833, que rigió con algunas modificaciones hasta 1925. Este texto es muy breve en

---

<sup>58</sup> En el Título V, relativo a la Autoridad Judicial, se consagran otras tantas garantías procesales de gran relevancia, tales como: derecho del ciudadano a no “ser preso sin precedente semiplena probanza de su delito” y antes de ocho días tomarle su confesión y comunicarle el motivo de su detención (art. 20); prohibición del uso de prisiones para asegurar al reo salvo que se recele su fuga (art. 22); limitación del embargo sólo a los bienes necesarios para responder al delito y siempre que éste exija alguna pena pecuniaria (art. 23); prohibición del juramento en las declaraciones del reo sobre hechos propios y de la trascendencia de la pena infame aplicada al delincuente a su familia o descendencia (art. 24).

<sup>59</sup> Artículo 105 de la Constitución de 1828: “Se prohíbe a todos los jueces, autoridades y Tribunales imponer la pena de confiscación de bienes, y la aplicación de toda clase de tormentos. La pena de infamia no pasará jamás de la persona del sentenciado”.

el ámbito de la Administración de Justicia, limitándose tan sólo a disponer que sus diversos aspectos serán precisados posteriormente por la ley y a establecer que entre tanto “subsistirá el actual orden de administración de justicia” (artículo tres transitorio)<sup>60</sup>.

Desde 1830 a 1871 se suceden en Chile otros cuatro gobiernos fuertes que, salvo por las revueltas revolucionarias de 1851 y 1859, mantuvieron la tranquilidad social y política en Chile permitiendo el desarrollo institucional del país y un gran avance económico, cultural y social. Por idénticas razones, durante estos años fue posible la promulgación del Código Civil (1855), el Código Penal (1874), la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875) y las leyes de Libertad de Culto (1865), de Imprenta (1872) y la General de Elecciones (1874).

**c) El Código de Procedimiento Penal de 1906 y la supervivencia del sistema inquisitivo**

Como se ha podido apreciar en el apartado precedente, durante los primeros años de vida republicana de Chile el esfuerzo desplegado por las clases dirigentes estuvo destinado a consolidar el proceso de

---

<sup>60</sup> Con todo, resulta interesante la intención codificadora que esta Constitución establece respecto de las normas relativas a la organización judicial y a la administración de justicia. Así, el artículo 114 dispone que: “una ley especial determinará la organización y atribuciones de todos los Tribunales y juzgados que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia” y en su artículo dos transitorio prescribe que: “para hacer efectiva esta Constitución, se dictarán con preferencia las siguientes leyes: N° 3. La de organización de Tribunales y administración de justicia”. Anotemos finalmente que esta Constitución dedica el capítulo décimo a regular las garantías de seguridad y propiedad, dentro de las cuales encontramos la regulación de garantías de la detención (arts. 135 a 142), y del habeas corpus (art. 143); la proscripción del juramento en las declaraciones del reo, del tormento, de la confiscación de bienes (art. 144) y de la prohibición de que las penas trasciendan a los familiares inocentes del condenado (art. 145).

emancipación y estructurar las bases institucionales del nuevo Estado. Siendo así, es fácil colegir que en Chile los avances en materia de codificación hasta mediados del siglo XIX se centraban exclusivamente en el Derecho político.

En el ámbito del Derecho procesal penal durante todo el siglo XIX la situación se mantuvo bajo el siguiente esquema: a) organización judicial autónoma que correspondió a grandes rasgos a la dada por la Constitución de 1823 y que luego fue recogida por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875; y b) supervivencia de la legislación colonial proveniente fundamentalmente de las Siete Partidas en lo tocante al ámbito procedimental.

La normativa colonial fue en parte modernizada a través de las garantías procesales que fueron contemplando las Constituciones y por algunas leyes, entre las cuales destacamos:

a') Las promulgadas el 25 de septiembre de 1884 y el 3 de diciembre de 1891 sobre garantías individuales, que se orientaron principalmente a regular de modo preciso los temas relativos a la detención, prisión preventiva y libertad provisional en el proceso penal.

b') La ley de 3 de agosto de 1876, que modificó algunas penas y consagró la libre apreciación de la prueba en materia penal pero sólo respecto de determinados delitos y sin exigencias de racionalidad ni motivación de las sentencias penales<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> El artículo 1º de esta ley señalaba: “En todos los procesos criminales que se siguieren por homicidio, hurto, robo, incendio y accidentes de ferrocarriles, tanto los jueces de primera instancia como los tribunales superiores, *apreciarán la prueba con*

Pese a estas parciales modificaciones, en lo fundamental en Chile rigió hasta 1906 la legislación procesal penal española previa a las reformas liberales que se produjeron en la Península en el siglo XIX.

El primer Código de Procedimiento Penal en Chile fue promulgado el 12 de junio de 1906 y comenzó a regir el 1 de marzo de 1907.

El Mensaje de este Código resulta muy esclarecedor acerca de la situación que presentaba el enjuiciamiento criminal del país en aquella época reconociendo su prácticamente nulo avance respecto de las leyes coloniales y la necesidad urgente de emprender una reforma *completa* del enjuiciamiento penal, que estableciera el juicio por jurados o juicio oral ante jueces de derecho, pese a lo cual termina por señalar que la situación social y económica del país impedían la concreción de tal anhelo reformista, limitándose a declarar, sin prever que los cambios estructurales del sistema demorarían casi cien años en concretarse, que:

“En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto”.

De esta forma el Código de Procedimiento Penal de 1906 establece — más bien mantiene — un sistema de enjuiciamiento de corte inquisitivo ortodoxo caracterizado fundamentalmente por: a) concentrar las tareas de investigar, acusar y juzgar en un solo funcionario del orden judicial, los denominados Jueces de Letras del Crimen en la primera

---

*entera libertad, y absolverán y condenarán al reo, según creyeren en conciencia que es inocente o culpable”*. (La cursiva es nuestra).



instancia<sup>62</sup>; b) contemplar una etapa de sumario o de investigación preliminar a cargo de este Juez, caracterizada por ser ritualista y secreta; y c) por un plenario o juicio escrito bastante debilitado ante la centralidad de la fase de sumario, sobre todo en materia de producción de elementos de prueba.

En cuanto al sistema de apreciación probatoria, este código establece el principio de la *prueba legal o tasada* para los efectos de pronunciar sentencia condenatoria<sup>63</sup>. Sobre este sistema probatorio el Mensaje del Código señala que constituye una base general del Proyecto en materia de demostración jurídica, que:

“[L]a convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo. En cambio, para condenar necesita fundar su convicción en alguno de los seis medios probatorios que la ley indica”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Cabe destacar que esta característica no respondía al texto original del Código de 1906, puesto que en 1927, mediante el decreto con fuerza de ley N° 426, se dispuso una de sus más importantes reformas con la supresión de los Promotores Fiscales de primera instancia, que eran funcionarios encargados de ejercer la acción penal, con lo cual se terminó por concentrar incluso la tarea de acusar en el Juez de Letras del Crimen.

<sup>63</sup> El artículo que regula esta materia es el 456 bis, según el cual: “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”.

<sup>64</sup> El propio autor del Código de 1906, don Manuel Egidio Ballesteros, al referirse al sistema probatorio del artículo 456 señala que este Proyecto “se aleja tanto del jurado como de las minuciosas reglas que los antiguos daban para saber cuándo una prueba debía estimarse como plena, cuándo como semiplena, cuándo como indicio poderoso, como sospecha vehemente o como presunción débil, pero susceptible de adquirir mayor valor si se unía a otra semejante. Nosotros fijamos reglas para la manera

De ahí que el sistema probatorio del Código de 1906 se suele calificar de *parcialmente legal* o de *certeza legal condenatoria y de certeza moral absolutoria*, utilizando una expresión acuñada por Framarino dei Malatesta, quien describe el referido sistema señalando que puede existir un límite al criterio del juez que se refiera sólo a la condena, “diciendo la ley al juez: tienes siempre la plena facultad de dudar de la criminalidad y de creer más o menos en la inocencia del acusado, y, por tanto, puedes absolver; pero no es legítima tu certeza de la responsabilidad, y, por tanto, no puedes condenar más que en estas determinadas condiciones. En este caso tendremos una *certeza legal condenatoria* junto a la *certeza moral absolutoria*”<sup>65</sup>.

En opinión de los juristas Struensee y Maier, sólo perplejidad puede ocasionar constatar en gran parte de Iberoamérica — todavía en las dos últimas décadas del siglo XX — la supervivencia de un tan anquilosado sistema de enjuiciamiento criminal y su pacífica coexistencia, de una parte, con Constituciones que contemplan, en mayor o menor medida, un catálogo de garantías penales que incluyen la igualdad entre los ciudadanos, la prohibición de la tortura y el *nemo tenetur*, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, etc. Y,

---

de estimar la prueba, y consignamos los casos en que debe considerarse como bastante para acreditar la existencia de un hecho; pero, al mismo tiempo, dejamos al juez la libertad de criterio necesaria para hacer sus indicaciones o deducciones...”. PAILLÁS, Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1982, pág. 40, citando nota al artículo que hoy es el 456, puesta por el autor del proyecto.

<sup>65</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, T. I, Madrid, La España Moderna, 1894, pág. 53. (La cursiva es nuestra).

de otra, con la suscripción, ratificación y vigencia de tratados internacionales sobre Derechos humanos<sup>66</sup>.

**d) Modificaciones al Código de Procedimiento Penal de 1906 y supervivencia del sistema inquisitivo**

Además del decreto con fuerza de Ley N° 426, de 1927, que suprimió los promotores fiscales de primera instancia, concentrando las tareas de investigar, acusar y juzgar en el juez del crimen, que constituyó un claro retroceso del sistema, lo cierto es que hasta 1989 el Código de 1906 no experimentó ninguna reforma de importancia que lo alejara del sistema inquisitivo que lo rige ni los textos constitucionales que se promulgaron implicaron avance alguno en la materia.

En efecto, la Constitución de 1925, promulgada el 18 de septiembre de ese año, posee como principal mérito el establecimiento de un extenso catálogo de garantías constitucionales en el Capítulo III<sup>67</sup> las que, sin embargo, no incluyen a la presunción de inocencia ni ejercieron mayor influjo en orden a la modificación del sistema procesal penal del país.

Durante el Gobierno de Eduardo Frei Montalvo, entre los años 1964 a 1970, se desplegó el intento más serio por modernizar el sistema

---

<sup>66</sup> Cfr. STRUENSEE, Eberhard Y MAIER, Julio B. J., “Introducción”, en *Las reformas procesales penales en América latina*, Coord. MAIER, Julio J.M., AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan, Buenos Aires, Ad – Hoc S.R.L., 2000, págs. 22-23.

<sup>67</sup> Tales como: la igualdad ante la ley; libertad de culto; libertad de opinión, de reunión y de asociación; derecho de petición del ciudadano ante el Estado. En el plano procesal se establecen, entre otras garantías, las siguientes: el principio de legalidad en los procedimientos (art. 11); el derecho al Juez Natural (art. 12); la legalidad y orden judicial previa a toda detención salvo casos de flagrancia (arts. 13 a 15); el *habeas corpus* (art. 16); y la prohibición del juramento en las declaraciones del reo sobre hecho propio, del tormento y confiscación de bienes (art. 18).

de enjuiciamiento criminal en vigor en Chile<sup>68</sup> en tanto proponía, de una parte, la separación de funciones entre jueces instructores y sentenciadores y, de otra, el restablecimiento del Ministerio Público a cargo de ejercer la acción penal pública en la primera instancia. Este intento se materializó en un proyecto redactado por Rubén Galecio que alcanzó a ser aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados en 1969, pero cuya tramitación fue suspendida durante todo el gobierno de Salvador Allende a contar de 1970.

Los por todos conocidos sucesos históricos posteriores a 1973 en Chile impidieron introducir modificaciones modernizadoras al enjuiciamiento penal, por lo que la Constitución de 1980 tampoco las introdujo, limitándose en lo relativo a la presunción de inocencia tan sólo a establecer en su artículo 19 N° 3 inciso séptimo la prohibición al legislador de presumir de derecho la responsabilidad penal.

El retorno a la democracia a contar de 1989 ocasionó un importante movimiento de reformas políticas destinadas a fortalecerla así como a armonizar los textos legales y constitucionales de la nación con los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos.

La primera de estas leyes fue la núm. 18.825, de 17 de agosto de 1989<sup>69</sup>, que agregó un inciso segundo al artículo 5 de la Carta Fundamental disponiendo la incorporación a la legislación interna de los tratados internacionales sobre derechos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Con esta disposición se abrió la posibilidad de

---

<sup>68</sup> Entre 1958 y 1964 se discutió un nuevo proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal que buscaba separar las funciones de investigar de la de juzgar mediante el establecimiento de jueces instructores y sentenciadores. Sin embargo, dicho proyecto no completó su tramitación parlamentaria.

<sup>69</sup> Publicada en el D.O. el 17 de agosto de 1989.

aplicación directa en el sistema jurídico chileno de estos tratados internacionales<sup>70</sup>.

A raíz de esta reforma se dispuso la publicación en el D. O. de 29 de abril de 1989 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de las Naciones Unidas, trámite que no se había cumplido pese a que Chile había depositado su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y promulgado el texto del Pacto por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores núm. 778, de 30 de noviembre de 1976, con lo cual sólo entró en vigor desde la fecha de su publicación. Con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el gobierno encabezado por Patricio Aylwin Azócar depositó el instrumento de ratificación el 21 de agosto de 1990 y dispuso su promulgación y publicación en el D. O. de 5 de enero de 1991<sup>71</sup>.

A raíz de la entrada en vigor en Chile del PIDCP, se dictó la ley núm. 18.857<sup>72</sup> que reformó el Código de Procedimiento Penal de 1906 pero sin tocar su estructura básica. Con todo, esta ley incorporó la presunción de inocencia al citado Código bajo la siguiente fórmula:

---

<sup>70</sup> El artículo 5º CCh dispone lo siguiente: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce único como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>71</sup> La CADH fue promulgada por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores núm. 873, de 23 de agosto de 1990.

<sup>72</sup> Promulgada el 16 de noviembre de 1989 y publicada en el D.O. el 6 de diciembre de ese mismo año.

“Artículo 42. A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso”.

Comentemos respecto a esta norma lo siguiente:

a’) La fórmula “a nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna” recuerda, en parte, a la utilizada por el artículo 27.2 de la Constitución italiana de 1948. Adelantemos que el texto italiano condujo a los positivistas de ese país a afirmar que la Constitución lo que consagraba era una “presunción de no culpabilidad”, muy diferente de una auténtica “presunción de inocencia”, en tanto no consideraba culpable al acusado hasta la sentencia definitiva pero tampoco lo asumía como inocente.

b’) La exigencia de que la sentencia penal condenatoria se funde “en un proceso previo legalmente tramitado”, tampoco constituyó un avance relevante en la incorporación de la presunción de inocencia como regla probatoria en tanto el sistema de enjuiciamiento legal en vigor continuaba siendo el inquisitivo del Código de 1906. De esta manera, la incorporación de la presunción de inocencia al texto de este Código era y es completamente ineficaz a la luz de la falta de garantías del procedimiento regulado en él.

c’) Por otra parte, la fórmula del Código de 1906 parece entroncarse con la tradición jurídica francesa de la DDHC de 1789 y de la Constitución de 1793, en cuyos textos, sobre todo en el segundo de los citados, la presunción de inocencia no es declarada de manera directa, sino que lo es vinculándola estrechamente a la detención. Por lo anterior,

se puede colegir que el Código chileno de 1906 concebía y concibe a la presunción de inocencia, en tanto aún se mantiene en vigor, más como una regla de tratamiento del imputado mientras pende el juicio que como una regla de prueba y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

**e) El nuevo Código Procesal Penal de 2000**

Con fecha 16 de octubre de 2000 se publicó en el D. O. la Ley N° 19.696, que estableció un nuevo Código Procesal Penal, que vino a sustituir el ya descrito sistema inquisitivo ortodoxo del Código de 1906 por uno inspirado en el principio acusatorio.

Este Código, junto con introducir por vez primera el juicio oral en Chile, otorga una estructura completamente nueva a la etapa de investigación preliminar en el proceso penal a cargo del Ministerio Público con auxilio de las Policías<sup>73</sup> y establece una serie de mecanismos de selectividad penal y de diversificación de las soluciones al conflicto penal, absolutamente innovadores con respecto al sistema del Código de 1906<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Integradas por Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile, ambos cuerpos dependientes del Ministerio de Defensa pero autónomos entre sí y con funciones de investigación en materia criminal, de ahí que ambas policías actúen como auxiliares del Ministerio Público en dicha tarea.

<sup>74</sup> Pero esta reforma implicó muchos pasos más: a) Reformar la Constitución de 1980 introduciéndole un nuevo capítulo, el VI A, por Ley N° 19.519, publicada en el D. O. el 16 de septiembre de 1997, mediante la cual se crea el Ministerio Público y se estructura de manera general; b) Regular en detalle la institución del Ministerio Público, lo cual se llevó a cabo por Ley Orgánica Constitucional N° 19.640, publicada en el D. O. de 15 de octubre de 1999 (en adelante, LOCMP); c) Reformar la estructura judicial chilena, creando los nuevos Tribunales con competencia en lo criminal, compuestos por los Juzgados de Garantía y los Tribunales del juicio oral, lo cual se concretó mediante la Ley 19.665, 9 de marzo de 2000, de reforma el Código Orgánico de Tribunales; d) Creación de la Defensoría Penal Pública mediante la Ley 19.718, de 10 de marzo de

Para este nuevo código, la consagración de las garantías procesales fue un objetivo prioritario, concediendo un lugar preeminente dentro de éstas a la presunción de inocencia. Su Libro Primero, relativo a las “Disposiciones Generales”, se inicia con la enunciación de sus “Principios Básicos”. En el artículo cuarto encontramos la presunción de inocencia expresada bajo la siguiente fórmula:

“Artículo 4°. *Presunción de inocencia del imputado*. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme”.

La terminología utilizada por el CPPCh para consagrar la presunción de inocencia y el alcance que este derecho fundamental posee en el ordenamiento procesal penal chileno, serán objeto de detenido examen a lo largo de este trabajo, limitándonos en esta sede simplemente a citar la norma en cuestión.

## **II. ACEPCIONES POSIBLES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Doctrinal y jurisprudencialmente se ha atribuido a la presunción de inocencia tres diversas acepciones: como principio jurídico informador de todo el proceso penal de un Estado de Derecho; como regla de tratamiento del imputado durante el curso del proceso penal; y como regla de prueba y de juicio dirigida al Juez sentenciador<sup>75</sup>. A continuación revisaremos brevemente estas tres acepciones.

---

2001; y e) Promulgación y publicación de otra serie de cuerpos normativos tendentes a adecuar las leyes con incidencia en el ámbito procesal penal a la normativa del nuevo Código.

<sup>75</sup> Así lo señalan, entre otros, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., págs. 35-36; ORTELLS RAMOS, Manuel, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6 del



## 1. Como principio jurídico informador de todo el proceso penal de un Estado de Derecho

En este sentido la presunción de inocencia surgió como una de las garantías procesales que las diversas legislaciones comenzaron a contemplar tras las graves deficiencias de la administración de justicia penal durante el Antiguo Régimen y como una forma de poner límites al *ius puniendi* estatal salvaguardando al ciudadano de los referidos abusos e injusticias propias de aquella época<sup>76</sup>.

De esta manera, la presunción de inocencia pasa a convertirse en un elemento central en torno al cual se construye todo el modelo de proceso penal de corte liberal, cuyo mayor énfasis se encuentra en el establecimiento de garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.

En definitiva, además de los contenidos más precisos que admite la presunción de inocencia y que expondremos a continuación, queremos simplemente apuntar que es posible afirmar que este principio, conforme a la presente acepción, conserva un significado muy amplio, casi coincidente con el concepto mismo de un proceso penal moderno. En este sentido Vegas Torres considera que la afirmación de la presunción

---

Convenio Europeo en el proceso penal”, en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 11, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 195; y LLOBET RODRÍGUEZ LL. M., Javier, “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, en *Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 549.

<sup>76</sup> Ver al respecto VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 35; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 38; y VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción» del Tribunal (*Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*), cit., pág. 265.

de inocencia en una legislación posee una clara connotación política, vinculándose estrechamente con la defensa de un proceso penal de corte liberal, en el que se promueva el reconocimiento de las garantías individuales de cara al ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Con todo, se puede coincidir con el autor en que, si bien no es posible establecer una relación de absoluta necesidad entre el rechazo de la presunción de inocencia y concepciones políticas de corte autoritario, lo cierto es que un ordenamiento procesal penal que rechaza la presunción de inocencia puede servir en un régimen político autoritario, mientras que uno que la reconoce expresamente resulta radicalmente incompatible con un sistema político de ese género<sup>77</sup>.

## **2. Como regla de tratamiento del imputado**

Según Illuminati la presunción de inocencia tiene actualmente un significado al menos doble: como regla de tratamiento del imputado y como regla de juicio. Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia se refiere a la condición del imputado en el curso del proceso, en el sentido de que debe ser tratado “cómo si” fuese inocente hasta el momento en que la condena definitiva firme lo declare culpable. Esto significa que durante el curso del proceso el sujeto imputado no debe encontrarse disminuido ni social, ni moral, ni físicamente respecto de cualquier otro ciudadano y si fuese necesaria una medida coercitiva, ésta no puede tener la entidad o comportar la ejecución provisional de una eventual sentencia de condena ni una anticipación de la pena<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 28.

<sup>78</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 6ª ed., Bologna, Zanichelli, 1984, págs. 15 y 30.

Tal como ya hemos visto, es éste el significado que arranca de los ordenamientos de la Europa continental a contar de la DDHC de 1789, cuyo artículo 9 contemplaba la presunción de inocencia como una regla relativa al tratamiento del inculcado durante el proceso, norma que luego pasó a la Constitución francesa de 1793, donde este carácter es aún más marcado.

Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia se eleva como un criterio normativo que debe inspirar toda la disciplina de la libertad personal del imputado mientras pende el proceso y, en general, todo el régimen de las medidas cautelares personales<sup>79</sup>. En definitiva, la presunción de inocencia como regla de tratamiento busca evitar que las medidas coercitivas que eventualmente sean necesarias de aplicar durante el proceso cumplan la función de sanciones inmediatas aplicadas a una persona cuya responsabilidad aún no ha sido establecida ni probada. Se trata, en consecuencia, de impedir cualquier equiparación del imputado a la culpabilidad, sobre cualquier aspecto, de ahí que se sostenga que la presunción de inocencia en cuanto regla de tratamiento asume un valor político más intuitivo e inmediato, convirtiéndose en blanco de las mayores críticas doctrinales y en una especie de barómetro de las orientaciones del poder político<sup>80</sup>.

### **3. Como regla de prueba y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado**

---

<sup>79</sup> Al respecto ver LLOBET RODRÍGUEZ LL. M., Javier, “La presunción...”, en *Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 547-71, donde se efectúa un interesante análisis de la compatibilidad de la prisión preventiva y la presunción de inocencia desde la perspectiva de la legislación y doctrina alemana.

<sup>80</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., pág. 30 y, en especial el capítulo segundo de esta obra, págs. 31-76.

De acuerdo a esta acepción, la presunción de inocencia posee especial incidencia en el ámbito probatorio y sobre la formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado y lo hace en un doble aspecto. En primer lugar, estableciendo la ya clásica prohibición de que el imputado deba probar su inocencia, recayendo sobre la parte acusadora la carga de suministrar la plena prueba de la culpabilidad e imponiéndose la absolución del imputado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada y, por tanto, persiste una duda fáctica, actuando en este sentido como una regla de juicio en el proceso penal. En segundo lugar, la presunción de inocencia actúa como una verdadera regla probatoria, regulando todo el proceso de formación y recogida de las fuentes de pruebas necesarias para fundar una eventual condena penal<sup>81</sup>.

Indiquemos preliminarmente que la presunción de inocencia como regla probatoria disciplina fundamentalmente la adquisición del conocimiento judicial, pasando dicho derecho de ser un mero instrumento de tutela del imputado, a criterio básico de gnoseología judicial<sup>82</sup>, en términos de guiar no sólo la formación de la prueba con respeto a las garantías procesales legales y constitucionales como son la contradicción, la oralidad, la inmediación y la publicidad, sino también y de manera previa, de guiar la recogida de las respectivas fuentes de pruebas en términos de garantizar que dicha adquisición se ha realizado sin vulnerar derechos fundamentales. Finalmente, la presunción de

---

<sup>81</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., pág. 30. En idéntico sentido se pronuncian en España, por todos, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 36; y MASCARELL NAVARRO, María José, “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia*, núm. III, 1987, págs. 616 y siguientes.

<sup>82</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., págs. 79-80.

inocencia como regla probatoria impone, además, que la convicción judicial se sustente sobre un material probatorio del cual pueda desprenderse un contenido objetivamente de cargo y que el mismo sea valorado racionalmente y explicitadas en el fallo las razones que fundamentan la decisión amén de que la convicción de condena se alcance más allá de toda duda razonable.

La presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio en el proceso penal tiene su origen en los más importantes convenios internacionales, tales como los ya citados DUDH de 1948 (art. 11.1), CEDH de 1950 (art.6.2) y PIDCP de 1966 (art.14.2). Todos estos convenios se entroncan directamente con la tradición jurídica anglosajona, para la cual la presunción de inocencia es un principio fundamental del sistema probatorio, que determina que la carga de la prueba de la culpabilidad pese siempre sobre la parte acusadora<sup>83</sup>. Es más, para Illuminati, los dos modos de entender la presunción de inocencia — como regla de tratamiento y como regla de prueba y de juicio — tienen una matriz histórico- cultural diversa, que hunde sus raíces, respectivamente, en el *legalitarismo* de los iluministas continentales y en el *pragmatismo* del conocimiento judicial anglosajón<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> En los países del *common law* es tradicional aclarar que la *presumption of innocence* se concibe como una manifestación de la carga de la prueba o *burden of proof*, que recae sobre la acusación. Esto se explica como una derivación más del marcado sistema acusatorio de estos países, en los cuales estas instituciones procuran poner de relieve el papel activo que debe cumplir la acusación para poder dar lugar a la condena del individuo, logrando de esta manera elevados estándares de respeto a los derechos individuales a través de la historia. Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 15.

<sup>84</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., pág. 28.

En el ámbito americano las convenciones internacionales también refieren la presunción de inocencia al campo probatorio y de juicio de hecho de la sentencia. Así se desprende del artículo 26 de la DADDH de 1948 que declara el derecho a ser presumido inocente “*hasta que se pruebe*” la culpabilidad del acusado y del artículo 8.2 de la CADH de 1969, que establece la aplicación de este derecho respecto del acusado “*mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”.

Sin embargo, tal como veremos en los diversos capítulos de este trabajo, la presunción de inocencia en su acepción específicamente de regla probatoria, no encuentra un desarrollo sistemático en los tratados internacionales y ni siquiera en las Constituciones de España y Chile que son las dos que con mayor énfasis se analizarán en el mismo configurándose, al menos en el caso español, jurisprudencialmente su contenido a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento procesal penal nacional y acorde a los tratados internacionales, especialmente la CEDH.

Dado que el objeto del presente trabajo se encuentra constituido por la presunción de inocencia como regla probatoria en el proceso penal, cada uno de los principales aspectos que la conforman serán estudiados en los capítulos venideros, por lo que en esta sede sólo nos limitaremos a las breves notas sobre este punto precedentemente expuestas.

### **III. FÓRMULAS PARA ENUNCIAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

#### **1. Fórmula positiva y negativa**

En los apartados anteriores hemos apreciado cómo las fórmulas utilizadas desde la DDHC de 1789 hasta los tratados internacionales más modernos, han reflejado cuál es el sentido que cada uno de estos textos

otorga a la referida presunción, sea como regla de tratamiento del imputado, sea como regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

Pero, además de las indicadas fórmulas, existen otras que, en su momento, dieron lugar a intensas polémicas, fundamentalmente protagonizadas por la doctrina italiana. Nos referimos a dos concretas fórmulas: la positiva y la negativa.

Normalmente estamos acostumbrados a leer en los tratados internacionales y en las diversas Constituciones la fórmula positiva según la cual toda persona acusada de un delito tiene derecho a “ser presumida inocente” o a que “se presuma su inocencia” mientras no se pruebe su culpabilidad de conformidad a la ley.

Sin embargo, la polémica saltó a la palestra cuando la Constitución italiana de 1948, en su artículo 27.2, utilizó una fórmula negativa para referirse a la presunción de inocencia, señalando:

*“L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.*

El debate que precedió a la decisión de la Asamblea Constituyente italiana de utilizar esta fórmula y la polémica que le continuó no se refirió a si la tal presunción debía ser considerada una regla de tratamiento o de prueba y de juicio, sino que atacaron la existencia misma de la presunción de inocencia y su posible sustitución por una “presunción de no culpabilidad”, sucediéndose tras la entrada en vigor de esta Constitución una serie de interpretaciones que claramente tendían a devaluar el sentido de la presunción de inocencia. De esta forma autores como Guarneri señalaron que el artículo 27.2 CI de 1948 lo que afirmaba era el principio de la *no culpabilidad* hasta la condena

definitiva, lo cual imponía la obligación de no considerar penalmente responsable al acusado hasta dicha condena, debiendo entre tanto ser tratado “como persona sometida a juicio, es decir, como sospechoso, pero con responsabilidad aún no establecida”<sup>85</sup>.

Por su parte, Illuminati nos cuenta que la elección efectuada por la Constitución italiana, que él califica de “poco feliz en el plano técnico y discutible en el plano político”, se ha prestado a las más diversas interpretaciones, permitiendo que aún en la actualidad se suela distinguir entre “presunción de inocencia” y “presunción de no culpabilidad”, sosteniendo que la fórmula utilizada por la Constitución de 1948 implica reconocer una posición “neutral” del imputado: “la Constitución prohíbe considerar al imputado culpable pero no lo asume inocente”<sup>86</sup>.

Con todo, coincidimos con Illuminati en restarle valor a esta polémica en la actualidad, atendido que los textos internacionales mundiales y europeos que consagran la fórmula positiva de la presunción de inocencia han sido ratificados por Italia por lo que integran su ordenamiento interno. De esta manera ambas fórmulas — la negativa de la Constitución y la positiva de los pactos internacionales — se terminan por integrar y aclarar recíprocamente<sup>87</sup>.

Pero quizás más relevante que el dato estadístico referido a las legislaciones que han adoptado una u otra fórmula<sup>88</sup> sea el indagar en el

---

<sup>85</sup> GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. y notas Dr. Constancio Bernardo de Quirós, Puebla (México), Ed. José M. Cajica Jr., 1952, págs. 301-02.

<sup>86</sup> ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., págs. 21 y 23. Traducción propia.

<sup>87</sup> ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., págs. 27-28.

<sup>88</sup> Es posible apreciar que en los países iberoamericanos que contemplan la presunción de inocencia la fórmula utilizada en las respectivas Constituciones es



fondo mismo de la polémica suscitada en Italia a raíz del artículo 27.2 de la Constitución, puesto que aquel debate, por muy superado que en la actualidad se considere, no sólo atendía a una cuestión meramente terminológica, sino que — llamando la atención hacia los grandes temas que encierra el proceso penal, especialmente en lo relativo a la lucha entre garantismo y eficacia — lo que verdaderamente entrañaba eran dos formas contrapuestas de concebir el proceso y la administración de la Justicia Penal<sup>89</sup>, temas sobre los que consideramos importante dedicar algunas líneas.

## **2. La fórmula negativa de la Constitución italiana de 1948 y la polémica entre las Escuelas Penales italianas**

Revisemos brevemente en qué consistió la polémica que precedió y continuó a la adopción de la fórmula negativa por los constituyentes italianos.

Fue en el seno de las diversas escuelas italianas donde se realizaron las primeras reflexiones teóricas acerca de la presunción de inocencia. La primera de estas escuelas fue la llamada Escuela Clásica que hace de sus postulados esenciales aquellas ideas que tanto fueron defendidas durante la Ilustración en torno al Derecho Penal y a la Justicia Penal. Pese a ello, esta escuela debe su nombre a su oponente Enrique

---

mayoritariamente la positiva. Así se aprecia en los siguientes textos constitucionales de los países que se indican: art. 16. I. de la Constitución de 1995 de BOLIVIA; art. 29 inc. 4º de la Constitución de 1991 de COLOMBIA; art. 24 N° 7 de la Constitución de 1998 de ECUADOR; art. 12 de la Constitución de 1983 de EL SALVADOR; art. 14 de la Constitución de 1985 de GUATEMALA; art. 89 de la Constitución de 1982 de HONDURAS; art. 34 N° 1 de la Constitución de 1987 de NICARAGUA; art. 22 inc. 2º de la Constitución de 1972 de PANAMÁ; art. 17 N° 1 de la Constitución de 1992 de PARAGUAY; y art. 2º, N° 24, letra e) de la Constitución de 1993 de PERÚ.

<sup>89</sup> En este sentido se pronuncia ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., págs. 12-13.

Ferri que la llamó así con un sentido más bien peyorativo, queriendo significar con este título lo viejo y lo caduco<sup>90</sup>.

Dentro de los exponentes de esta Escuela se encuentra Carrara quien, desde una concepción dualista del Derecho y del proceso penal, refería a la presunción de inocencia todas las condiciones de legitimidad del procedimiento, y la colocaría como postulado fundamental del Derecho procesal. En efecto, para Carrara el origen del Derecho penal debe verse no en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del derecho y, por consiguiente, si el juicio penal debe ser el último instrumento de la tutela del derecho, es evidente que los ordenamientos procesales han de prestar dos servicios: a) proteger el derecho de los buenos para que se castigue a los culpables, y b) proteger el derecho del reo a no ser castigado sin motivo o más allá de la justa medida de su falta. De esta forma, para el autor la premisa “es mejor dejar impune un delito, que condenar a un inocente” constituye un axioma tan incondicionalmente cierto como pueden serlo los de las matemáticas y el fundamento del Derecho punitivo es defender indistintamente los derechos de todos: el de los buenos contra los culpables, castigando a éstos; el de los buenos contra las acusaciones injustas hechas en su perjuicio; y el derecho de los culpables mismos

---

<sup>90</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, cit., págs. 45-46. Aunque hemos de señalar que Ferri se refiere a esta Escuela como “aquella escuela que yo denominaré con sentido de *reverencia* la «Escuela Criminal Clásica» y que en Italia cumplió su ciclo glorioso con un pléyade de grandes criminalistas desde César Beccaria a Francisco Carrara y Enrique Pesina”. FERRI, Enrico, *Principios de Derecho criminal*, trad. cast. Rodríguez Muñoz, José Arturo, 1ª ed., Madrid, Reus, 1933, pág. 34.

contra el celo exagerado de los agentes del poder, cuando pretenden hacer recaer sobre aquellos una pena más severa de la que manda la ley<sup>91</sup>.

Contra estas ideas surgen dos corrientes de opinión provenientes de las escuelas denominadas Positiva y Técnico-Jurídica. La primera fundamentó sus críticas en razones de política criminal y la segunda en razones de estricta lógica jurídica, tal como veremos a continuación.

Como máximo exponente de la Escuela Positiva italiana se encuentra Enrico Ferri, quien promovió una serie de reformas en el enjuiciamiento criminal con el fin de instaurar una Justicia Penal eficaz en la represión de la delincuencia ante lo que él calificaba como la “bancarrotta de los sistemas penales actuales”. Ferri adjetivaba la Justicia Penal de su tiempo como “ciega y desorganizada en sus engranajes diversos”, y como impotente, tanto para defender a la sociedad, como para salvar a los individuos de una degeneración progresiva frente a la “enfermedad del crimen”, derivada del aumento de la criminalidad en general y, sobre todo, ante la “gangrena invasora de la reincidencia”<sup>92</sup>.

Este autor fundamentó sus proposiciones en la necesidad de restablecer el equilibrio entre los derechos y las garantías del individuo que debe ser juzgado y de la sociedad que lo juzga, descartando “las exageraciones del individualismo introducidas por la escuela clásica”<sup>93</sup>. Dentro de estas “inaceptables exageraciones” Ferri ataca duramente a la

---

<sup>91</sup> Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, trad. cast. Ortega Torres, José J. y Guerrero, Jorge, Bogotá, vol. II, Temis, 1988 (*Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa*), §815-816, págs. 278-79 y § 872, págs. 346-47.

<sup>92</sup> FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, trad. cast. Antonio Soto y Hernández, T. II, Madrid, Centro Editorial Góngora, 1908, págs. 261 y 347.

<sup>93</sup> FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. II, cit., pág. 192; y, del mismo autor, *Principios de Derecho criminal*, cit., pág. 35.

presunción de inocencia y a la regla del *in dubio pro reo*. Aún reconociéndole a la tal presunción una base de verdad, “puesto que los delincuentes no son más que una escasa minoría en comparación con el número total de la gente honrada”, el autor consideraba que aplicar igualmente la presunción en todos los casos y en todos los períodos del juicio constituía una abierta contradicción a la lógica, a la realidad misma de las cosas y, con ello, a las razones más claras de justicia y de utilidad social. Siendo así, por una parte, propuso que la presunción de inocencia operara sólo en la etapa de instrucción del juicio penal, cuando no existen todavía contra el enjuiciado más que simples suposiciones o indicios, debiendo eliminarse cuando se trataba de delincuentes flagrantes o confesos y, en todo caso, no extender sus efectos una vez pronunciada sentencia condenatoria de primer grado de jurisdicción. Y, por otra, propuso una aplicación selectiva de la presunción de inocencia que atendiera al criterio esencial de la categoría del delincuente (atávico, evolutivo, etc.), llegando incluso a propugnar como criterio de solución de la duda fáctica pronunciamientos judiciales distintos del absolutorio, tales como un *no probado, non constat o non liquet*<sup>94</sup>.

Más tarde, Manzini<sup>95</sup>, gran exponente de la Escuela Técnico-Jurídica, dirigió también sus críticas contra la presunción de inocencia, calificándola de “burdamente paradójica e irracional”. En efecto, para el citado autor la finalidad del proceso “es eminentemente práctica, actual y jurídica, y se limita a la declaración de certeza de la verdad en relación al

---

<sup>94</sup> FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. II, cit., págs. 194-97.

<sup>95</sup> Cfr. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, T. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951 (*Trattato di Diritto Processuale Penale italiano*, terza edizione aggiornata e accresciuta, Volume primo, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese [già Ditta Pomba], 1949), págs. 248-49 y 253-57.

hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas”, y el término *inocente* no tiene un significado ético sino exclusivamente jurídico, en tanto quien “ha resultado no ser culpable del delito que se le había imputado, puede ser hasta el más perverso de los delincuentes habituales, pues su «inocencia» se refiere exclusivamente al hecho de que se trata o a los requisitos de punibilidad de este mismo hecho”<sup>96</sup>.

Manzini rechazaba la posibilidad de que en el procedimiento penal valiera a favor del imputado una presunción de inocencia, calificándola derechamente de absurda, sobre todo de cara al hecho mismo de la imputación que, al basarse en unos suficientes indicios de delincuencia, más bien debiera constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad. El autor no dudó en recurrir a la ironía a la hora de explicar la falta de lógica que veía en esta llamada presunción de inocencia y, apelando al “buen sentido”, se preguntaba: “si se presume la inocencia del imputado, (...), ¿por qué entonces proceder contra él?” o “¿por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿por qué no abolir la detención preventiva? ¿por qué no se admite al imputado a que se constituya parte civil contra el querellante o el denunciante, injustos perseguidores presuntos de un presunto inocente?”. Postulaba finalmente Manzini que mientras pende el juicio a la persona del enjuiciado sólo debe tratarse como “juzgable”, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido declarada cierta, porque “el no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede nunca equivaler a presumir de él la inocencia”, siendo esta la razón por la

---

<sup>96</sup> MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, T. I, cit., nota (9), pág. 253.

que a juicio del autor la Constitución italiana “no establece presunción alguna de inocencia, sino que se limita a declarar, como es natural, que «el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva»”<sup>97</sup>.

Según nos cuenta Illuminati, la polémica fue decayendo hasta extinguirse, aunque resurgió en parte durante el régimen fascista con la redacción del Código de 1930, correspondiéndole a Alfredo Rocco defender la tesis de Manzini ante el Senado, en los siguientes términos:

“[E]sto (*la absurda presunción de inocencia*) es una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes excesos las garantías individuales. Sagrado e inviolable es sin duda el derecho de defensa, cierto e inconcuso es el principio de que el imputado no puede ser considerado *culpable* antes de la sentencia irrevocable de condena, pero, que se lo deba considerar inocente mientras se procede contra él como inculpaado del delito, es una tal enormidad, una tan patente *inversión del sentido lógico y jurídico*, que no se puede admitir ni aún siquiera como manera de expresarse. *Mientras hay un proceso en curso no hay ni un culpable ni un inocente, sino sólo un indiciado*: sólo en el momento en que recae la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o es inocente”<sup>98</sup>.

Como ya hemos tenido oportunidad de apuntar, la moderna doctrina italiana da por superada esta vieja polémica entendiendo que ya no es posible diferenciar entre “presunción de inocencia” y “presunción

---

<sup>97</sup> MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, T. I, cit., págs. 253-57.

<sup>98</sup> ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., nota 41, pág. 19, citando “Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale”, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VII, Roma, 1929, pág. 22. (La cursiva y traducción es nuestra).

de no culpabilidad”, dado el vigor en dicho país de los diferentes pactos internacionales que formulan la presunción de inocencia en términos positivos y claros y que, al haber sido ratificados y mandados ejecutar como ley interna en Italia, permiten aclarar la norma constitucional del artículo 27.2 de la Carta Fundamental y con ello dar por concluida la polémica. Según Illuminati, actualmente ya no se discute la existencia de una presunción de inocencia, centrándose el debate y los esfuerzos doctrinales más bien a verificar hasta qué punto este principio o derecho ofrece concretas garantías de un correcto funcionamiento de la justicia penal<sup>99</sup>.

### **3. La fórmula utilizada por la Constitución española de 1978**

El artículo 24.2 CE no recurre a ninguna de las dos fórmulas estudiadas para consagrar la presunción de inocencia, limitándose simplemente a señalar que todos tienen derecho a la misma.

Sólo destacar que la presunción de inocencia se encontraba consagrada en el artículo 24 del anteproyecto que la Ponencia elaboró para su discusión y debate, sin que fuese objeto de enmiendas ni de discusión alguna, las que sí tuvieron lugar respecto del resto del artículo 24 original<sup>100</sup>.

Más interesante resulta revisar el origen de su localización dentro del artículo 24. En el citado anteproyecto la presunción de inocencia se encontraba en el párrafo segundo, existiendo una sola enmienda, la N° 2 de Carro Martínez de Alianza Popular, que propuso su cambio de

---

<sup>99</sup> ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., pág. 24.

<sup>100</sup> Cfr. OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, cit., págs. 73-83.

ubicación al párrafo 1º, junto al derecho al acceso efectivo a los tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos y a la prohibición de la indefensión. En el Informe de conclusiones finales se rechazó esta enmienda, manteniendo a este derecho fundamental en el segundo párrafo junto a las demás garantías del proceso. Esta proposición de cambio de localización no volvió a ser discutida ni en Comisión ni en el Pleno. La ausencia de debate en torno a la inclusión y exacta ubicación de la presunción de inocencia en el artículo 24.2 CE, ha conducido a considerar que los constituyentes de 1978 consideraron a este derecho fundamental como una garantía procesal que, junto a otras, integraba el derecho a un juicio justo o al debido proceso y no como un derecho relacionado a la tutela efectiva<sup>101</sup>.

En consecuencia, ha sido la jurisprudencia y la doctrina científica quienes han configurado el contenido real de la presunción de inocencia, en especial en su acepción de regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado en el proceso penal y ello fundamentalmente con base en la interpretación sistemática de las normas de la LECRIM relativas a la formación y práctica de la prueba procesal, excediendo el carácter de mera garantía procesal del que da cuenta su enunciación dentro del artículo 24 CE.

---

<sup>101</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, 1987, págs. 3-5 (versión electrónica). En este sentido, además, OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución...*, cit., págs. 78-80; y CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Notas sobre el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales a los veinticinco años de la vigencia de la Constitución de 1978”, en *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, Málaga, CEDMA, 2004, pág. 203.



Finalmente, al igual que sucede en Italia, la escueta fórmula utilizada por los constituyentes de 1978 debe ser integrada y aclarada por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, en tanto en su calidad de derecho fundamental ha de ser interpretado conforme a ellos, tal como lo impone el artículo 10.2 CE.

#### **4. La fórmula utilizada en el artículo 4 CPPCh**

El mismo argumento puede ser utilizado en el caso chileno, en tanto el artículo 4 del CPPCh de 2000 consagra la fórmula negativa del derecho a la presunción de inocencia, fórmula que consideramos debe también integrarse y aclararse con la positiva utilizada en el PIDCP y la CADH en vigor en Chile en virtud del artículo 5 CCh. Si bien ese artículo 5 CCh no impone de manera expresa el deber de interpretar los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales sobre la materia como lo hace el artículo 10.2 CE, no es menos cierto que prescribe que es deber de los órganos estatales respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes<sup>102</sup>.

Cabe señalar que en los trabajos legislativos de formación del CPPCh no existe constancia de haberse siquiera discutido la fórmula utilizada ni la posibilidad de cambiarla hacia una redactada en términos

---

<sup>102</sup> Cabe señalar que el Proyecto original del CPPCh contemplaba en su artículo 8º, que luego pasó a ser 9º, una disposición especialmente destinada a regular, de manera expresa, la aplicación directa de las normas constitucionales y de los tratados internacionales. En el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante el segundo trámite constitucional del proyecto, se propuso reemplazar el artículo, con el objeto de suprimir las frases que hacían aplicables las normas contenidas en la Constitución y en tratados internacionales. Tal indicación fue finalmente aprobada, por lo que el artículo fue eliminado. Cfr. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Boletín núm. 1.630-2, 20 de junio de 2000, págs. 47-48.

positivos, lo que hubiese resultado más acorde con los textos de los diversos tratados internacionales en vigor en Chile y que regulan la materia. En dichos trabajos parlamentarios tan sólo se dejó constancia acerca de que la fuente de esta disposición era el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en sus artículos 3 y 7, los que más bien contemplan una fórmula positiva<sup>103</sup>.

En el Congreso Nacional chileno la discusión se centró, en cambio, en el contenido de la disposición, en tanto en el proyecto original de este CPPCh el entonces artículo 3º, que luego pasó a ser 4º, tenía un contenido más amplio cuyo tenor era el siguiente:

“Tratamiento del imputado como inocente e interpretación restrictiva. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal durante el procedimiento, en tanto no sea condenada por medio de una sentencia firme.

---

<sup>103</sup> Así se señala expresamente en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín núm. 1630-07-1, de 6 de enero de 1998.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica dispone en sus artículos 3 y 7 lo siguiente: “Artículo 3. Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

La duda favorece al imputado”.

“Artículo 7. Interpretación de la ley. Sin perjuicio de lo previsto en el Art. 3, será interpretada restrictivamente toda disposición que limite el ejercicio de un poder conferido a quienes intervienen en el procedimiento”.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad y de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente. En consecuencia, tampoco se las podrá aplicar analógicamente”<sup>104</sup>.

Fue la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado la que, en su segundo informe<sup>105</sup>, propuso reducir ese artículo sólo al primer inciso, titulándolo “presunción de inocencia del imputado”. En cuanto al inciso segundo, se acordó refundirlo con el artículo 150 del Proyecto<sup>106</sup>, ubicado en el título relativo a las medidas cautelares personales y convertirlos en una sola y nueva disposición dentro de los principios básicos del Código, bajo el epígrafe “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad” y que en el texto actual corresponde al artículo 5 CPPCh.

En este mismo segundo informe se deja constancia que la razón que se esgrimió para efectuar este cambio y crear un nuevo artículo 5 fue que el artículo 150 del Proyecto consagraba, bajo el epígrafe de “Legalidad”, un verdadero principio básico del Código relativo a las medidas cautelares personales, por lo que su correcta ubicación era en su Primer Título, junto a los demás principios básicos, con lo cual el inciso segundo del artículo 3º resultaba más pertinente en este nuevo artículo.

De la lectura de los trabajos preparatorios de este Código en lo atinente a la presunción de inocencia se puede apreciar con claridad que

---

<sup>104</sup> Texto acompañado al Mensaje de S. E. el Presidente de la República a la Cámara de Diputados, Boletín núm. 1630-07, 13 junio de 1995.

<sup>105</sup> Contenido en los Boletines N° 1630-2 y 1630-A-2, de 20 de junio de 2000.

<sup>106</sup> El artículo 150 del Proyecto señalaba que: “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ningún habitante de la República, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”.

se la contempló sobretodo como una regla de tratamiento, muy ligada al régimen de las medidas cautelares, especialmente las personales, mientras que respecto a su acepción como regla probatoria sólo se señala que entre los efectos de la presunción de inocencia cabe destacar que impone la carga de la prueba al Fiscal del Ministerio Público, por lo cual la persona no debe probar su inocencia y se recomienda estudiar este principio en relación con aquellos casos excepcionales en que es posible presumir legalmente la responsabilidad penal<sup>107</sup>.

Pese a que la fórmula utilizada por el CPPCh para consagrar la presunción de inocencia, además de ser negativa, de no hacer referencia a la necesidad de “probar la culpabilidad” y de encontrarse en sus orígenes ligada fuertemente con las medidas cautelares personales, cumpliendo un claro rol de regla de tratamiento, no podemos sino propugnar que, a través de una interpretación sistemática de las normas del CPPCh y acorde con los tratados internacionales sobre derechos humanos en vigor en Chile que integran la legislación interna de conformidad al artículo 5 CCh, ha de otorgársele al artículo 4º del citado Código el significado de

---

<sup>107</sup> Sobre este punto resulta absolutamente esclarecedor el siguiente párrafo N° 2, del punto IX del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Boletín núm. 1630-07-01, de 13 de enero de 1998, donde se señala que de acuerdo al principio de inocencia el imputado debe ser considerado y tratado como inocente mientras no se acredite su culpabilidad por medio de una sentencia condenatoria firme y que entre los principales efectos que derivan de su aplicación cabe destacar: “a) La eliminación de todas las formas de prejuzgamiento judicial que impliquen detrimentos provisionales respecto de la persona del imputado; b) La aplicación de cualquier medida cautelar personal es excepcional y la normativa que la consagra tiene que ser interpretada en forma restrictiva; c) La imposición de medidas cautelares debe ser dispuesta siempre por decisión judicial, y procederán bajo determinadas circunstancias que nunca dejarán al juez impedido de decretarlas, si la penalidad del hecho las justifica; d) La carga de la prueba en el proceso recae en el fiscal, por lo cual la persona no debe probar su inocencia; e) La supresión del arraigo de pleno derecho, como sucede hoy en día por el hecho de dictarse auto de procesamiento”.

ser también una regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

De esta manera creemos que ni la fórmula utilizada ni el sentido que los legisladores le otorgaron de actuar prioritariamente como regla de tratamiento, pueden impedir que la presunción de inocencia se alce también como regla rectora de todo el proceso de obtención y producción de la prueba procesal y de formación de la convicción judicial de condena.

En los capítulos siguientes analizaremos algunos de los más importantes aspectos de la presunción de inocencia como regla probatoria a la luz de la doctrina y jurisprudencia española, a la vez que nos dedicaremos a comprobar si, pese al tenor literal del artículo 4 CPPCh y a la historia fidedigna de su establecimiento, la jurisprudencia chilena ha sabido o no interpretar el conjunto de normas que configuran el sistema probatorio establecido en el nuevo Código permitiendo a la presunción de inocencia actuar, además, como una regla probatoria en el proceso penal.

#### **IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

En el presente apartado acerca de la naturaleza o entidad jurídica de la presunción de inocencia analizaremos los tres calificativos más importantes que esta garantía procesal admite: el de ser una “presunción”, una “verdad interina” y “un derecho fundamental”, a fin de determinar cuál de ellas es la más correcta desde el punto de vista técnico jurídico y, lo que es más importante, determinar cuál es la que mejor garantiza la operatividad de la presunción de inocencia, especialmente en su acepción de regla probatoria en el proceso penal.

## 1. La presunción de inocencia como presunción *iuris tantum*

Tal como hemos visto, esta terminología es utilizada en prácticamente todos los ordenamientos procesales y tratados internacionales que la contemplan.

Agreguemos además que en los citados ordenamientos también existe unanimidad en concebirla como una presunción de derecho de carácter “*iuris tantum*”, recogiendo una antigua terminología utilizada por los glosadores del Derecho romano, con lo cual se quiere significar que se trata de una presunción de origen legal pero destruible con prueba en contrario.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia española, desde la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31, de 28 de julio de 1981, invariablemente la ha catalogado de la forma indicada y así ha dicho:

“Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general de derecho que ha de informar la actividad judicial («in dubio pro reo») para convertirse en un derecho fundamental que vincula, a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal como ha precisado este Tribunal en reiteradas sentencias. En este sentido la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción de carácter «*iuris tantum*» ha quedado desvirtuada”<sup>108</sup>.

Un poco más explícita es la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17, de 7 de febrero de 1984, que dispone:

---

<sup>108</sup> STC 31/1981 (Sala Primera), 28 julio, FJ. 2º, Ponente Dª. Gloria Begué Cantón. (El entrecomillado es de la sentencia).

“La presunción de inocencia es una presunción «iuris tantum» que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que apreciando en conciencia esa actividad probatoria unida a otros elementos de juicio (las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados) el juez pueda dictar sentencia”<sup>109</sup>.

En resumen, existe consenso normativo, doctrinal y jurisprudencial en calificar a la dicha garantía procesal como “presunción” y en catalogarla de presunción de derecho *iuris tantum*, con lo cual se deja claro que puede ser perfectamente desplazada por una prueba que demuestre la culpabilidad.

Sin embargo, es preciso advertir que — paradójicamente — también existe consenso en estimar que esta presunción no lo es tal desde la estricta perspectiva técnico procesal.

Desde esta última perspectiva, las presunciones se pueden definir como “aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones”<sup>110</sup>.

Siendo así, es fácil colegir que la llamada “presunción de inocencia” carece de los elementos propios de una auténtica presunción, cuales son: a) un *hecho base, indicio o hecho indiciante*, del cual se parte

---

<sup>109</sup> STC 17/1984 (Sala Primera), 17 febrero, FJ. 3º, Ponente D. Ángel Latorre Segura. (El entrecomillado es de la sentencia).

<sup>110</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, Ediciones Nauta, S. A., 1963, pág. 17.

y al cual se van a anudar las consecuencias correspondientes; b) El *hecho consecuencia*, como derivado del anterior; y c) el *enlace lógico o causal* entre tales hechos, de modo que el segundo derive claramente del primero conforme a leyes de la lógica o de la física o a las máximas de experiencia<sup>111</sup>.

Compartiendo el razonamiento de Vázquez Sotelo, estamos de acuerdo en considerar que en el caso de la presunción de la inocencia el hecho base sería la inocencia como conducta acorde con la normalidad de los ciudadanos y el hecho consecuencia obviamente sería la inocencia del imputado en cuestión. Pero a este hecho consecuencia no se llega a través de leyes lógicas o físicas o por máximas de experiencia, sino que a él se llega como consecuencia exclusivamente de no haberse probado lo contrario, esto es, la culpabilidad. De ello se desprende que la presunción de inocencia no sólo carece del tercer elemento de toda presunción sino también del denominado *hecho base*, en tanto en una auténtica presunción el hecho del que parte el legislador está acreditado o constatado en el proceso<sup>112</sup>.

## 2. La presunción de inocencia como “verdad interina”

---

<sup>111</sup> En este sentido, por todos, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción»...”, cit., pág. 273. Sobre el tema, también puede verse, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit., pág. 17.

<sup>112</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción»...”, cit., pág. 273. Se adscriben a esta opinión, entre otros, MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 151; MASCARELL NAVARRO, María José, “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia*, cit., pág. 613; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, cit., pág. 37; y NIEVA FENOLL, Jorge, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2000, pág. 190. En Italia,



Dadas las críticas insalvables formuladas en contra del calificativo de “presunción *iuris tantum*”, Vázquez Sotelo acuñó la idea de que la presunción de inocencia en realidad se trata de una *verdad interina o provisional*, que comparte con las presunciones el carácter probatorio, en cuanto ambas figuras “liberan de toda prueba al sujeto favorecido por la verdad interinamente afirmada por el legislador o por la presunción legalmente establecida aunque sea sólo con valor *iuris tantum*”, pero que se diferencian entre sí en que la verdad interina se acepta sin más, en cumplimiento del mandato legal, y en que la misma no necesita partir de un hecho base acreditado o probado en el proceso como las presunciones; no requiere utilizar ningún expediente, procedimiento lógico o criterio experimental para alcanzar el hecho consecuencia; y porque en ella no existe el enlace lógico entre dos afirmaciones, sino pura y simplemente la exención de prueba de una afirmación determinada, salvo prueba en contrario<sup>113</sup>.

Este concepto de verdad interina ha encontrado acogida en la jurisprudencia española que al respecto ha señalado que:

“[L]a presunción de inocencia es una *simple verdad interina* de inculpabilidad; expresión correcta que ha sido acogida, dándole carta de naturaleza jurisprudencial, por varias Sentencias de esta Sala”<sup>114</sup>.

---

por todos, LOZZI, Gilberto, *Favor rei e processo penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, págs. 8-9.

<sup>113</sup> Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 5, Madrid, CGPJ, 1992, pág. 11 (versión electrónica) y, del mismo autor, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción»..., cit., págs. 272-76.

<sup>114</sup> STS 119/1995, (Sala Penal), 6 febrero, FJ. 1º, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid. (La cursiva es de la sentencia).

Pese a ello, la misma expresión no ha encontrado total consenso en el ámbito de la doctrina científica. Así por ejemplo, algunos autores califican a la presunción de inocencia separada o indistintamente como presunción *iuris tantum*<sup>115</sup> o “verdad interina” siguiendo en ello a la jurisprudencia del TS<sup>116</sup>. Otros, en cambio señalan que la presunción de inocencia constituye una “ficción, que es un mero producto de la fantasía”<sup>117</sup>. Hay quienes se pronuncian derechamente en contra del apelativo de verdad interina, por considerar que tal expresión sugiere la idea de una “provisionalidad necesaria”, en circunstancias que cuando la hipótesis acusatoria no es confirmada a través de la actividad probatoria en el proceso, la verdad constituida por la inocencia debe prevalecer dejando, en consecuencia, de ser interina o provisional<sup>118</sup>. Finalmente, los

---

<sup>115</sup> Así la califica CARBALLO ARMAS, Pedro, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004, pág. 19; GARCÍA CARRERO, M., “La apreciación de la prueba en conciencia en el proceso penal y la protección constitucional de la presunción de inocencia”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, 1982, págs. 79-70, aunque más adelante ambos autores destacan la condición de derecho fundamental de la presunción de inocencia; y ALAMILLO CANILLAS, Fernando, “La presunción de inocencia y el recurso de casación penal”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, 1983, págs. 1148.

<sup>116</sup> Cfr. LUZÓN CUESTA, José María, “La presunción de inocencia ante la casación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 12, 1988, pág. 149 y, del mismo autor, *La presunción de inocencia ante la casación*, Madrid, Colex, 1991, pág. 13.

<sup>117</sup> SILVA MELERO, Valentín, “Presunciones e indicios en el proceso penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, año 1944, págs. 533-34. En igual sentido, en Italia, MANZINI, Vincenzo, *Tratado...*, T. I, cit., pág. 256. En contra de esta denominación también se pronuncia LOZZI, Gilberto, para quien en la ficción el nexo que une al hecho conocido y al hecho desconocido no sólo es contrario a cuanto la experiencia sugiere sino que es derechamente errado, *Favor rei e processo penale*, cit., pág. 9.

<sup>118</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 29, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 10 (versión electrónica).

hay quienes la apoyan totalmente<sup>119</sup> o la aceptan pero con matizaciones. Entre estos últimos se encuentra Nieva Fenoll quien considera que si bien este término resulta aceptable en tanto, por un lado, la presunción de inocencia se trata ciertamente de una *verdad* porque se “tiene por veraz *ex constitutionis* que todos los seres humanos son inocentes, mientras no se pruebe lo contrario” y, por otro, es también *interina* porque dicha presunción “es una verdad que sustituye temporalmente a otra, la que sea declarada en la sentencia”, no es menos cierto que más bien se trata de una *suposición*, que sólo es una apariencia o reflejo de una verdad y que no necesariamente se corresponde con la misma, amén de que la verdad no puede estar sujeta a los avatares temporales: un hecho es verdad o no lo es, las verdades a medias no son más que una mentira<sup>120</sup>.

Con todo, hemos de anotar que desde el punto de vista jurisprudencial el hecho de que la presunción de inocencia sea considerada una “presunción *iuris tantum*” o una “verdad interina o provisional”, no acarrea consecuencias prácticas en cuanto a los efectos probatorios que de ella se siguen. Lo anterior queda demostrado por la circunstancia de que los Tribunales utilizan ambos términos indistinta o incluso conjuntamente, dándole, en todo caso, idéntico contenido y efectos en el plano probatorio cuando a ella se refieren como “verdad interina”. Así se desprende del siguiente pronunciamiento del TC:

---

<sup>119</sup> Cfr. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., pág. 44.

<sup>120</sup> NIEVA FENOLL, Jorge, *El hecho y el derecho en la casación penal*, cit., pág. 190, siguiendo en ello a CARNELUTTI, Francesco, para quien, a propósito de sus críticas hacia la diferenciación entre verdad formal y material, la verdad “es como el agua: o es pura, o no es verdad”, *La prueba civil*, trad. cast. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª edición, Buenos Aires, Desalma, 1982 (*La prova civile*, 2ª ed. italiana, Roma, So. Gra. Ro., 1947), págs. 20-22.

“[L]a *presunción* constitucionalmente proclamada tiene el efecto trascendental de inscribir en el umbral del proceso, *como verdad interina o provisional*, la de la inocencia del acusado, en tales términos que, de una parte, será la acusación la que tenga que desvirtuar, mediante las pruebas que presente ante el Tribunal, aquella presunción y, de otra, únicamente podrá la misma tenerse por destruida cuando se haya practicado, con las debidas garantías, una suficiente actividad probatoria que razonablemente pueda ser considerada de cargo”<sup>121</sup>.

### 3. La presunción de inocencia como derecho fundamental

La presunción de inocencia ha sido elevada a rango constitucional por la inmensa mayoría de los Estados Liberales de Derecho y ha sido recogida por la totalidad de los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos. Desde esta perspectiva, no cabe duda que la misma ha adquirido en la actualidad el carácter, calidad o rango de *derecho fundamental*.

Conforme con esta constitucionalización e internacionalización de la presunción de inocencia, ésta puede calificarse como un derecho fundamental, esto es, como un *derecho público subjetivo*<sup>122</sup> de carácter

---

<sup>121</sup> STS 2476/1987, (Sala Penal), 14 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. José Jiménez Villarejo. (La cursiva es nuestra).

<sup>122</sup> Así la califican, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “«In dubio pro reo», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Año 7, mayo-agosto 1987, págs. 20-21; y BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “El derecho a la presunción de inocencia”, con GUERRA SAN MARTÍN, José y TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, Enrique, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 4, 1982, págs. 1185-87. Por su parte, califican a la presunción de inocencia exclusivamente como derecho fundamental, entre otros, ASECIO MELLADO, José María, “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2”, en *Poder Judicial*, núm. 4, 2ª época, diciembre, 1986, pág. 35; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Imputabilidad del «incumplimiento resolutorio», carga de la prueba y de presunción de inocencia: en especial el juicio de culpabilidad por el ilícito laboral ex artículo 54 del Estatuto de los

*fundamental*, caracterizado por<sup>123</sup>:

a) Ser un derecho subjetivo en cuanto posee un sujeto activo o titular que es el acusado. En este sentido la Comisión Europea de Derechos Humanos tiene declarado que este derecho no puede ser invocado por las personas ya condenadas (por ejemplo en el juicio de revisión) ni por quienes no detentan la cualidad de acusado en un procedimiento (por ejemplo, en el caso de procedimientos de extradición y expulsión)<sup>124</sup>.

Por otra parte, posee un sujeto destinatario que estaría compuesto por la totalidad de los poderes públicos y, en especial, por los órganos jurisdiccionales<sup>125</sup>.

b) Su naturaleza es pública tanto por su fuente cuanto por la naturaleza del sujeto destinatario que es el propio Estado.

---

Trabajadores. (Reflexiones críticas sobre una ambigua e incierta jurisprudencia constitucional)”, en *Revista General del Derecho*, núms. 604-05, año LI, enero-febrero, 1995, pág. 68; LLOBET RODRÍGUEZ LL. M., Javier, “La presunción...”, en *Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 548; y OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución...*, cit., págs. 82-89 con especial referencia a la distinción de este derecho fundamental con los principios generales del Derecho y con las garantías procesales.

<sup>123</sup> Cfr. BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “El derecho a la presunción de inocencia”, con GUERRA SAN MARTÍN, José y TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, Enrique, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, cit., págs. 1185-87.

<sup>124</sup> MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, “Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Jornadas sobre la Justicia Penal en España*, en *Poder Judicial*, núm. especial II, Madrid, 1987, págs. 210-11. Con todo, debe aclararse que para la CEDH el término “acusación” puede definirse como “la notificación oficial, emanada de la Autoridad competente del reproche de haber cometido una infracción penal”. Mismo autor y obra, pág. 200.

<sup>125</sup> Al respecto, véase MASCARELL NAVARRO, María José, “La carga...”, en *Justicia*, cit., pág. 612.

c) Es un derecho autónomo en tanto, si bien integra junto con otras garantías procesales la noción de *debido proceso*, puede ser violado y por tanto reclamarse su infracción con independencia de que estos otros derechos se hayan respetado. La situación contraria, sin embargo, no resulta posible, porque “de haberse producido una infracción del procedimiento establecido, la violación al derecho a la presunción de inocencia queda subsumida en aquél”<sup>126</sup>.

d) Es de aplicación directa e inmediata, como lo ha ido estableciendo en doctrina reiterada y uniforme la jurisprudencia española<sup>127</sup> y, por tanto, reclamable por la vía de los recursos legales que los ordenamientos estatales contemplen, gozando en España de la protección extraordinaria del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículos 53 CE y 41 y 44 LOTC).

e) Su contenido esencial no es disponible por el legislador que, en todo caso, ha de respetarlo (artículo 53.1 CE). En este sentido la presunción de inocencia se erige, además, como un “criterio orientador de futuras leyes”<sup>128</sup>, actuando como verdadero límite al legislador frente

---

<sup>126</sup> MASCARELL NAVARRO, María José, “La carga...”, en *Justicia*, cit., 617, haciendo referencia a lo resuelto por el TEDH el 27 de febrero de 1980 en el asunto Deweer. En el mismo sentido, JUANES PECES, Ángel, “El principio de la presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción”, en *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989, pág. 144; y BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “La presunción de inocencia en los textos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre (Comunicación a la ponencia núm. 24)”, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, Presidencia del Tribunal Supremo, 1983, pág. 651.

<sup>127</sup> STC 31/1981 (Sala Primera), 28 julio, FJ. 2º, Ponente Dª. Gloria Begué Cantón, por todas.

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, ANTONIO, “Notas sobre la presunción de inocencia”, en *Poder Judicial*, núm. 39, 2ª época, septiembre 1995, pág. 287.

a, por ejemplo, el establecimiento de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia<sup>129</sup>. Con todo, esta última afirmación conviene matizarla conforme a lo declarado en 1988 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Salabiaku:

“El artículo 6.2 no es ajeno, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que formulan en las leyes penales. Exige a los Estados que las mantengan dentro de los límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que esté en juego y respetando los derechos de defensa”<sup>130</sup>.

f) En su calidad de derecho fundamental, además, sólo puede ser desarrollado mediante ley orgánica (artículo 81.1 y 2 CE); goza de la máxima rigidez ante una eventual reforma constitucional (artículo 168.1 CE); y su interpretación ha de realizarse en conformidad a la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 CE).

---

<sup>129</sup> En este sentido, MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., pág. 38. Sobre este tema consultar, además: VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 9 y 12-13 (versión electrónica); BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “Algunas precisiones en torno a la «presunción de inocencia»”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 22, enero-febrero, 1985, págs. 86-90; y sobre la derogación de presunciones de culpabilidad en el ordenamiento procesal penal español, ver MESTRE DELGADO, Esteban, “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXVIII, fasc. I, enero-abril, 1985, págs. 739-40.

<sup>130</sup> STEDH 7 octubre 1988, (asunto Salabiaku contra la República de Francia), FD. 28º. Un comentario y resumen de esta STEDH puede verse en ORTELLS RAMOS, Manuel, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6 del Convenio Europeo en el proceso penal”, en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 197-98. El texto completo del fallo véase en <http://cmiskp.echr.coe.int>

g) Al igual que todos los derechos fundamentales, la presunción de inocencia cumple el doble rol de ser, por una parte, un derecho público subjetivo, no sólo en cuanto derecho de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantiza un “status” jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia y, por otra, un elemento esencial del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, configurándose como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)<sup>131</sup>.

Tras la incorporación de la presunción de inocencia en la CE de 1978 la jurisprudencia de inmediato reconoció la condición de derecho fundamental de la misma, diferenciándola claramente del principio general del *in dubio pro reo*, declarando su carácter vinculante para todos los poderes públicos, su aplicabilidad directa e inmediata por los mismos, su interpretación acorde a la DUDH y demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por España y su inclusión explícita en el ámbito del recurso de amparo<sup>132</sup>.

En nuestra opinión la presunción de inocencia es un derecho fundamental que implica una regla de tratamiento del imputado y una

---

<sup>131</sup> STC 25/1981 (Pleno), 14 julio, FJ. 5º, Ponente D. Antonio Truyol Serra. Cfr., además, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “«In dubio pro reo», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., págs. 20-21; y PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, págs. 24-35.

<sup>132</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Derecho a la presunción de inocencia (I): cuestiones generales”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, Navarra, Aranzadi, 2005, pág. 573, con amplias citas jurisprudenciales.



regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado. Obviamente no se trata de una presunción por carecer de los elementos propios de una presunción desde el punto de vista técnico jurídico. En cuanto al apelativo de verdad interina, si bien es una noción más aceptable, lo cierto es que introduce un concepto filosófico, de contenido incierto e indeterminado, al campo netamente jurídico cual es el de “verdad”, con las dificultades que ello entraña, sobre todo si se recuerdan las enseñanzas de Carnelutti acerca de la verdad.

De ahí que coincidamos con Nieva Fenoll en que más relevante que determinar si la presunción de inocencia es una presunción o una verdad interina, es precisar su naturaleza fáctica o jurídica, lo que cobra real importancia práctica a la hora de determinar qué es lo que se infringe cuando ella se vulnera: un hecho (la inocencia) o un derecho. Concordamos con el citado autor en que la infracción a la presunción de inocencia, en cuanto la misma es un derecho fundamental, es una cuestión de derecho que entra de lleno en el ámbito del control casacional y de amparo<sup>133</sup>. Con todo, si bien se trata de una cuestión de derecho, es evidente que tiene claras connotaciones fácticas siendo este el punto más relevante de cara a determinar los límites del control que en casación o amparo pueden y deben realizar el TS y el TC, respectivamente, cuestión esta última que intentaremos dilucidar en los diversos capítulos de este trabajo.

## **V. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO***

---

<sup>133</sup> NIEVA FENOLL, Jorge, *El hecho...*, cit., págs. 190-92.

Para abordar este tema hemos de realizar una muy breve referencia a los diversos criterios que la doctrina ha señalado para solucionar la incertidumbre fáctica sobre la culpabilidad del acusado, con la advertencia que la presunción de inocencia como regla de juicio en el proceso penal no constituye objeto de la presente tesis.

### **1. La carga de la prueba como criterio de solución de la incertidumbre fáctica en el proceso penal**

Teóricamente la carga de la prueba admite dos sentidos: uno formal o subjetivo y otro material u objetivo<sup>134</sup>. De acuerdo al primero de los sentidos expuestos la carga de la prueba se identifica con un procedimiento donde prima el principio dispositivo, toda vez que en éstos normalmente rige, a su vez, el principio de aportación de parte imponiendo que cada una de ellas deba probar los hechos en cuya demostración tenga interés porque el juez, en caso contrario, no los puede tener en cuenta por carecer de iniciativa probatoria, encontrándose

---

<sup>134</sup> Sobre esta distinción ver, entre otros, ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, trad. cast. Ernesto Krotoschin, 2ª ed. cast., Buenos Aires, Julio César Faira-Editor, 2002 (*Die Beweislast*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951), págs. 27-61; MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961 (*L'onere della prova*, Padova, CEDAM, 1942), págs. 105-11. En España, entre otros, MASCARELL NAVARRO, María José, "La carga...", en *Justicia*, cit., págs. 604-06; DAMIÁN MORENO, Juan, "Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil", en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 13-16; y en manuales, ORTELLS RAMOS, Manuel, "La prueba", (I), en *Derecho jurisdiccional*, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, vol. III, Barcelona, Bosch, 1991, págs. 334-36; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., Madrid, 1986, pág. 279; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1974, págs. 477-91; y TOMÉ GARCÍA, José Antonio, "Fase Decisoria (II). La prueba", en *Derecho procesal penal*, 7ª ed., con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA, y MUERZA ESPARZA, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004, págs. 475-76.

inhibido para informarse de oficio y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación de la “verdad”<sup>135</sup>.

En un sentido material u objetivo la carga de la prueba permite determinar, al momento de pronunciar sentencia y tras la valoración de la prueba, a quién perjudicará la falta o insuficiencia de prueba sobre un hecho determinado. En definitiva, responde a la pregunta acerca de a quién perjudicará la incertidumbre fáctica, operando como una regla de juicio que prescinde de la repartición de la prueba entre las partes, pero determina el modo en el cual el hecho debe ser probado. En caso de duda, el juez deberá dejar constancia que la finalidad de la prueba, es decir, la convicción del tribunal juzgador, no ha sido alcanzada, sin que este resultado pueda imputarse a la falta o insuficiente actividad de las partes, las que corren el riesgo de la falta de comprobación de los hechos favorables a ellas, pero su eventual inercia no comporta por sí el fracaso de su pretensión<sup>136</sup>.

Tal como señala Rosenberg la carga material u objetiva de la prueba “determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar”<sup>137</sup>.

En el ámbito del proceso civil la cuestión es de fácil resolución con base en la tradicional clasificación entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes. El juez en estos casos, al carecer él

---

<sup>135</sup> Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., pág. 278.

<sup>136</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., pág. 105.

<sup>137</sup> ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, cit., pág. 21.

mismo de facultades probatorias de oficio, debe conformarse con la prueba rendida por las partes y, en caso de duda, preguntarse, luego de determinar qué tipo de hecho es el que había que probar, a quién le correspondía probarlo en función de la naturaleza del hecho y de la relevancia que el mismo ocupe en relación con la posición procesal de quien lo alegó en su favor<sup>138</sup>, sistema que recoge a modo de regla general el actual artículo 217 LEC<sup>139</sup>, aunque matizándolo con los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria<sup>140</sup> y que más precariamente se contempla en Chile en el artículo 1698 CCCh<sup>141</sup>.

Pero trasladar este esquema civilista al ámbito del proceso penal es un asunto del todo controvertido<sup>142</sup>. En lo tocante a la carga formal o subjetiva, según la cual cada parte debe probar los hechos en cuya demostración tiene interés, la respuesta a la pregunta de si es posible aplicar esta distribución al ámbito penal es unánimemente negativa. Lo anterior, por varias razones de corte teórico y legal, a saber:

a) En el proceso penal no se puede aplicar la misma justicia distributiva de la carga de la prueba del proceso civil porque, si bien para el acusador pudiese resultar fácil la prueba de los hechos constitutivos

---

<sup>138</sup> DAMIÁN MORENO, Juan, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, cit., pág. 19.

<sup>139</sup> Sobre este punto, véase DAMIÁN MORENO, Juan, “Nociones...”, en *Carga...*, cit., págs. 19-24.

<sup>140</sup> Sobre estos criterios, véase GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 29-74.

<sup>141</sup> El artículo 1698 CCh dispone: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”.

<sup>142</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., pág. 95.

(acción u omisión), la prueba de los hechos impeditivos (por ejemplo, la legítima defensa) le resultaría difícil y la de los extintivos (por ejemplo, la prescripción o la amnistía) le resultaría francamente imposible. Consecuentemente, “exigir tanto del actor equivaldría, las más de las veces, a negarle pura y simplemente la protección jurídica”<sup>143</sup>.

b) Por otra parte, si se concibe un fin dualista al proceso penal, esto es, condenar al culpable y evitar que se condene al inocente<sup>144</sup>, no podría admitirse que la mera falta o insuficiencia de prueba por parte del acusado-inocente de los hechos impeditivos o extintivos determinaran su condena. Tal resultado, además de injusto, tampoco daría satisfacción al legítimo interés de la acusación, cual es el de obtener la condena no de un acusado cualquiera, sino la *del culpable* y, en consecuencia, la absolución del inocente<sup>145</sup>.

c) Pero, además, en los Estados de Derecho, los órganos de persecución penal organizan su actuación normalmente sobre un criterio de *objetividad*, que los obliga no sólo a indagar sobre los hechos adversos al acusado sino también sobre aquellos que pudiesen demostrar su inocencia<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., pág. 279.

<sup>144</sup> Sobre el fin dualista del proceso penal ver, entre otros: CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, cit., pág. 278; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., pág. 3; FENECH, Miguel, *El proceso penal*, 4ª ed., Madrid, Agesa, 1982, págs. 10-11; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal penal*, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, pág. 83; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios de Derecho procesal*, cit., pág. 465.

<sup>145</sup> En este sentido, ver ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 336.

<sup>146</sup> Por todos, LOZZI, Gilberto, *Favor rei...*, cit., págs. 17-18.

Tal criterio se encuentra presente en España en los artículos 2, 326.2, 445 y 729 N° 2 LECRIM, mientras que en Chile lo consagra expresamente los artículos 83 de la CCh, 3 y 77 CPPCh y 3 de la ley 19.640, LOCMP como uno de los principios que rigen el actuar del Ministerio Público.

Siendo así, es fácil colegir que la aplicación de las reglas de la carga de la prueba en sentido formal o subjetivo no se aplican en el ámbito del proceso penal, en tanto en dicho proceso “todos, menos el acusado, deben probarlo todo”<sup>147</sup>.

En lo tocante a la carga de la prueba en sentido material u objetivo como criterio apuntado por alguna doctrina para solucionar la incertidumbre fáctica<sup>148</sup>, tampoco puede venir determinado por el esquema de que quien debía probar determinado hecho deberá sufrir las consecuencias perjudiciales de la falta o insuficiencia probatoria y ello porque en el ámbito penal no es posible aplicar el criterio de distribución equitativa entre las partes del daño derivado de la incertidumbre fáctica en razón de que, en definitiva, es prioritariamente el Estado quien sufre el daño que representa tanto la condena de un inocente como la absolución de un culpable<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> MASCARELL NAVARRO, María José, “La carga...”, en *Justicia*, cit., pág. 608. Y tampoco se aplicarían en el ámbito civil en virtud del *principio de adquisición procesal*. Cfr. DAMIÁN MORENO, Juan, “Nociones...”, en *Carga...*, cit., págs. 13-14; y GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, págs. 31-34.

<sup>148</sup> Como lo postula BETTIOL, Giuseppe, “La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937, págs. 251-54.

<sup>149</sup> Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., pág. 280.

Ahora bien, excluida la posibilidad de que la carga de la prueba, sea en sentido formal o material, se aplique al ámbito del proceso penal, subsiste el problema derivado de la necesidad de que el ordenamiento jurídico le otorgue al juez un criterio para resolver la duda fáctica cuando falte la prueba o sus resultados sean insuficientes, puesto que tanto en el proceso penal como en el civil el juez está obligado a emitir un pronunciamiento cualquiera sea el resultado de la actividad probatoria que satisfaga el fin institucional del proceso, esto es: a comprobar o asegurar con eficacia de cosa juzgada si un determinado efecto jurídico se ha producido o no<sup>150</sup>. La exigencia de una regla de prueba en el proceso penal deviene, además, de la prohibición de que el juez penal pueda pronunciar un *non liquet*<sup>151</sup> o pueda recurrir a las “penas privilegiadas”<sup>152</sup> propias del Antiguo Régimen.

Coincidimos con Ortells en orden a considerar que el problema de buscar un criterio de solución de la incertidumbre fáctica en el proceso penal debe abordarse desde una perspectiva exclusivamente objetiva:

---

<sup>150</sup> Cfr. LOZZI, Gilberto, *Favor rei...*, cit., pág. 21.

<sup>151</sup> Expresión que refleja la facultad que tenía “el juez romano de no resolver cuando no veía claro un asunto: *non liquet*, decía; y con esa expresión daba su misión por concluida”. SENTÍS MELENDO, Santiago, “In dubio pro reo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1971, pág. 70.

<sup>152</sup> La precariedad legislativa en el ámbito penal de España durante el Antiguo Régimen, impuso que la práctica judicial hiciera uso del libre arbitrio a la hora de valorar las circunstancias del delito, ocasionando que las penas fueran graduadas según cómo aquéllas era captadas por el juez, modificando las penas o ablandándolas o endureciéndolas más de lo que la ley permitía u ordenaba. Cfr. HERRERO HERRERO, César, *La Justicia Penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 208, citando a J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra, y para jueces eclesiásticos y seglares, y de Salas, Aduanas y de Residencias, y sus Oficiales, y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregidores, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes*; T. I, Amberes, 1750, Libro II, Cap. IV, pág. 260; y TOMÁS Y

como una regla que disponga “cómo debe decidirse si la prueba, en el momento de sentenciar, es insuficiente”<sup>153</sup>.

## **2. El principio *in dubio pro reo* y su relación con la presunción de inocencia como criterio de solución de la incertidumbre fáctica en el proceso penal**

Con base en la antigua máxima de que es más equitativo y humano absolver al culpable que condenar a un inocente, se estimó por la jurisprudencia y la doctrina científica que la incertidumbre fáctica en el proceso penal debía ser resuelta aplicando el principio *in dubio pro reo*.

En cuanto a los orígenes de este principio, se suele indicar textos del Derecho romano, especialmente el Título XVII del Libro L del *Digesto*, regla 155<sup>154</sup> y, en el específico caso español, la Partida Siete, Título XXXI, Ley 9 que señala:

“E aun dezimos, que los Judgadores todavía deuen estar mas inclinados, e aparejados, para quitar los omes de pena, que para condenarlos, en los pleytos que claramente non pueden ser provados, o que fueren dudosos;

---

VALIENTE, Francisco, *La tortura en España*, cit., pág. 119 y, del mismo autor, *El Derecho...*, cit., pág. 119.

<sup>153</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 336. En un sentido similar se pronuncia GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., pág. 280; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...*, cit., pág. 486.

<sup>154</sup> En este sentido, entre otros, BETTIOL, Giuseppe, “La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, cit., pág. 247; MARTÍNEZ VAL, José María, *El principio “in dubio pro reo”*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1956, pág. 4; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...*, cit., pág. 464; y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “«In dubio pro reo» ...”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pág. 11. Con todo, para ROXIN, Claus, el *in dubio pro reo* se trata más bien de un principio consuetudinario, indiscutiblemente afianzado a partir de la introducción de la libre valoración de la prueba en el siglo XIX, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y



ca mas santa cosa es, e mas derecha, de quitar al ome de la pena que mereciesse por yerro que ouiesse fecho, que darla al que la non mereciesse, nin ouiesse fecho alguna cosa por que”<sup>155</sup>.

Pero el principio en estudio también constituye una derivación de la máxima penal *nulla poena sine crimine*, en tanto condenar existiendo incertidumbre sobre cualquier hecho que condiciona la pena, equivale a que ésta no se hallaría vinculada al delito, sino más bien a un sucedáneo del mismo<sup>156</sup>.

Para determinar cuál es la actual regla de juicio ante la incertidumbre sobre los hechos determinantes de la responsabilidad penal es necesario revisar previamente la relación existente entre el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, tema respecto del cual han existido dos posturas jurisprudenciales y científicas<sup>157</sup>.

Una parte de la doctrina postula que la presunción de inocencia contiene al principio del *in dubio pro reo*, siendo éste núcleo esencial de

---

Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, (*Strafverfahrensrecht*, Munich, Ed. Beck, 1998), pág. 112.

<sup>155</sup> PARTIDA VII, XXXI, Ley N° 9, en *Las Siete Partidas, con las variantes de más interés, y con las glosas del Lic. Gregorio López*, T. IV, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1844, pág. 416. En este sentido, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “«In dubio pro reo»...”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pág. 11. A esta Ley de las Partidas se refiere HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cuando señala: “Y así los Jueces en los delitos que no son claramente probados, ó que fueren dudosos, más inclinados han de ser á absolver al reo, que á condenarle, por que más justa, y santa cosa es quitar la pena al que la merece, que darla al que no la merece, por ser el daño reparable; y así lo dicen dos leyes de Partida”, *Curia Philipica*, T. I, Valladolid, Lex Nova, 1989, tercera parte, § 17, 1, pág. 232.

<sup>156</sup> Por todos, ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 337.

<sup>157</sup> En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 613-20; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, págs. 168-76.

aquella. Según esta posición, la presunción de inocencia cumpliría el mismo papel que en el proceso penal venía desempeñando el principio *in dubio pro reo*, actuando como regla de juicio penal dirigida al Juez o Tribunal indicándole cómo debe resolver en los casos de incertidumbre fáctica, con la particularidad de que la presunción de inocencia, a diferencia del *in dubio pro reo*, ha sido elevada por la Constitución a la condición de derecho fundamental<sup>158</sup>.

Una segunda postura doctrinal considera que la presunción de inocencia se diferencia del *in dubio pro reo* en que, además de ser aquella un derecho fundamental consagrado en la Constitución y éste un principio general del Derecho no positivizado<sup>159</sup>, el ámbito de aplicación

---

<sup>158</sup> Comparten esta postura, entre otros, BACIGALUPO, Enrique, “Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLI, fasc. I, enero-abril, 1988, pág. 365; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “«In dubio pro reo»...”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pág. 25; BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “La prueba indiciaria”, en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 13, Madrid, CGPJ, 1992, pág. 30 (versión electrónica); BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “El derecho...”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, cit., pág. 1185; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 5 (versión electrónica); CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 11; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción ...*, cit., págs. 212-13; LLOBET RODRÍGUEZ LL. M., Javier, “La presunción...”, en *Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 552, haciendo referencia este último a la opinión sostenida por la doctrina alemana; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 21, Madrid, CGPJ, 1995, pág. 18 (versión electrónica); y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., pág. 615. En la doctrina comparada, entre otros, ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 111; y TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, núm. 3, 2003, pág. 92.

<sup>159</sup> Para LOZZI, Gilberto, el principio del *favor rei*, del cual el *in dubio pro reo* es una manifestación, constituye un principio general informador de todo el ordenamiento procesal, *Favor rei...*, cit., págs. 183-98. Mientras que para BETTIOL,

de la primera está constituido por aquellos casos en que existe un vacío probatorio, bien porque no existió prueba alguna entendida como actividad, bien porque habiendo existido tal prueba, ésta se produjo sin las garantías constitucionales lo cual conduce igualmente al vacío probatorio. Por su parte, el *in dubio pro reo* despliega sus efectos allí donde, habiendo existido prueba, ésta fue insuficiente en términos de dejar en el juzgador dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado<sup>160</sup>.

En consecuencia, para quienes postulan esta tesis la presunción de inocencia reviste un carácter objetivo cuya infracción es perfectamente controlable en casación y en amparo constitucional, mientras que el principio *in dubio pro reo* posee un carácter subjetivo, por tratarse de un criterio auxiliar del juez al momento de la valoración de la prueba, razón por la cual su infracción no sería controlable en casación ni en amparo constitucional.

---

Giuseppe, el *in dubio pro reo* constituye un principio normativo de carácter consuetudinario relativo a la carga sustancial de la prueba en el proceso penal consagrado en el artículo 473.3 CPPi de 1930 que ordenaba a los jueces, ante la paridad de votos, optar por la opinión más favorable al imputado, “La regola...”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, cit., pág. 253.

<sup>160</sup> En este sentido, entre otros, MESTRE DELGADO, Esteban, “Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*”, cit., págs. 728-29; JAÉN VALLEJO, Manuel, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Akal, 1987, págs. 19-22; LUZÓN CUESTA, José María, *La presunción de inocencia ante la casación*, cit., pág. 18; RUÍZ VADILLO, Enrique, *Estudios de Derecho procesal*, Granada, Ed. Comares, 1995, pág. 333; RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio, “Notas sobre la presunción de inocencia”, en *Poder Judicial*, cit., págs. 288-89; y MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., págs. 46-47.

En la jurisprudencia, SSTC 44/1989 (Sala Primera), 20 febrero, FJ. 2º; 136/1999 (Pleno), 20 julio, Voto particular Carles Viver i Pi-Sunyer, Ap. 35º; 16/2000 (Sala Primera), 31 enero, FJ. 4º; 209/2003 (Sala Segunda), 1 diciembre, FJ. 5º; 61/2005 (Sala Segunda), 14 marzo, FJ. 4º; 113/2005 (Sala Primera), 9 mayo, FJ. 3º; 137/2005 (Sala Segunda), 23 mayo, FJ. 5º; y 147/2009 (Sala Segunda), 15 junio, FJ. 2º.

Esta segunda tesis ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles, especialmente como una manera de evitar que la casación y el amparo se convirtieran en verdaderas terceras instancias<sup>161</sup>, señalando al respecto:

“[E]l principio *in dubio pro reo* que impone la absolución si no llegara al convencimiento más allá de toda duda, principio que precisamente por quedar en el ámbito judicial carece de relevancia constitucional y no puede ser confundido con la presunción de inocencia, aun cuando con ella guarde una cierta relación como criterio auxiliar”<sup>162</sup>.

En cuanto a esa “cierta relación”, el TC ha señalado que tanto la presunción de inocencia como el principio *in dubio pro reo* pueden considerarse manifestaciones de un genérico *favor rei*, pese a lo cual la primera se encuentra protegida por el recurso de amparo dado su carácter de derecho fundamental, mientras que el segundo no en tanto sólo reviste la calidad de ser condición o exigencia “subjetiva” del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória aportada al proceso<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Cfr., entre otros, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 613; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 15 (versión electrónica); y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pág. 187.

<sup>162</sup> STC 138/1992 (Sala Primera), 13 octubre, FJ. 2º, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende. En el mismo sentido, SSTC 103/1995 (Sala Segunda), 3 julio, FJ. 4º; 16/2000 (Sala Primera), 31 enero, FJ. 4º; 61/2005 (Sala Segunda), 14 marzo, FJ. 4º; y las en ellas citadas.

<sup>163</sup> STC 44/1989 (Sala Primera), 20 febrero, FJ. 2º, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. En el mismo sentido SSTC 136/1999 (Pleno), 20 julio, Voto particular Carles Viver i Pi-Sunyer, Ap. 35º; 16/2000 (Sala Primera), 31 enero, FJ. 4º; 209/2003 (Sala Segunda), 1 diciembre, FJ. 5º; 61/2005 (Sala Segunda), 14 marzo, FJ. 4º; 113/2005 (Sala Primera), 9 mayo, FJ. 3º; 137/2005 (Sala Segunda), 23 mayo, FJ. 5º; y 147/2009 (Sala Segunda), 15 junio, FJ. 2º.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TS al recalcar el carácter subjetivo del *in dubio pro reo* en los siguientes términos:

“[E]l «in dubio pro reo» se dirige al Juzgador como norma de interpretación, para establecer que en aquellos otros casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejaren duda en el ánimo del Juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá por humanidad y justicia absolverseles con lo cual, mientras el primer principio se refiere a la existencia o inexistencia objetiva de una prueba que lo desvirtúa; el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma, que por afectar de modo preponderante a la conciencia y apreciación del conjunto probatorio presentado ante el Juzgador, le ofrece la certeza o la duda”<sup>164</sup>.

La crítica más potente que se puede realizar en torno a esta tesis jurisprudencial basada en el criterio subjetivo del *in dubio pro reo* y objetivo de la presunción de inocencia, es que tal distinción ocasionaría la existencia de dos tipos de absolución: una por falta de prueba y aplicación de la presunción de inocencia y otro por insuficiencia de prueba y aplicación del principio *in dubio pro reo*. Esta situación no es del todo extraña en la legislación, en tanto el artículo 479 del Codice de Procedura Penale italiano de 1930 contemplaba una fórmula distinta para absolver según si existía certeza de la inocencia o insuficiencia de las pruebas dando lugar, respectivamente, a una absolución libre o plena y a

---

<sup>164</sup> STS 103/1983, (Sala Penal), 31 enero, FJ. 1º, Ponente D. Bernardo Francisco Castro Pérez. En el mismo sentido, SSTS 20/1988, (Sala Penal), 5 enero, FJ. 2º; 1918/1992, (Sala Penal), 22 septiembre, FJ. 5º; (Sala Penal), 2 noviembre 1992, FJ. 2º; 476/1993, (Sala Penal), 8 marzo, FJ. 1º; 643/2004, (Sala Penal), 17 mayo, FJ. 2º; 105/2005, (Sala Penal), 29 enero, FJ. 1º; 1317/2005, (Sala Penal), 11 noviembre, FJ. 5º; 936/2006, (Sala Penal), 10 octubre, FJ. 1º; y 168/2008, (Sala Penal), 29 abril, FJ. 1º.

una dubitativa. En efecto el artículo 479.3 del citado Codice disponía que:

“[S]e non risultano sufficienti prove per condannare il giudice pronuncia sentenza di assoluzione per insufficienza di prove”<sup>165</sup>.

La llamada “absolución dubitativa” italiana fue fuertemente criticada por la doctrina, señalándose que sus efectos coincidían con el valor moral y social del juicio de condena, lo cual era claramente contrario a la presunción de inocencia establecida en el artículo 27.2 CI que no consiente que de la falta de comprobación del delito puedan seguirse consecuencias diversas de la absolución plena del imputado<sup>166</sup>. Por su parte, en su momento Carnelutti propuso la eliminación de esta fórmula al considerar que creaba un inaceptable tercer género entre la inocencia y la culpabilidad, señalando que la ecuación sólo podía ser de dos formas: “*insufficienza di prove = esistenza di prove oppure insufficienza di prove = mancanza di prove; tertium non datur*”. Para este autor la insuficiencia de prueba sólo permitía elegir entre castigar o no castigar y si se decidía no castigar, cual era el caso de la absolución dubitativa, el así absuelto sólo podía ser tratado como si la prueba de su culpabilidad no existiese<sup>167</sup>. Admitir lo contrario y permitir la fórmula de absolución dubitativa implicaba el fracaso de la administración de justicia, porque significaba que el juez confesaba su incapacidad para

---

<sup>165</sup> Por su parte, el actual CPPi ha dejado atrás dicha disposición y hoy establece, en su artículo 530.2, que “Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando *manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto subsiste, que il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile*”.

<sup>166</sup> ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., págs. 130-31. Un análisis más profundo de esta polémica puede verse en LOZZI, Gilberto, *Favor rei...*, cit., págs. 22-40.

<sup>167</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Confutazione logica del proscioglimento per insufficienza di prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1963, págs. 3-4.

superar la duda y dejaba al imputado en la condición de “*imputato per tutta la vita*”<sup>168</sup>.

Probablemente el criterio que mejores argumentos proporciona para dilucidar las reales diferencias entre el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, es aquel que atiende a las posibles causas que en un proceso pueden generar incertidumbre acerca de la culpabilidad del acusado. Una primera causa se remite al vacío probatorio, es decir, inexistencia en el proceso de prueba producida con todas las garantías y de carácter incriminatorio. Una segunda causa se remite a la existencia de una duda subjetiva del juzgador sobre la culpabilidad del acusado resultante de la valoración de una prueba revestida de todas esas características, es decir, cuando la duda del juez versa sobre la fiabilidad o credibilidad de la prueba<sup>169</sup>.

Cuando la incertidumbre acerca de la culpabilidad del acusado obedece a la primera de las causas apuntadas, la misma debe conducir a la absolución, con independencia del cual sea la convicción subjetiva del juzgador acerca de la misma e incluso tal absolución debe proceder a pesar de que el juez esté convencido de la culpabilidad del acusado. En este caso debe operar plenamente la presunción de inocencia, descartándose el principio *in dubio pro reo* toda vez que este supuesto no

---

<sup>168</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco, “Verità, dubbio, certezza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, pág. 7. Siguiendo a Carnelutti se encuentra SENTÍS MELENDO, Santiago, “In dubio pro reo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, cit., pág. 128.

<sup>169</sup> En este sentido, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 211; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “Derecho a la presunción de inocencia (I): cuestiones generales”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, cit., pág. 578.

parte de la duda subjetiva del juez y opera con independencia de cuál sea su convicción<sup>170</sup>.

Si, en cambio, la incertidumbre acerca de la culpabilidad del acusado deriva de la duda subjetiva del juez acerca de la fiabilidad o credibilidad de una prueba, entramos en el ámbito propio del principio *in dubio pro reo*<sup>171</sup>, imponiéndose de igual modo la absolución del acusado. Ahora bien, creemos que en la medida que esta clase de duda se manifieste explícita o implícitamente en la motivación de la sentencia condenatoria y redunde en la incertidumbre del juez acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado, la absolución se impone por obra de la presunción de inocencia, yuxtaponiéndose ésta al *in dubio pro reo*, puesto que lo que en definitiva estaría en juego en estos casos sería el carácter objetivamente de cargo de la prueba y la convicción de condena que debe ser adquirida más allá de toda duda razonable.

Como se aprecia, la incertidumbre nacida de cualquiera de las dos causas apuntadas conduce a una misma conclusión de absolución y, precisamente en la medida que la conclusión es la misma, resulta admisible aceptar que la regla de juicio que debe operar en el ámbito penal se remita exclusivamente a la presunción de inocencia ya que este derecho opera cualquiera sea la causa que origine la duda e integraría al *in dubio pro reo*. Lo anterior, porque para que la culpabilidad del acusado pueda considerarse probada conforme a ley no basta la sola concurrencia de una mínima actividad probatoria de “cargo”,

---

<sup>170</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 211-12.

<sup>171</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Derecho a la presunción...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 578.



objetivamente incriminatoria, practicada con todas las garantías y libre y racionalmente valorada con respeto a las reglas de la sana crítica, sino que, tal como lo hemos señalado es necesario, además, que fruto de esa valoración el juzgador obtenga la convicción acerca de esa culpabilidad sin ningún género de duda racional<sup>172</sup>.

En alguna medida esta postura es acogida en la STS 3228/1993, (Sala Penal), de 2 de octubre, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater, en cuyo FJ. 4º se señala:

“Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala ha excluido que el principio in dubio pro reo sea un fundamento suficiente para fundamentar el recurso de casación. Sin embargo, ello se limita a los casos en los que su invocación se refiere a la pretensión de que el Tribunal haya *dudado en la valoración de una prueba* que se considera erróneamente ponderada. Pero, no cabe duda que el principio in dubio pro reo tiene también un *aspecto normativo*, que prohíbe la condena en el caso en el que el Tribunal reconoce no tener seguridad en conciencia respecto de los hechos probados. Como norma, por lo tanto, el principio in dubio pro reo, resulta vulnerado cuando — como ocurre en este caso — el Tribunal condena al procesado por un hecho del que sólo ha podido establecer su posibilidad”<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 575-77; y VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 212-13.

<sup>173</sup> En el mismo sentido, STC 116/2006 (Sala Primera), 24 abril, FJ. 7º, Ponente D. Pablo Pérez Tremps. Véase, además, BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “Algunas precisiones en torno a la «presunción de inocencia»”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, cit., pág. 74; BACIGALUPO, Enrique, “Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., págs. 377-83; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 612-13.

Con todo, esto nos reenvía a otra cuestión fundamental: las facultades de control del TS y del TC acerca de la “suficiencia” de la prueba y su carácter objetiva y racionalmente de cargo, tema que no trataremos en esta tesis por razones de extensión de la misma, pero sobre el cual podemos apuntar que, en nuestra opinión, ambos extremos deben ser revisados por los referidos Altos Tribunales a través del análisis crítico de la motivación de las sentencias y ello como imperativo de la presunción de inocencia.

## **VI. ÁMBITO MATERIAL Y TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar anteriormente, la presunción de inocencia desde sus orígenes surgió estrechamente ligada al ámbito del procedimiento penal. Sin embargo, la jurisprudencia española, no sin algunas vacilaciones, ha ido extendiendo el ámbito de aplicación de este derecho fundamental a otros órdenes jurisdiccionales e incluso al ámbito extra jurisdiccional.

En el presente apartado revisaremos de manera general cuál es el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, fundamentalmente en su acepción de regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

### **1. Ámbito material de aplicación del derecho a la presunción de inocencia**

#### **A) Aplicación de la presunción de inocencia en el proceso penal y criterios seguidos por el TEDH**

Tanto desde el punto de vista de sus orígenes cuanto desde el de su positivización, lo cierto es que la presunción de inocencia se contempla como un derecho fundamental cuyo ámbito de aplicación

propio y natural lo constituye el Derecho penal y, en especial, el proceso penal, en cuanto a través e este último el Estado ejerce su exclusivo *ius puniendi*.

Sin embargo, dos fenómenos estrechamente ligados han impuesto la revisión de este postulado, ocasionando la ampliación del ámbito material de aplicación de este derecho fundamental.

Por un lado, el Derecho Penal ha dejado de ser la *ultima ratio* o último instrumento utilizado por los Estados para ejercer su poder sancionador, diseñando otros medios para desarrollar su función defensiva del ordenamiento jurídico y de la sociedad frente a conductas ilegales o ilegítimas por abuso o ignorancia de los derechos de otros<sup>174</sup>. Esto ha conducido, además, a elaborar una concepción amplia de *ius puniendi* o del poder del Estado de “sancionar”, no circunscrito específicamente al campo del Derecho penal, sino más bien entendido el mismo como una actividad mediante la cual el Estado, a través de cualquiera de sus poderes, imputa una conducta ilegal a personas que le están sujetas y consecuentemente las priva de un derecho o les impone una obligación<sup>175</sup>.

Por otro lado el TEDH, dado su carácter supranacional y los inconvenientes con que se ha debido enfrentar derivados de las particularidades de las legislaciones internas de los Estados contratantes del CEDH, ha debido elaborar un concepto autónomo y, agreguemos, amplio, de lo que constituye “materia penal”. Esta necesidad surgió

---

<sup>174</sup> Cfr. OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución...*, cit., pág. 101.

<sup>175</sup> Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La presunción...”, en *Los principios...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 13 (versión electrónica). En el mismo sentido, OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución...*, cit., pág. 101.

fundamentalmente en atención a los progresivos procesos de despenalización que se han producido en los sistemas jurídicos internos de los Estados contratantes, procesos que han conducido a los mismos a distinguir entre procedimientos disciplinarios y administrativos sancionadores y procedimientos penales, con la evidente consecuencia, no especialmente buscada por esos Estados, de una aplicación más restringida de las garantías procesales en los procedimientos disciplinarios y sancionadores que en los penales donde la aplicación estricta de las tales garantías es un tema indiscutido<sup>176</sup>.

Siendo así, el TEDH ha debido elaborar una noción de “materia penal” revestida de un sentido “autónomo” para los efectos del CEDH y no sobre la base del sentido que a dicha materia le otorga el Derecho interno de los diversos Estados.

La necesidad de tal cuestión se planteó por primera vez en la sentencia de 8 de junio de 1976 (asunto Engel y otros), donde el TEDH se cuestionó si el artículo 6 del CEDH dejaba de aplicarse en el momento en que los órganos competentes de un Estado contratante calificaban de disciplinarias una acción u omisión y los procedimientos dirigidos contra su autor o, por el contrario, se aplicaba en ciertos casos a pesar de esta calificación<sup>177</sup>. En aquel fallo el TEDH estableció que los Estados contratantes eran libres de tipificar como infracción penal una acción u omisión que no constituyera ejercicio normal de uno de los derechos que protege, puesto que la única consecuencia que de ello se desprendía era la

---

<sup>176</sup> En este sentido, véase también, ROXIN, Claus, “¿Tiene futuro el Derecho penal?”, en *Poder Judicial*, núm. 49, (I), 3ª época, 1998, págs. 381-83.

<sup>177</sup> Además del fallo citado, véase al respecto ORTELLS RAMOS, Manuel, “Jurisprudencia...”, en *La jurisprudencia...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 205-06.

indubitada aplicación de las garantías procesales de los artículos 6 y 7 del CEDH en los procedimientos en los que aquéllas se ventilaran. Pero — continuó señalando el TEDH — la elección inversa, o sea, calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal o calificarla de mixta disciplinariamente con preferencia a la vía penal, debía obedecer a reglas más estrictas, porque de tal calificación dependería la aplicación o no de las citadas garantías procesales. Esto lo condujo a concluir que resultaba inadmisibles que la aplicación de tales garantías quedara entregada o subordinada a la mera voluntad discrecional y soberana de los Estados, razón por la cual el dicho Tribunal se atribuyó competencia para asegurarse que por esta vía (la de la despenalización) el procedimiento disciplinario no sustituyera indebidamente al penal y con ello esas garantías no dejaran indebidamente de aplicarse<sup>178</sup>.

De acuerdo a la doctrina reiterada de este Tribunal<sup>179</sup>, tres son los criterios que se pueden considerar para definir lo que constituye “materia penal” o, dicho en otras palabras, para determinar el carácter “penal” de una infracción en el sentido del Convenio:

a) Criterio formal que atiende a si el texto que define la infracción que se ventila ante el TEDH pertenece o no al Derecho penal según la técnica jurídica del Estado defensor. Respecto de este criterio, el citado Tribunal considera que es sólo un punto de partida, con un valor

---

<sup>178</sup> Véase también STEDH, 28 junio 1984 (asunto Campbell y Fell contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte), entre otras.

<sup>179</sup> SSTEDH, 8 junio 1976 (asunto Engel y otros contra el Reino de Holanda); 27 agosto 1991, (asunto Demicoli contra la República de Malta); 21 febrero 1984 (asunto Öztürk contra la República Federal de Alemania) ; 29 agosto 1997 (asunto A.P., M.P. y T.P. contra Confederación Suiza); núm. 907, 2 septiembre 1998 (asunto Lauko contra la República de Eslovaquia); 5 julio 2001 (asunto Phillips contra el Reino Unido); y 11 febrero 2003 (asunto Y. contra el Reino de Noruega), entre otras.

meramente formal y relativo, en tanto las distinciones que los sistemas jurídicos internos de los Estados contratantes efectúen entre Derecho penal y Derecho disciplinario o sancionador no resultan vinculantes para las finalidades del CEDH<sup>180</sup>.

b) Criterio que atiende a la naturaleza esencial de la infracción entendida ésta en el sentido ordinario que le otorgan tanto el convenio cuanto el Derecho de los Estados contratantes. De acuerdo a este criterio, lo determinante es la *especial gravedad de la infracción*, sea cual sea el calificativo que el Derecho interno de un Estado le atribuya<sup>181</sup>, y que la regla de Derecho infringida no se trate de una regla dirigida a un grupo determinado de personas que posean un estatuto especial, sino a todos los ciudadanos en general y que les imponga una determinada conducta cuya exigibilidad se vea acompañada con una sanción punitiva<sup>182</sup>.

c) Criterio que atiende a la *naturaleza y grado de gravedad de la sanción* que se arriesga a sufrir el eventualmente condenado. De esta forma para el TEDH pertenecen a la noción de materia penal las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, salvo aquellas que por su naturaleza, duración o modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante<sup>183</sup>.

El TEDH se ha visto en la necesidad de elaborar estos criterios fundamentalmente con el objeto de lograr asegurar las mencionadas

---

<sup>180</sup> STEDH 28 junio 1984 (asunto Campbell y Fell contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte).

<sup>181</sup> Así lo resolvió el TEDH en el ya citado caso Campbell y Fell.

<sup>182</sup> STEDH 21 febrero 1984, (asunto Öztürk contra República Federal de Alemania), FD. 4.1. Cfr., además, ORTELLS RAMOS, Manuel, "Jurisprudencia...", en *La jurisprudencia...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 207.

<sup>183</sup> STEDH 8 junio 1976 (asunto Engel y otros contra el Reino de Holanda), por todas.

garantías, dado que en su opinión resulta de vital importancia que el CEDH se interprete de manera “que garantice los derechos concretos y efectivos, y no teóricos e ilusorios”<sup>184</sup>. Finalmente, ha señalado el referido Tribunal que estos criterios son prioritariamente *alternativos* y *no acumulativos* pudiendo, sin embargo, si el caso lo requiere, ser considerados de manera acumulativa<sup>185</sup>.

## **B) Aplicación de la presunción de inocencia fuera del proceso penal**

La doctrina jurisprudencial española ha ido extendiendo el ámbito material de aplicación de la presunción de inocencia más allá del proceso penal, todo ello en conformidad a la calidad de la misma de derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos<sup>186</sup>, adscribiéndose con ello a una noción amplia de *ius puniendi*. En tal sentido muy tempranamente el TC señaló que la aplicación de presunción de inocencia no podía restringirse al estricto campo de enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debía entenderse que la misma también:

---

<sup>184</sup> SSTEDH, 10 febrero 1995 (asunto *Allenet de Ribomont* contra la República de Francia) y de 13 mayo 1980 (asunto *Artico* contra la República de Italia).

<sup>185</sup> Así lo ha declarado el TEDH en sentencia núm. 907, 2 septiembre 1998, (asunto *Lauko* contra la República de Eslovaquia): “para que el artículo 6 (del CEDH) se aplique en los términos «acusación en materia penal», es suficiente que la infracción encausada sea por naturaleza «penal» respecto al Convenio, o haya expuesto al interesado a una sanción que, por su naturaleza y su grado de gravedad, resulta, en general, «materia penal»... Ello no impide la adopción de un *criterio acumulativo* si el análisis separado de cada criterio no permite llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una «acusación en materia penal»” (la cursiva es nuestra). La aplicación acumulativa de los tres criterios referidos para determinar si el asunto versa o no sobre “materia penal” en los términos del Convenio, puede verse, además, en STEDH 24 febrero 1994 (asunto *Bendenoun* contra la República de Francia).

<sup>186</sup> Tal como lo declaró, por todas, STC 31/1981 (Sala Primera), 28 julio, FJ. 2º.

“[P]reside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un *resultado sancionatorio* para las mismas o limitativo de sus derechos”<sup>187</sup>.

Ahora bien, tal como advierte la doctrina científica y jurisprudencial, el que la presunción de inocencia extienda su ámbito de aplicación a otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal no significa que el acusado absuelto en el juicio penal, por aplicación de la presunción de inocencia, deba serlo también, con base en los mismos hechos, por Tribunales de otro orden. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional frente a la alegación de que el juez de Trabajo habría vulnerado la presunción de inocencia al declarar procedente el despido disciplinario del recurrente por unos hechos respecto de los cuales éste había resultado absuelto en sede penal, ha señalado que el Magistrado de Trabajo no está obligado a atenerse a la sentencia penal porque él juzga la conducta del trabajador *bajo otra perspectiva* y bajo otras normas y debe hacerlo con plena independencia. De esta manera, concluye el Alto Tribunal, no existe vulneración de la presunción de inocencia cuando se aprecia una culpa relevante en el orden laboral, inferida por el juez tras una determinada actividad probatoria, aunque luego, desde otra óptica y en otro orden normativo, el

---

<sup>187</sup> SSTC 13/1982 (Sala Primera), 1 abril, FJ. 3º, Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo y 36/1985 (Sala Primera), 8 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Ángel Latorre Segura (la cursiva es nuestra). En igual sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 10 de diciembre de 1983, (Sala de lo Social), FJ. 3º, Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo, que la presunción de inocencia tiene una “*vocación generalizadora*, extensible a todos los órdenes jurisdiccionales y que por consiguiente es de aplicación potencial a cualquier situación de derecho público y privado, en especial en conductas determinantes de la imputación de un hecho punible”. (La cursiva es nuestra).



juez penal estime que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia de la misma persona<sup>188</sup>.

A continuación revisaremos algunas especificaciones que ha debido realizar la jurisprudencia española en orden a la aplicabilidad de la presunción de inocencia fuera del proceso penal.

**a) Derecho administrativo sancionador y disciplinario**

Muy tempranamente el TC español estableció que los principios esenciales de naturaleza procesal consagrados en el artículo 24 CE debían aplicarse a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que subyacen en el precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE<sup>189</sup>.

Con referencia específica a la presunción de inocencia, la jurisprudencia del TC ha sido uniforme al establecer el deber de respetar este derecho fundamental en la imposición de cualesquiera sanciones, sean éstas penales o administrativas, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones se encuentra condicionado por el artículo 24.2 CE, especialmente en lo relativo a la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. Siendo así, para la jurisprudencia resulta indiscutible la aplicación de la presunción de inocencia en su acepción de regla probatoria en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, en términos de exigir que la sanción en este orden se base en medios probatorios de cargo de la

---

<sup>188</sup> STC 24/1984 (Sala Segunda), 23 febrero, FJ. 4º, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente. En la doctrina, cfr. MASCARELL NAVARRO, María José, “La carga...”, en *Justicia*, cit., págs. 615-16. En el mismo sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Derecho a la presunción...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 586.

<sup>189</sup> Por todas, STC 18/1981 (Sala Primera), 8 junio, FJ. 2º, Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

conducta reprochada; que la carga de la prueba recaiga en la parte acusadora, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas y libremente valoradas por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio<sup>190</sup>.

Especial mención merece la amplia traslación que la jurisprudencia del TC español ha efectuado al procedimiento disciplinario penitenciario de las garantías del artículo 24 CE, en especial del derecho de defensa y de la presunción de inocencia, señalando que las peculiaridades del internamiento en establecimientos penitenciarios en caso alguno pueden implicar que “la justicia se detenga en la puerta de las prisiones”<sup>191</sup>.

De esta manera el TC ha afirmado que estas garantías deben aplicarse con especial vigor en el ámbito penitenciario, al considerar que la sanción supone una grave limitación de la ya restringida libertad que afecta al interno derivada del cumplimiento de una pena, sin que la relación de sujeción especial del recluso en un establecimiento penitenciario pueda implicar la privación de sus derechos fundamentales en los términos previstos por el artículo 25.1 CE. Sin embargo añade el

---

<sup>190</sup> STC 40/2008 (Sala Primera), 10 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, sintetizando la doctrina sentada por las SSTC 76/1990 (Pleno), 26 abril, FJ. 8 B), Ponente D. Jesús Leguina Villa; 341/1993 (Pleno), 18 noviembre, FJ. 11, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral; 45/1997 (Sala Primera), 11 marzo, FJ. 4º, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera; y 169/1998 (Sala Primera), 21 julio, FJ. 2º, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. En el mismo sentido, SSTC 197/2004 (Sala Primera), 15 noviembre, FJ. 2º; 164/2005 (Sala Segunda), 20 junio, FJ. 6º; 63/2007 (Sala Primera), 27 marzo, FJ. 3º; y 243/2007 (Sala Segunda), 10 diciembre, FJ. 3º.

<sup>191</sup> STC 81/2000 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas y todas las en ella citadas.

TC que la aplicación de estas garantías debe realizarse con algunas matizaciones derivadas de que se trata de procedimientos sancionadores y no del proceso penal, matizaciones que en caso alguno pueden afectar a la total aplicabilidad en estos procedimientos del derecho de defensa y a la asistencia letrada, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia<sup>192</sup>.

#### **b) Derecho laboral**

En este orden jurisdiccional en general y en el del despido disciplinario en particular, la jurisprudencia del TC ha experimentado una interesante evolución que partió por negar la aplicabilidad del derecho a la presunción de inocencia en este ámbito por considerar que la decisión de declarar la procedencia del despido no incluía juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador, por lo que era imposible vulnerar, en consecuencia, su derecho a ser presumido inocente<sup>193</sup>.

Tal como lo sintetiza la STC 81/1988, de 28 de abril y lo ratifica la doctrina científica<sup>194</sup>, tras esta negación inicial el TC terminó por

---

<sup>192</sup> SSTC 66/2007 (Sala Primera), 27 marzo, FJ. 3º, Ponente D. Manuel Aragón Reyes; 175/2000 (Sala Segunda), 26 junio, FJ. 2º y 5º, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas; y todas las en ellas citadas.

En general, sobre el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia al Derecho administrativo sancionador y disciplinario, véase un más extenso análisis jurisprudencial en ORTELLS RAMOS, Manuel, "Derecho a la presunción...", en *El proceso penal...*, cit., págs. 582-85; y OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución...*, cit., págs. 103-06.

<sup>193</sup> ATC 213/1982, 9 junio, FJ Único.

<sup>194</sup> STC 81/1988 (Sala Primera), 28 abril, FJ. 2º, Ponente D. Antonio Truyol Serra. En la doctrina científica, se refieren a este tema, entre otros, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción»..., cit., pág. 301; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Imputabilidad del «incumplimiento resolutorio», carga de la prueba y de presunción de inocencia: en especial el juicio de culpabilidad por el ilícito laboral ex artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. (Reflexiones críticas sobre una ambigua e incierta jurisprudencia

reconocer la aplicabilidad de la presunción de inocencia en el ámbito de los despidos disciplinarios por incumplimientos contractuales del trabajador, haciéndolo en un primer momento de manera implícita<sup>195</sup> para luego pasar a un reconocimiento explícito, declarando que la presunción de inocencia resultaba aplicable no sólo en el ámbito penal y administrativo sancionador sino, de manera general, respecto a las decisiones jurisdiccionales sancionatorias o limitativas de derechos en términos de que las mismas debían basarse en una mínima actividad probatoria que pueda estimarse de cargo y que se haya obtenido con las garantías legales<sup>196</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia ordinaria fue extendiendo excesivamente el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia,

---

constitucional)”, en *Revista General del Derecho*, cit., págs. 69 y ss; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., págs. 61-64; y OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución...*, cit., págs. 108-11.

<sup>195</sup> SSTC 24/1984 (Sala Segunda), 23 febrero, FJ. 4º, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente y 62/1984 (Sala Primera), 21 mayo, FJ. 4º, Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. La primera de estas sentencias deniega el amparo interpuesto por un trabajador despedido por “incumplimiento grave y culpable” al detectarse la falta de dinero en las huchas de las cabinas telefónicas confiadas a su persona en su calidad de recaudador. Por estos hechos se encausó al trabajador penalmente por apropiación indebida, causa en la que finalmente resultó absuelto por estimar el juez penal que, con la prueba disponible, no se había logrado destruir la presunción de inocencia del acusado. Por su parte, en la causa laboral el despido fue considerado procedente por estimarse, no que el trabajador era el autor material de la sustracción del dinero de las huchas, sino por considerar que había incurrido en culpa que implicaba abuso de confianza del empresario y transgresión de la buena fe contractual. El TC reconoce implícitamente la aplicación de este derecho fundamental en el ámbito laboral con las siguientes expresiones que, a su vez, le sirven de fundamento para denegar el amparo: “No significa ir contra la presunción de inocencia apreciar una culpa relevante en el orden laboral, inferida por el Juez tras una determinada actividad probatoria, aunque luego, desde otra óptica y en otro orden normativo el Juez penal estime no desvirtuada en lo penal la presunción de inocencia de la misma persona”.

<sup>196</sup> SSTC 36/1985 (Sala Primera), 8 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Ángel Latorre Segura y 37/1985 (Sala Primera), 8 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Manuel Díez de Velasco

abarcando cualquier tipo de litigio en el que entraran en juego las reglas reguladoras de la carga de la prueba de manera que este derecho fundamental resultara operativo incluso fuera del ámbito sancionador laboral, esto es, con independencia de la implicación o no de las facultades disciplinarias del empleador y al margen también de que se tratara de un proceso de revisión del ejercicio de tales facultades disciplinarias<sup>197</sup>.

Según Molina Navarrete entre las razones de esta excesiva ampliación del ámbito de operatividad de la presunción de inocencia se encuentran la dimensión de derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, vinculante para todos los poderes públicos que asumió dicha presunción a contar de su constitucionalización; la tradicional analogía efectuada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español entre los procesos penales y disciplinarios laborales; y en la utilización por la jurisprudencia laboral de un concepto extraordinariamente amplio de culpa, lo que permitía la extensión de la presunción de inocencia por una parte, a cualquier tipo de procesos de los cuales podía derivarse un resultado limitador o restrictivo de derechos y, por otra, no sólo al trabajador, como consecuencia de su desigualdad económica y jurídica, sino también al empleador, haciendo con ello hincapié en que la titularidad de este derecho fundamental corresponde a “todos” por igual<sup>198</sup>.

---

Vallejo, ambas siguiendo la doctrina sentada por la STC 13/1982 (Sala Primera), 1 abril, FJ. 2º, del mismo Ponente de la segunda de las sentencias citadas.

<sup>197</sup> Cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Imputabilidad...”, en *Revista General del Derecho*, cit., pág. 75, con amplias citas jurisprudenciales del Tribunal Central del Trabajo.

<sup>198</sup> En este sentido, especialmente MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Imputabilidad...”, en *Revista General del Derecho*, cit., págs. 75-76.

Esta ampliación excesiva del ámbito de aplicación de la presunción de inocencia en el campo laboral condujo a que tanto el TS como el Constitucional revisaran la doctrina en que se sustentaba, sentando una nueva postura limitativa o restrictiva de su operatividad en este orden jurisdiccional que partió a fines de la década de los ochenta del siglo pasado y que, según hemos podido constatar, permanece desde entonces inalterable.

De esta forma el TC declaró que la presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral un alcance específico y en cierto modo restrictivo, siendo su campo de aplicación natural el proceso penal y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador. Esta doctrina se funda, esencialmente, en las siguientes tres razones: a) el despido no es más que una resolución contractual y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal administrativo; b) la consideración por los Tribunales laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual o falta

---

Prueba de esta tendencia jurisprudencial lo constituye el siguiente pronunciamiento contenido en la STS 6190/1983, (Sala de lo Social), 10 diciembre, FJ. 3º, Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo, sic.: “principio constitucional de presunción de inocencia que tiene *vocación generalizadora, extensible a todos los órdenes jurisdiccionales* y que por consiguiente es de aplicación potencial a cualquier situación de derecho público y privado, en especial en conductas determinantes de la imputación de un hecho punible, de acuerdo con la extensa doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional”. Más adelante, en el mismo considerando, continúa el TS señalando “Que a mayor abundamiento la doctrina del Tribunal Constitucional de 28 julio 1981 (...), mantenida posteriormente en otras varias resoluciones (y en análogo sentido la doctrina jurisprudencial de la Sala II del T. S. aplicable al Derecho del Trabajo en relación, de manera especial, *al ordenamiento disciplinario tan cercano en este sentido al Derecho penal*), impone la inexcusable consecuencia de declarar la nulidad radical, apreciable incluso de oficio, si en una resolución judicial se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, lo que acaece cuando, como en este caso, no existen medios probatorios idóneos para provocar la actividad judicial de la valoración de la prueba, que es en la jurisdicción laboral, libre, de acuerdo con el art. 89 II de la L. Pro. Lab.” (La cursiva es nuestra).

laboral, no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, cuyo derecho a ser presumido inocente no puede, en consecuencia, haberse vulnerado<sup>199</sup>; y c) el procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y, en él, no se ejerce el *ius puniendi* del Estado<sup>200</sup>.

A mayor abundamiento, complementando esta última postura jurisprudencial, el TS español ha declarado la independencia de los órdenes jurisdiccionales penal y social, admitiendo como perfectamente válida la posibilidad de que puedan llegar éstos a conclusiones diferentes respecto de una misma conducta en cuanto ambos órdenes persiguen fines diversos, operan sobre culpas distintas y no manejan en idéntica forma el material probatorio<sup>201</sup>. De igual manera el Alto Tribunal ha señalado expresamente que el principio de la presunción de inocencia tiene asiento únicamente en la esfera jurídico-penal, y no en la civil-laboral de incumplimientos contractuales como los derivados del deber de seguridad asumido por el empleador o en la calificación de las

---

<sup>199</sup> En el mismo sentido, véanse las SSTS (Sala de lo Social), 5 abril 2005, FJ. 5º, Ponente D. Víctor Eladio Fuentes López; 26 de julio 2006, FJ. 2º, Ponente D. Luis Gil Suárez; y 20 abril 2009, FJ. 3º, Ponente D. Fernando Salinas Molina.

<sup>200</sup> STC 30/1992 (Sala Primera), 18 marzo, FJ. 7º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra. En idéntico sentido, entre otras, SSTC 27/1993 (Sala Segunda), 25 enero, FJ. 3º, Ponente D. Julio Diego González Campos y 153/2000 (Sala Primera), 12 junio, FJ. 2º, Ponente D. Pablo García Manzano. En sentido similar, previamente, STC 81/1988 (Sala Primera), 28 abril, FJ. 2º, Ponente D. Antonio Truyol Serra.

<sup>201</sup> STS 1620/1987, (Sala de lo Social), 16 septiembre, FJ. 4º, Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete. En el mismo sentido, SSTS (Sala de lo Social), de 5 abril 2005, FJ. 5º, Ponente D. Víctor Eladio Fuentes López; 26 de julio 2006, FJ. 2º, Ponente D. Luis Gil Suárez; 7 febrero 2007, FJ. 5º, Ponente D. Manuel Iglesias Cabero; 4 diciembre 2007, FJ. 4º, Ponente D. José Luis Gilolmo López; 22 enero 2008, FJ. 3º, Ponente D. Joaquín Samper Juan; y 20 abril 2009, FJ. 3º, Ponente D. Fernando Salinas Molina.

conductas de incumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales<sup>202</sup>.

Siendo así, en su momento el TS concluyó que en el ámbito laboral debía operar más bien la norma del hoy derogado artículo 1214 CC<sup>203</sup>. Actualmente esta referencia hemos de entenderla efectuada a los artículos 105.1 y 114.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, núm. 36/2011, de 10 de octubre<sup>204</sup>, que imponen la carga de la prueba al empresario en los procesos de despido y sanciones en el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones contractuales, por tratarse de hechos impeditivos, normativa que se encuentra, además, en armonía con las reglas establecidas en el artículo 217 LEC, especialmente en su párrafo 3.

#### **c) Derecho civil y de familia**

El Tribunal Constitucional español también extendió la esfera de operatividad de la presunción de inocencia al ámbito del Derecho civil y, dentro de él, a materias relativas al Derecho de familia acogiendo, por ejemplo, el recurso de amparo constitucional presentado por un padre a quien se le retiró la guarda de sus hijos menores con base en una

---

<sup>202</sup> En el mismo sentido, véanse las SSTS, (Sala de lo Social), 16 enero 2006, FJ. 3º, Ponente D. Jesús Guillén Rodríguez; 7 octubre 2008, FJ. 5º, Ponente D. Antonio Martín Valverde; 20 abril 2009, FJ. 3º, Ponente D. Fernando Salinas Molina; y 26 mayo 2009, FJ. 2º, Ponente Dª. Rosa María Viroles Piñol.

<sup>203</sup> SSTS 1277/1989, (Sala de lo Social), 30 noviembre, FJ. 2º, Ponente D. Luis Gil Suárez; 569/1990, (Sala de lo Social), 9 abril, FJ. 5º, Ponente D. Víctor Eladio Fuentes López; y todas las en ella citadas. Mismas reglas a las que se remiten las SSTS, (Sala de lo Social), 16 enero 2006, FJ. 3º, Ponente D. Jesús Guillén Rodríguez y 26 mayo 2009, FJ. 2º, Ponente Dª. Rosa María Viroles Piñol, para enjuiciar procesos relativos a accidentes del trabajo, señalando que estas cuestiones no se resuelven a la luz de la presunción de inocencia, sino de la “carga de la prueba, en términos de determinar si existe o no una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilística por acción u omisión, del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido”.

<sup>204</sup> BOE de 11 de octubre de 2011.



acusación de homosexualidad presentada por la esposa y que no había sido probada. En aquella oportunidad el Tribunal Constitucional señaló que la Audiencia Provincial respectiva había reconocido en la práctica y había atribuido efectos jurídicos adversos a una imputación que reconocía expresamente no probada, vulnerando con ello el derecho a la presunción de inocencia, en tanto, con base en aquella imputación, había resuelto en un sentido claramente limitador de los derechos que al padre pudieran haberle correspondido<sup>205</sup>.

Pero tal como sucedió en el ámbito laboral, la doctrina jurisprudencial española ha debido posteriormente restringir o delimitar la aplicación de este principio en el campo del Derecho Civil, señalando que la presunción de inocencia sirve para garantizar en el proceso penal, que no en un proceso civil, la plenitud de la prueba de la acusación o la prevalencia de la inocencia. Siendo así, la aplicación de la presunción de inocencia tiene un ámbito propio en el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, excluyendo su operatividad a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil o en los procesos civiles sobre culpa extracontractual<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> STC 13/1982 (Sala Primera), 1 abril, FJ. 2º, Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo.

<sup>206</sup> En este sentido, SSTC 72/1991 (Sala Segunda), 8 abril, FJ. 6º, Ponente D. José Gabaldón López; 257/1993 (Sala Primera), 20 julio, FJ. 2º, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; 367/1993 (Sala Segunda), 13 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil; y 59/1996 (Sala Segunda), 15 abril, FJ. 1º, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer.

En definitiva, para la jurisprudencia española, siguiendo la doctrina sentada por la ya citada STC 13/1982, de 1 de abril, la presunción de inocencia en el ámbito civil sólo podría aplicarse excepcionalmente en aquellos “supuestos fronterizos” en los que deba adoptarse una resolución, sea judicial o administrativa, que se base en la condición o conducta de las personas de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, es decir, que se trate de resoluciones limitativas de derechos o de sanciones civiles en sentido amplio y no técnico<sup>207</sup>.

Al hilo de esta doctrina, la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles ha ido excluyendo la aplicación de la presunción de inocencia a supuestos específicos dentro del ámbito del Derecho civil, tales como los relativos a hipótesis de culpa extracontractual, señalando que los artículos 1902 y 1903 CC, que consagran esta clase de responsabilidad civil, no tiene el carácter de normas represivas, punitivas o sancionadoras, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de haberlo sufrido<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> SSTC 367/1993 (Sala Segunda), 13 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil; 59/1996 (Sala Segunda), 15 abril, FJ. 1º, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer. En el mismo sentido, SSTS 192/2002, (Sala de lo Civil), 8 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Pedro González Poveda; 35/2004, (Sala de lo Civil), 27 enero, FJ. 1º, Ponente D. José Almagro Nosete; 184/2006, (Sala de lo Civil), 1 marzo, FJ. 9º, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos; 870/2006, (Sala de lo Civil), 21 septiembre, FJ. 2º, Ponente Dª. Encarnación Roca Trias; 1067/2007, (Sala de lo Civil), 19 octubre, FJ. 6º, Ponente D. Vicente Luis Montes Penades; y 347/2008, (Sala de lo Civil), 30 abril, FJ. 2º, Ponente D. José Almagro Nosete.

<sup>208</sup> STS 836/1994, (Sala de lo Civil), 27 septiembre, FJ. 3º, Ponente D. Jaime Santos Briz. En idéntico sentido, entre muchas, SSTS 86/1991, (Sala de lo Civil), 8 febrero, FJ. 8º; 175/1992, (Sala de lo Civil), 25 febrero, FJ. 2º; 703/1993, (Sala de lo

Asimismo, la jurisprudencia ha aclarado que la presunción de inocencia no se aplica a la responsabilidad indemnizatoria subsidiaria en el ámbito civil, incluso si esta responsabilidad deriva de un delito declarado en sentencia penal, porque una vez apreciada la prueba en relación con la infracción criminal, la responsabilidad civil se produce como consecuencia de ciertas relaciones jurídicas o de hecho con los autores del delito de conformidad a los artículos 20 y siguientes del Código Penal<sup>209</sup>.

La misma doctrina ha sido extendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español respecto de la responsabilidad contractual, específicamente en el ámbito de los seguros en general y de los seguros contra incendio en particular, señalado que en estos casos, en los que la determinación del dolo o culpa grave del asegurado determina la inexistencia de la obligación del asegurador de pagar la indemnización pactada, la cuestión se centra exclusivamente en determinar si concurren o no las circunstancias legales para que el asegurador deba cumplir lo pactado en el contrato, pero no se trata de sancionar al asegurado por la concurrencia de estos requisitos, sino sólo de determinar si han nacido o no las obligaciones del asegurador, lo cual resulta totalmente ajeno a la aplicación del principio constitucional relativo a la presunción de inocencia<sup>210</sup>.

---

Civil), 30 junio, FJ. 2º; 1067/2007, (Sala de lo Civil), 19 octubre, FJ. 6º; y 187/2008, (Sala de lo Civil), 28 febrero, FJ. 5º.

<sup>209</sup> STC 72/1991 (Sala Segunda), 8 abril, FJ. 6º, Ponente D. José Gabaldón López.

<sup>210</sup> STS 870/2006, (Sala de lo Civil), 21 septiembre, FJ. 2º, Ponente Dª. Encarnación Roca Trias. En idéntico sentido, entre muchas, SSTS 1329/2007, (Sala de lo Civil), 14 diciembre, FJ. 6º; 347/2008, (Sala de lo Civil), 30 abril, FJ. 2º; y 419/2009, (Sala de lo Civil), 17 junio, FJ. 3º. Sin embargo, en otros casos el TS ha manifestado una opinión menos categórica respecto de la inaplicabilidad de la presunción de

Con todo, en variados supuestos los Altos Tribunales españoles, sin dejar de declarar que el ámbito propio de aplicación de la presunción de inocencia es el Derecho penal y el Administrativo sancionador, eluden el análisis de si este derecho fundamental es aplicable o no al caso en cuestión, procediendo de todas maneras a examinar si en el mismo concurre una actividad probatoria suficiente que, libremente valorada por el órgano jurisdiccional, le haya permitido tener por acreditados los hechos que fundan la sentencia<sup>211</sup>.

---

inocencia en el ámbito de los seguros contra incendio, señalando en la sentencia 192/2002, (Sala de lo Civil), 8 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Pedro González Poveda, que “aunque se admita la aplicación al caso de autos del principio de presunción de inocencia, como presunción «iuris tantum» es de ver que tal presunción ha quedado destruida por la prueba efectuada por las partes ante el órgano de instancia”.

De igual manera la jurisprudencia ha ido descartando de forma casuística la aplicación de la presunción de inocencia a otras hipótesis propias del Derecho civil, tales como: prueba en una acción de simulación [SSTS 35/2004, (Sala de lo Civil), 27 enero, FJ. 1º, Ponente D. José Almagro Nosete; y 746/2009, (Sala de lo Civil), 13 noviembre, FJ. 4º, ponente D. Francisco Marín Castan]; prueba en materia de acción reivindicatoria [STS 1151/2006, (Sala de lo Civil), 14 noviembre, FJ. 4º, Ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz]; en la prueba sobre la responsabilidad atribuida al cónyuge adjudicatario para pedir la rescisión de la liquidación de una sociedad de gananciales [STS 184/2006, (Sala de lo Civil), 1 marzo, FJ. 9º, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos]; prueba del incumplimiento contractual en una sociedad civil [STS 336/2008, (Sala de lo Civil), 30 abril, FJ. 2º, Ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz]; en un procedimiento civil dirigido a la revisión jurisdiccional de un acto sancionador consiste en la expulsión de doce socios acordada por la asamblea general de Central Lechera Asturiana, puesto que el Derecho Civil no contiene normas sancionadoras “sino que se refiere a relaciones jurídicas *inter partes* que en el enfrentamiento propio de la litis prospera o no la pretensión” [STS 551/2010, (Sala de lo Civil), 20 diciembre, FJ. 3º, Ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz].

<sup>211</sup> STC 28/1999 (Sala Primera), 8 marzo, FJ. 3º, Ponente D. Pedro Cruz Villalón, en un supuesto de privación de uso de la vivienda de la que era propietario el recurrente de amparo por la Comunidad de propietarios en razón de su conducta perturbadora de la convivencia comunitaria; STS 808/2006, (Sala de lo Civil), 28 julio, FJ. 6º, ponente D. Vicente Luis Montes Penades, en un supuesto en que se ventilaba la nulidad del proceso de expulsión de un socio adoptada por la Asamblea de la Cooperativa recurrida, señalando en este caso el TS que, dejando a un lado la cuestión de si dicha expulsión se trata de un verdadero proceso sancionador donde deba aplicarse rigurosamente la presunción de inocencia, la misma impone que la carga de la prueba

Lo anterior se explica porque, a juicio del Tribunal Supremo, cualquiera sea el orden jurisdiccional de que se trate, en todo proceso:

“[N]o cabe una resolución judicial que produzca un efecto jurídico desfavorable o condene a una carga perjudicial si no media prueba, valorada libremente por el Tribunal de instancia”<sup>212</sup>.

Más recientemente el Tribunal Constitucional ha señalado que la presunción de inocencia se extiende a cualquier efecto jurídico *desfavorable*, aún en el ámbito civil y administrativo, en cuanto se trate de resoluciones judiciales basadas en hechos afirmados en el correspondiente procedimiento que no se reconozcan como acreditados en la sentencia<sup>213</sup>.

No podemos sino coincidir con estos dos últimos pronunciamientos jurisprudenciales, pero al mismo tiempo creemos que lo que realmente se intenta proteger a través de los mismos es el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y no precisamente la presunción de inocencia. Coincidimos en este punto con Ovejero en el sentido de que la presunción de inocencia está llamada a actuar como regla de prueba en aquellos procedimientos, jurisdiccionales o administrativos, donde efectivamente se produzca un efecto para el encausado de carácter sancionatorio o limitativo de derechos pero como consecuencia de que en ellos el Estado ha ejercido su *ius puniendi*<sup>214</sup>.

---

pesa sobre el acusador y que el órgano jurisdiccional debe formar su convicción sobre una actividad probatoria suficiente, revisando el cumplimiento de estos extremos en el fallo recurrido.

<sup>212</sup> STS 549/1997, (Sala de lo Civil), 19 junio, FJ. 4º, Ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

<sup>213</sup> STS 636/2010, (Sala de lo Civil), 13 octubre, FJ. 3º, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos.

<sup>214</sup> OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución...*, cit., pág. 111.

Siendo así, en nuestra opinión el criterio rector para determinar el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia creemos que es el ejercicio del *ius puniendi* estatal como consecuencia de la vulneración del ordenamiento jurídico por parte de los enjuiciados y ello como imperativo de la interdicción de la arbitrariedad en dicho ejercicio. En todos los demás ámbitos donde no se ejerza este poder sancionador del Estado, aunque concluyan o traigan aparejadas restricciones de derecho, lo que debe respetarse a los afectados, también con absoluto rigor, es su derecho a la prueba, a la defensa en términos amplios y, en definitiva, a un proceso con todas las garantías, pero no precisamente el derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria en cuanto en ellos el Estado ni está ejerciendo su poder sancionador ni está en juego la inocencia o culpabilidad del encausado en los términos propios del Derecho penal o administrativo sancionador.

**d) Aplicación de la presunción de inocencia fuera de todo procedimiento**

Especial atención ha merecido la aplicabilidad de la presunción de inocencia en el ámbito de los conflictos civiles suscitados entre el derecho a comunicar y recibir información por cualquier medio de difusión garantizado en el artículo 20.1 d) CE y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen consagrado en el artículo 18 CE, a través de la vía ordinaria dispuesta por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Sobre la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia hemos de aclarar que no alcanza, como es obvio, a la misma en su acepción de regla probatoria y de formación del juicio acerca de los

hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado, o sea, en la exigencia de una mínima actividad probatoria de cargo en los términos requeridos por la ya citada STC 31/1981, por cuanto la doctrina sentada por esta última sentencia sólo opera dentro de un proceso jurisdiccional y, tal como hemos visto, sólo un proceso sancionador o restrictivo de derechos.

En consecuencia, nos estamos refiriendo a la aplicación de este derecho fundamental en su dimensión de regla de tratamiento que impone el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por tanto, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo<sup>215</sup>.

Más específicamente nos referimos al derecho fundamental del acusado y, en general de toda persona, de ser protegido contra cualquier decisión judicial u otras afirmaciones hechas por funcionarios del Estado que contribuyan a una valoración de culpabilidad del acusado sin haber sido anteriormente declarado culpable de acuerdo con la ley, según lo ha declarado el TEDH enjuiciando un caso en el que el denunciante fue designado, sin matiz ni reserva, por algunos de los más altos responsables de la policía francesa como uno de los instigadores y, por tanto, cómplice de un asesinato. En este caso el TEDH concluyó que tal designación se trataba evidentemente de una declaración de culpabilidad que, por una parte, incitaba al público a creer en la misma y, por otra, prejuzgaba la

---

<sup>215</sup> STC 109/1986 (Sala Primera), 24 septiembre, FJ. 1, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. En el mismo sentido, STC 244/2007 (Sala Primera), 10 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Manuel Aragón Reyes y las en ella citadas.

apreciación de los hechos por los jueces competentes considerando, en consecuencia, que con tal conducta se había violado el artículo 6.2 CEDH, en tanto la vulneración de la presunción de inocencia no sólo puede provenir de un juez o de un tribunal sino también de otras autoridades públicas o medios de comunicación<sup>216</sup>.

Con pronunciamientos como los precitados se consagra, en definitiva, la eficacia extraprocesal de la presunción de inocencia en su dimensión de regla de tratamiento, ámbito en el cual este derecho fundamental resulta aplicable como principio o criterio instrumental en la construcción del concepto de veracidad que debe poseer la información que constituye objeto del derecho fundamental garantizado en el artículo 20.1 d) CE<sup>217</sup>.

En efecto, es doctrina consolidada de los Altos Tribunales españoles que para que el derecho a la información pueda resultar protegido constitucionalmente es necesario que la realidad de dicha información haya sido comprobada mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, pero no en el sentido de exigir una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino simplemente a negar protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien meros rumores, carentes de toda constatación, o bien simples invenciones o insinuaciones. Siendo así, este requisito de veracidad de la información se entiende cumplido en aquellos casos en que el informador haya llevado a cabo, de manera

---

<sup>216</sup> STEDH 10 febrero 1995, (asunto *Allenet de Ribemont* contra la República de Francia), FD. 1º.

<sup>217</sup> STC 139/2007 (Sala Primera), 4 junio, FJ. 2º, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel, por todas.



previa a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y dicha indagación haya sido realizada, además, con la diligencia que es exigible de un profesional de la información<sup>218</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia ha indicado que el análisis de esta diligencia ha de ser casuístico y no *a priori* o con carácter general, pues la misma depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, cuestión que sólo puede apreciarse caso a caso. Con todo, el Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, señalando que cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere el nivel de diligencia exigible ha de llegar al máximo como asimismo debe respetarse, de manera especial, el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> STC 53/2006 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 6º, Ponente D. Javier Delgado Barrio y todas las en ella citadas, entre las cuales se cuentan las SSTC 28/1996 (Sala Segunda), 26 febrero, FJ. 3º; 21/2000 (Sala Segunda), 31 enero, FJ. 5º, Ponente en estas dos últimas D. Carles Viver i Pi-Sunyer; 52/2002 (Sala Segunda), 25 febrero, FJ. 5º, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas; 68/2008 (Sala Segunda), 23 junio, FJ. 3º, Ponente Dª. Elisa Pérez Vera; 29/2009 (Sala Segunda), 26 enero, FJ. 2º, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez; y 129/2009 (Sala Primera), 1 junio, FJ. 2º, Ponente D. Pablo Pérez Tremps.

<sup>219</sup> STC 53/2006 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 6º, Ponente D. Javier Delgado Barrio y todas las en ella citadas. En el mismo sentido, entre otras, SSTC 219/1992 (Sala Segunda), 3 diciembre, FJ. 5º; 28/1996 (Sala Segunda), 26 febrero, FJ. 3º; 21/2000 (Sala Segunda), 31 enero, FJ. 5º; 52/2002 (Sala Segunda), 25 febrero, FJ. 5º; y 244/2007 (Sala Primera), 10 diciembre, FJ. 2º; y SSTC 999/2008, (Sala de lo Civil), 6 noviembre, FJ. 4º, Ponente Dº. Encarnación Roca Trias; 91/2009, (Sala de lo Civil), 12 febrero, FJ. 2º, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; 619/2009, (Sala de lo Civil), 7 octubre, FJ. 4º; 637/2009, (Sala de lo Civil), 15 octubre, FJ. 4º, C; 647/2009, (Sala de lo Civil), 14 octubre, FJ. 3º; 636/2010, (Sala de lo Civil), 13 octubre, FJ. 3º; 719/2010, (Sala de lo Civil), 10 noviembre, FJ. 3º, C; 733/2010, (Sala de lo Civil), 11 noviembre, FJ. 4º, C,

Al hilo de esto último, los Altos Tribunales españoles han aclarado que la presunción de inocencia no se opone a la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público y que la protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza<sup>220</sup>.

Finalmente, señalar que la jurisprudencia también ha precisado que la eficacia extraprocésal de la presunción de inocencia encuentra en el sistema español de derechos fundamentales específica protección por medio de la tutela del derecho al honor, operando dicha presunción como elemento instrumental del juzgamiento de la denunciada lesión del derecho al honor, particularmente en relación con el requisito de veracidad de las informaciones cuando el derecho al honor pugna con el relativo a la libertad de información. Esto significa que en la dimensión extraprocésal la presunción de inocencia no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 CE, de manera que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, específicamente del artículo 18, lo que sirve de base a su protección a través del recurso de amparo. La razón de la falta de autonomía de la

---

Ponente en las seis últimas D. Juan Antonio Xiol Ríos; y 561/2010, (Sala de lo Civil), 13 septiembre, FJ. 2º, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>220</sup> SSTC 297/2000 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 9º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón; 68/2008 (Sala Segunda), 23 junio, FJ. 3º, Ponente Dª. Elisa Pérez Vera; y 129/2009 (Sala Primera), 1 junio, FJ. 2º, Ponente D. Pablo Pérez Tremps. En el mismo sentido, por todas, STS 637/2009, (Sala de lo Civil), 15 octubre, FJ. 4º, C, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos.

presunción de inocencia en el ámbito extraprocésal se fundamenta, a juicio del TC:

“Porque, para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 CE, alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el art. 18 CE los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos”<sup>221</sup>.

## **2. Ámbito temporal de aplicación del derecho a la presunción de inocencia**

En cuanto al ámbito temporal de operatividad del derecho a la presunción de inocencia en el marco de un proceso penal, creemos que resulta aplicable la doctrina sentada por el TEDH elaborada sobre la aplicación de otra importante garantía procesal: el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, por cuanto consideramos que el criterio utilizado por el referido Tribunal para determinar la vigencia de este último derecho resulta, al menos en parte, aplicable analógicamente a la presunción de inocencia.

El TEDH en el caso Deweer señaló que en materia penal el plazo razonable del artículo 6.1 comienza a contarse, en principio,

---

<sup>221</sup> STC 244/2007 (Sala Primera), 10 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Manuel Aragón Reyes y las en ella citadas.

necesariamente desde día en que una persona es formalmente acusada, sin embargo, en algunas ocasiones se debe tener como punto de partida una fecha anterior a la intervención del Tribunal de instancia para decidir sobre el fundamento de la acusación. Así, pueden señalarse como diligencias, actos o actuaciones específicas que el TEDH ha admitido como momentos a contar de los cuales se inicia el cómputo del “plazo razonable”: el arresto, la inculpación y la apertura de las investigaciones preliminares<sup>222</sup>.

La anterior jurisprudencia podría también explicar la vigencia temporal de la presunción de inocencia, pero prioritariamente desde su perspectiva de regla de tratamiento del imputado, no siendo, en consecuencia, aplicable este criterio si analizamos la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del encausado, cual es el objeto de nuestro estudio, salvo en lo relativo a la recogida u obtención de fuentes de pruebas.

Para explicar el inicio de la aplicación temporal de la presunción de inocencia desde esta última perspectiva hemos de recurrir a lo que sobre este tema postula Illuminati, según el cual el juicio sobre el hecho puede racionalmente desarticularse en tres momentos diferentes: el de la recogida de las pruebas (fuentes de prueba), el de su valoración y el de la decisión de mérito. El primero de estos momentos se trata de una actividad detalladamente regulada en la ley. Las reglas legales, en

---

<sup>222</sup> STEDH, 27 febrero 1980, (asunto Dewer contra Reino de Bélgica), FD. II y las en ella citadas SSEDH, 27 junio 1968, (asunto Wemhoff contra República Federal Alemana); 27 junio 1968, (asunto Neumeister contra República de Austria); 16 julio 1971, (asunto Ringelsen contra República de Austria); y 22 febrero 1975, (asunto Golder contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte).

cambio, están ausentes en el momento de la valoración de la prueba, en el cual encuentra propiamente aplicación el principio del libre convencimiento del juez, aunque no se trata de una libertad absoluta, por cuanto la valoración se cumple sobre el material recogido *conforme a la ley*; pero es claro que la apreciación de los singulares elementos de prueba no es predeterminado por la norma jurídica. Finalmente, el momento de la decisión de mérito, que constituye el objetivo del proceso, es el resultado de las operaciones precedentes por cuanto, por una parte, la reconstrucción del hecho no puede desconectarse de los datos probatorios recogidos, sobre cuya eficacia se ha estado discutiendo durante el proceso y, por otra, debe respetar los criterios generales de adquisición del conocimiento judicial, incluyendo todas las garantías en la formación de la prueba como la contradicción, oralidad, intermediación y publicidad. En síntesis, en la fase de adquisición de las fuentes de prueba la actividad del juez está vinculada a la ley; en la valoración de la prueba el juez está libre de prescripciones legales, salvo el deber de motivar; y en la fase de decisión sobre el hecho, la actividad del juez resulta de nuevo condicionada por la ley<sup>223</sup>.

Con base en el razonamiento precedentemente expuesto, concluimos con Illuminati que, hasta donde la actividad del juez es disciplinada legalmente, no se puede prescindir de la aplicación de la presunción de inocencia, encontrando en esta actividad un espacio teórico suficiente para insertarse entre las reglas que disciplinan la indagación y la comprobación del hecho<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., pág. 90.

<sup>224</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., págs. 90-91.

Con relación al término de la aplicación temporal de la presunción de inocencia, el TEDH ha tenido pronunciamientos más específicos. En efecto, en el asunto Minelli contra Suiza, relativo a la imposición de costas y gastos del juicio, dicho Tribunal estableció que este derecho fundamental preside el conjunto del procedimiento penal, sin que su operatividad temporal concluya con el examen del fundamento de la acusación<sup>225</sup>.

Aunque parezca evidente el TEDH ha debido establecer de manera expresa que la vigencia de la presunción de inocencia termina con la declaración de culpabilidad de un delito por sentencia firme, señalando:

“El derecho a ser presumido inocente según el artículo 6.2 surge sólo en relación con el delito concreto del que se «acusa». Una vez que el acusado haya sido declarado culpable de ese delito, el artículo 6.2 no puede tener aplicación en relación con las alegaciones hechas sobre el carácter y conducta del acusado como parte del proceso de dictar sentencia, a menos que tales acusaciones fuesen de tal naturaleza y grado como para agregar una nueva «acusación»<sup>226</sup>.

En el caso Asan Rushiti contra Austria, el demandante había sido absuelto en el procedimiento criminal ante un jurado por “insuficiencia de pruebas”. Posteriormente el demandante, basándose en la Ley de Compensación de 1969, solicitó compensación por su detención

---

<sup>225</sup> STEDH 25 marzo 1983, (asunto Minelli contra Confederación Suiza), FD. I, A, 2, siguiendo en lo pertinente a la STEDH 26 marzo 1982, (asunto Adolf contra República de Austria), FD. I-II. En el mismo sentido, STEDH 5 julio 2001, (asunto Phillips contra el Reino Unido), FD. I-A.

<sup>226</sup> STEDH 5 julio 2001, (asunto Phillips contra el Reino Unido), FD. I-A.

provisional. El Tribunal que falló este último asunto no dio lugar a la compensación indicando que en la causa existían:

“[I]ndicios razonables de sospecha contra el demandante, que no habían desaparecido, especialmente a la vista de la declaración realizada por la víctima en la vista del 1 de septiembre de 1993, que no estaba totalmente exenta de credibilidad”.

Para resolver este asunto el TEDH recordó que la finalidad general de la presunción de inocencia consiste en proteger al acusado contra cualquier decisión judicial u otras afirmaciones hechas por funcionarios del Estado que contribuyan a una valoración de su culpabilidad sin haber sido anteriormente declarado culpable de acuerdo a la ley. Conforme a ello, en el caso en cuestión el referido Tribunal declaró que una vez que la absolución ha pasado a ser definitiva, aunque se haya basado en el beneficio de la duda de acuerdo con el artículo 6.2 CEDH, la expresión de cualquier sospecha de culpabilidad es incompatible con la presunción de inocencia. Finalmente el TEDH consideró que las expresiones vertidas por el Tribunal de fondo evidenciaban que persistían sospechas en contra del absuelto, emitiendo así dudas sobre su inocencia, todo lo cual implicaba violación del artículo 6.2 del Convenio<sup>227</sup>, postura que nosotros compartimos.

---

<sup>227</sup> STEDH 21 marzo 2000, (asunto Asan Rushiti contra la República de Austria), FD. II 31-32. En el mismo sentido, SSTEDH 25 agosto 1987, (asunto Nölkenbockhoff contra República Federal de Alemania), FD.II, referido este caso a la supervivencia de la vigencia de la presunción de inocencia tras la suspensión de las diligencias penales por fallecimiento del acusado; 10 febrero 1995, (asunto Allenet de Ribemont contra la República de Francia), FD. 1º; 5 noviembre 2002, (asunto Demir contra la República de Austria), FD. I; y 11 febrero 2003, (asunto Y contra el Reino de Noruega), FD. II B.

**CAPÍTULO SEGUNDO: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA  
COMO REGLA DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL:  
EXIGENCIA DE UNA “MÍNIMA” ACTIVIDAD PROBATORIA.  
NOCIONES FUNDAMENTALES ACERCA DE LA PRUEBA  
PROCESAL**

**I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA  
PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL**

Tal como ya lo hemos señalado, la presunción de inocencia, además de constituir un principio informador de todo el proceso penal, actúa en el mismo de dos maneras muy concretas: como regla de tratamiento del imputado y como regla probatoria.

Desde esta segunda perspectiva, dicha presunción cumple, a su vez, una doble función. Por una parte, actuar propiamente como *regla probatoria*, disciplinando todo el procedimiento probatorio, desde la recogida misma de las fuentes de prueba hasta incluso aspectos de la valoración de los medios de prueba a través del análisis crítico de la motivación de fallo en busca de una racional ponderación de los mismos; y, por otra, actuar como *regla de juicio* sobre los hechos determinantes de la responsabilidad del acusado en todos aquellos casos en que existe un vacío probatorio en términos de no haber concurrido en la causa una “mínima” actividad probatoria con todas las garantías y en todos aquellos otros en que, tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías y de contenido objetivamente de cargo, el juez se enfrenta con la incertidumbre acerca de los indicados hechos, imponiéndose en ambos casos la absolución porque la presunción de inocencia no ha podido ser



destruida.

Sabido es que fue la clásica STC 31/81, de 28 de julio, la que inauguró la doctrina jurisprudencial acerca de la condición de regla probatoria de la presunción de inocencia, al señalar:

“El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la L. E. Crim., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio art. 741 de la L. E. Crim., son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (secundum allegata et probata)”<sup>228</sup>.

Desde entonces, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica se han ocupado profusamente de estudiar el tema, ratificando cada uno de los elementos que integran el contenido de la presunción de inocencia como regla probatoria y procurando determinar el alcance de cada uno de ellos.

En una primera aproximación, podemos señalar que la presunción de inocencia desde su perspectiva de regla de prueba en el proceso penal

---

<sup>228</sup> STC 31/1981 (Sala Primera), 28 julio, FJ. 3º, Ponente Dª. Gloria Begué Cantón.

exige, para ser desvirtuada, de una actividad probatoria, en la que las fuentes de prueba hayan sido obtenidas con respeto a los derechos fundamentales y los respectivos medios probatorios practicados con todas las garantías legales y constitucionales en el juicio oral y de la cual se pueda deducir la culpabilidad del acusado, dado su contenido objetivamente de cargo.

Cada uno de estos aspectos, salvo lo relativo al carácter objetivamente de cargo de la prueba procesal apta para desvirtuar la presunción de inocencia, serán analizados en el presente capítulo y en los sucesivos, a la luz de los ordenamientos procesales penales de España y Chile, con la finalidad de observar cómo opera la presunción de inocencia en el sistema español e indagar, en su momento, si este derecho fundamental, en su faceta probatoria, tiene cabida — como creemos — en el sistema procesal penal instaurado en el CPPCh de 2000.

## **II. NOCIONES GENERALES Y ACEPCIONES DE LA PALABRA PRUEBA**

La prueba constituye uno de los temas más complejos y estudiados en el ámbito del proceso en general y del proceso penal en particular. La profusión de estudios sobre la prueba no es sino una demostración visible de la importancia que el tema adquiere en el proceso.

Dicha relevancia arranca, fundamentalmente, de la circunstancia de que en todo proceso, sea civil o penal, las partes y el juez habrán de

desarrollar necesariamente una actividad destinada a establecer la concurrencia, o no, en la realidad de ciertos hechos que sustentarán la aplicación de las normas jurídicas para el pronunciamiento sobre la pretensión<sup>229</sup>.

Esto es evidente si se piensa que no es frecuente que en los procesos el sustrato fáctico que sustenta la pretensión o defensa se encuentre esclarecido y constatado desde un comienzo, restando sólo por dilucidar la cuestión de derecho, siendo mucho más habitual que para resolver acerca de dichas pretensiones y, con ello, terminar el procedimiento, sobre mayor importancia determinar la concurrencia en la realidad de los hechos que las sustentan que resolver la propia cuestión jurídica debatida en el juicio<sup>230</sup>.

Si a ello sumamos que el primer requisito que impone la presunción de inocencia como regla de prueba en el proceso penal se encuentra constituido por la concurrencia de una actividad probatoria, resulta del todo necesario determinar en esta sede, aunque sea con la brevedad que el contexto del presente trabajo nos impone, qué se entiende por prueba procesal.

Partamos por señalar que la “prueba” en general es un concepto metajurídico y, como tal, común a todas las actividades de la vida social

---

<sup>229</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, Cap. 14, en *Derecho procesal civil*, 10ª ed., Navarra, Aranzadi, 2010, págs. 349-50. En idéntico sentido previamente: CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., pág. 4; y SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1940, pág. 4.

<sup>230</sup> En este sentido, DÖHRING, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso*, trad. cast. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972 (*Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess Beweiserhebung und Beweiswürdigung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1964), págs. 1-2.

en tanto la necesidad de comprobar la exactitud de las diversas afirmaciones que otros proponen acerca de la realidad de determinados hechos, acaecidos en el pasado y en ausencia de quienes tienen que enjuiciarlos, es consubstancial a la naturaleza limitada de los hombres<sup>231</sup>. De ahí que sea posible concluir que la prueba es un concepto genérico del cual la prueba jurídica, judicial o procesal no es sino una manifestación concreta y específica de aquélla<sup>232</sup>.

En general una gran parte de la doctrina concuerda en considerar que la palabra “prueba” es un término dinámico y multívoco<sup>233</sup> o poliédrico<sup>234</sup> que, en el ámbito jurídico, posee a lo menos tres acepciones<sup>235</sup>: a) *como medio de prueba*, designando con ello los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso; b)

---

<sup>231</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución al estudio de la prueba”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, pág. 317. Por eso FENECH, Miguel, advierte que sólo “Dios para juzgar no necesita proceso”, *Derecho procesal penal*, vol. I, 3ª ed., Barcelona, Ed. Labor, 1960, pág. 37.

<sup>232</sup> Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa –América, 1978, pág. 36. Véase también del mismo autor “Qué es la prueba (Naturaleza de la prueba)”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973, núms. 2-3, págs. 262. En idéntico sentido, entre otros, SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, T. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 30.

<sup>233</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, T. I, 5ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1992, pág. 526.

<sup>234</sup> FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, T. I, trad. cast. Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1995 (*Delle prove penali*, 3ª ed., Varese-Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961), pág. 43.

<sup>235</sup> Descartamos el origen etimológico de la palabra *prueba* porque resulta algo controvertido, existiendo variadas posturas sobre el mismo en la doctrina, tal como puede verse en DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, T. Segundo, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856, pág. 133; y en SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, cit., págs. 33-34.

como acción de probar o actividad, como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos que él afirma; y c) como convicción o resultado, para designar el fenómeno psicológico o estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio, o sea la convicción o certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento<sup>236</sup>.

Sin embargo, estas acepciones no contribuyen demasiado a aclarar el significado de la prueba procesal sino más bien — creemos — tienden a producir una suerte de confusión terminológica.

### III. DIFERENCIAS ENTRE AVERIGUAR Y PROBAR

Continuando con la búsqueda de un concepto de prueba procesal, resulta necesario detenerse en la diferenciación existente entre la actividad de probar y la de averiguar, porque pensamos que entendiendo

---

<sup>236</sup> Cfr. DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, 6ª ed., Bogotá, Librería Editorial Temis, 1961, págs. 13-14. En idéntico sentido, entre otros, FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho procesal penal*, trad. cast. Prieto-Castro, L., Barcelona, Librería Bosch, 1934, pág. 305 y, del mismo autor, *De las pruebas penales*, T. I, cit., pág. 45; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, T. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952 (*Trattato di Diritto processuale penale*, terza edizione aggiornata e accresciuta, volume terzo, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese [già Ditta Pomba], 1949), págs. 197-198; ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho procesal civil*, T. II, trad. cast. Ángela Romera Vera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955 (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 5ª ed., München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951), pág. 200; y DENTI, Vittorio, *Estudios de Derecho probatorio*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, págs. 263-264. En España, entre otros, JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, vol. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1950, pág. 392; y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, T. I, cit., pág. 526.

Amplían estas acepciones, CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, cit., nota 22, pág. 13; y CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Trivium S.A., 1992, nota 24, págs. 20-21.

bien el significado de estos dos vocablos podremos más adelante tener argumentos y claridad a la hora de afirmar que la prueba procesal es, en general, sólo aquella practicada en el juicio oral, descartando que la actividad de indagación llevada a cabo durante el sumario o investigación preliminar constituya actividad probatoria, salvo las excepciones previstas en la ley. De ahí que el detenernos en este punto no posea sólo un interés teórico o académico sino, muy por el contrario, a la luz de lo que más adelante advertiremos, la diferenciación entre actividad de investigación previa y actividad probatoria constituye una de las claves del respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

No es difícil encontrar autores que identifican la prueba, entendida ésta como actividad, con un método de averiguación<sup>237</sup>. Sin embargo, ya Carnelutti aclaraba que la palabra prueba se usa como sinónimo de una actividad destinada a la comprobación de la verdad de una proposición, sin que pertenezca a la misma el procedimiento previo mediante el cual se descubre esa proposición o verdad afirmada, esto es, la actividad de averiguación<sup>238</sup>.

Coincidimos con Sentís Melendo en considerar que un posible origen de la confusión entre averiguar y probar puede derivar de un

---

<sup>237</sup> Así, COUTURE, Eduardo J., define la prueba como “un método de averiguación y un método de comprobación”, considerando que el primer sentido es más acorde con la prueba penal y el segundo con la civil, cfr. *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 4ª ed., Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2002, págs. 177-178. En Chile identifican la prueba penal con una actividad de averiguación: JORQUERA LORCA, René, *Curso de Derecho procesal penal chileno*, con HERRERA FUENZALIDA, Paola, T. II, 2ª ed. actualizada, Santiago (Chile), Ed. Jurídica La Ley, 2001, pág. 560; y QUEZADA MELÉNDEZ, José, *El nuevo proceso penal chileno*, Santiago (Chile), Ediar Conosur Ltda., 1991, pág. 128.

<sup>238</sup> Para Carnelutti la antítesis existente entre averiguar y probar es semejante a la existente entre una operación aritmética y la prueba de esa operación. Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., págs. 38-39.

problema idiomático, en tanto la Ley 1, Título XIV de La Partida Tercera definía *prueba* como el “aeriguamiento que se faze en juyzio, en razón de alguna cosa que es dubdosa”<sup>239</sup>. Lo anterior se debe a que en el siglo XIII el verbo *averiguar* ya existía, mientras que el verbo *verificar* sólo apareció en 1578 y no para sustituir a averiguar, sino para expresar un concepto distinto, equivalente a *comprobar*<sup>240</sup>.

En definitiva, resulta lógico pensar que primero debe procederse a averiguar ciertos hechos para luego formular afirmaciones con base en los resultados de esa investigación previa y, finalmente, se debe procurar la verificación de esas afirmaciones mediante lo que llamamos prueba.

Con todo, existe mayor acuerdo doctrinal en identificar la prueba con una actividad de *verificación* que, según el Diccionario de la Academia, significa “comprobar o examinar la verdad de algo”. Tal como lo hemos señalado, para Carnelutti la palabra prueba se usa como “comprobación, de la verdad de una proposición”, siendo el objeto de la misma no los hechos sino “las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, sino que se conocen”<sup>241</sup>. Siguiendo a Sentís Melendo, el concepto de verificación es el más adecuado para explicar la naturaleza de la prueba, por cuanto “se averigua lo desconocido, pero se verifica lo conocido y afirmado”, sin perjuicio de que para llegar a afirmar algo es necesario primero

---

<sup>239</sup> PARTIDA VII, XIV, Ley N° 1, en *Las Siete Partidas, con las variantes de más interés, y con las glosas del Lic. Gregorio López*, T. II, cit., pág. 273.

<sup>240</sup> Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., pág. 57.

<sup>241</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., págs. 39-40.

averiguar, siendo esta última actividad un indispensable trámite previo a la prueba<sup>242</sup>.

En la doctrina española, Ramos Méndez señala que la prueba procesal es sinónimo de comprobación o verificación<sup>243</sup> mientras que para Serra Domínguez la prueba jurídica no es ya una actividad de verificación, sino más bien “una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juzgador”, distinguiendo dentro de la prueba jurídica un período de *conversión*, que se inicia con la fase de *traslación* en la que se efectúa la traducción de los hechos de la realidad en afirmaciones mediante los llamados medios de prueba; y continúa con la fase de *fijación*, en el que por una parte se depuran los resultados de la fase de *traslación*, mediante el empleo de máximas de experiencia concretas, y por otra, con ayuda de nuevas máximas de experiencia, se pueden extraer nuevas afirmaciones. Prosigue la prueba jurídica con el

---

<sup>242</sup> Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., págs. 51 y 57-58. En la doctrina italiana, LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, T. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963 (*Trattato di Diritto processuale penale*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961), pág. 155; SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, cit., pág. 3; y CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1963, nota núm. 8, págs. 8-9 y 51.

En Chile definen la prueba como actividad de verificación, entre otros: BARRERA CARVAJAL, Iris de la, “La prueba de testigos en el juicio criminal”, en *Memorias de licenciados Derecho procesal penal*, vol. XXI, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 1952, pág. 70; NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, T. I, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2001, pág. 323; AGUILAR ARANELA, Cristián, *La prueba en el proceso penal oral*, Santiago (Chile), Metropolitana Ediciones, 2003, pág. 10; LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal penal chileno*, con HORVITZ LENNON, María I., T. II, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2005, pág. 65; y MINI MASSONI, Mario, *La Prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago (Chile), Ed. Metropolitana, 2005, pág. 15.

<sup>243</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., pág. 526.



período de *comparación* en el que tiene lugar la confrontación entre las afirmaciones iniciales de las partes y las afirmaciones instrumentales producidas en el período anterior, que sirve para formar el supuesto de hecho de la sentencia<sup>244</sup>.

En nuestra opinión, creemos que ambos verbos pueden identificar a la prueba pero desde perspectivas distintas. Se puede decir que la prueba es sinónimo de *comparación* si la entendemos referida a la actividad de recurrir a determinados medios probatorios para introducir al proceso ciertas afirmaciones acerca de los hechos que habrán de ser comparadas con las inicialmente formuladas en el juicio. Se puede decir también que la prueba es sinónimo de *verificación* o *comprobación* si la entendemos como resultado, es decir, las afirmaciones iniciales, luego de ser comparadas con las obtenidas a través de los medios de prueba, podrán ser verificadas o no, según logren o no la convicción del juez, cuestión que éste determinará en el proceso de valoración de la prueba.

#### **IV. EL OBJETO DE LA PRUEBA**

##### **1. Concepto y tipos de objeto de la prueba**

Para comenzar el estudio de este tema no cabe sino recordar la clásica clasificación que distingue entre objeto de prueba en sentido *abstracto* y en sentido *concreto*, llamado también este último *necesidad* o *tema de prueba*. Según esta clasificación, por objeto de la prueba en *abstracto* se entiende lo que se *puede* probar en general en un proceso, es

---

<sup>244</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución al estudio de la prueba”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., pág. 330. En idéntico sentido, la prueba como actividad de comparación, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal (Hacia una teoría y ley procesal generales)*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, págs. 422-423.

decir, todo aquello que por sí mismo es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional para efectos procesales, con independencia de los problemas concretos de cada proceso y de las pretensiones o intereses de las diversas partes y con idéntica aplicación en actividades extraprocesales tales como la actividad científica o intelectual. Mientras que por objeto de la prueba en *concreto* se entiende “lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir”<sup>245</sup>.

Sin embargo, creemos más simplificadora la distinción efectuada por Taruffo entre *thema probandum* y *objeto de la prueba*, indicando que el primero comprende al “conjunto de hechos que es necesario comprobar como fundamento de la decisión”, mientras que el segundo se refiere sólo al “hecho particular que la singular prueba tiende a demostrar”, de tal manera que se puede hablar de un único *thema probandum*, mientras que hay tantos objetos de prueba cuantos sean las singulares pruebas propuestas<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía-Editor, 1970, pág. 142. Sobre la diferencia entre objeto de la prueba en abstracto y en concreto, véase, además, FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas...*, T. I, cit., págs. 96-97, sin perjuicio de analizar en detalle cada noción en las págs. 99-130; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, T. I, cit., pág. 49; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., pág. 530; MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, con GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto (†) y BARONA VILAR, Silvia, vol. II, 19ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 255; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 32.

<sup>246</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, CEDAM- Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970, págs. 35-40. (Traducción propia).

De cualquier forma se suele afirmar que son objeto de prueba, en general, los “hechos”, sin embargo tal afirmación es necesario precisarla con miras a determinar si es realmente efectiva y desde luego, qué es objeto admisible de prueba y qué necesita prueba en un proceso, todo ello con miras a la elaboración de nuestro concepto de prueba procesal.

## 2. ¿Se prueban los hechos o las afirmaciones sobre hechos?

Determinar qué es lo que se prueba en un sentido abstracto es algo que ha ocupado largamente a la doctrina, y por tanto son varias las teorías u opiniones que se han formulado sobre esta materia.

La que se puede denominar teoría clásica agrupa a todos aquellos autores que han señalado que el objeto de la prueba son los *hechos*, tomando esta palabra en sentido jurídico amplio, esto es, como “*acontecimientos y circunstancias concretos, determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana* que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico”<sup>247</sup>. De esta manera se incluirían dentro de la noción amplia de “hechos” a) todo lo que puede representar una conducta humana, voluntaria o involuntaria; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales; d) la persona física humana; y e) los estados y hechos psíquicos o internos del hombre. Incluso quedarían dentro del concepto de “hechos” en esta

---

En idéntico sentido, UBERTIS, Giulio, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, UTET Libreria, 1995, pág. 12.

<sup>247</sup> ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 209. (La cursiva es del autor). Otras definiciones, pueden verse en FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas...*, T. I, cit., pág. 101; y DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, cit., pág. 158.

acepción amplia las reglas de experiencia y las normas jurídicas en tanto se contemplarían en definitiva como conductas o hechos humanos<sup>248</sup>.

Frente a esta teoría clásica se ha levantado otro importante sector de la doctrina señalando que el objeto de la prueba son las *afirmaciones* que sobre los hechos efectúan las partes. Para los partidarios de esta postura, los hechos “son de una forma y no de otra, y como tales no requieren prueba”, mientras que lo que sí requiere prueba son las afirmaciones que tiene por objeto los hechos, esto es: los juicios existenciales o valorativos que sobre ellos se efectúan<sup>249</sup>. Así también lo advirtió Calamandrei, señalando que el resultado de cualquier medio de

---

<sup>248</sup> Cfr. ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., págs. 209-213 y DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., págs. 158-159. Se adscriben a esta teoría clásica, además de los ya citados, RICCI, Francisco, *Tratado de las pruebas*, T. I, trad. cast. Adolfo Buyla y Adolfo Posada, reimpresión facsímil, Navarra, Analecta, 2005, pág. 15; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, T. III, cit., págs. 203-204; y DÖHRING, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso*, cit., pág. 13.

En España, entre otros, DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico ...*, T. Segundo, cit., págs. 132 y 137; JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, vol. I, cit., págs. 393 y 405; y PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal penal*, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, 4ª ed., cit., pág. 225.

En Iberoamérica, DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1975, págs. 38-39; y CAFFERATA NORES, José, *La prueba...*, cit., pág. 22; y en Chile, postulan los “hechos” como objeto de prueba: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando, *Curso de Derecho procesal. Reglas comunes a todo procedimiento y del juicio ordinario*, redactado por Vodanovic H., Antonio, Santiago (Chile), Imprenta El Esfuerzo, 1934, pág. 463; BARRERA CARVAJAL, Iris de la, “La prueba de testigos en el juicio criminal”, en *Memorias de licenciados Derecho procesal penal*, vol. XXI, cit., pág. 70; JORQUERA LORCA, René, *Curso de Derecho procesal penal chileno*, con HERRERA FUENZALIDA, Paola, T. II, cit., pág. 564; y NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, T. I, cit., págs. 331-32.

<sup>249</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., pág. 322. Previamente en el mismo sentido, STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, trad. cast. Andrés De La Oliva Santos, reimpresión 2ª

prueba no es el hecho en sí mismo sino un juicio sobre la existencia o sobre el modo de ser de un hecho, esto es, “la expresión externa de una sensación producida por una circunstancia de hecho sobre la mente de un observador colocado ante ella”<sup>250</sup>.

---

ed., Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1999, págs. 10-11; y CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., pág. 40.

<sup>250</sup> CALAMANDREI, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. cast. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1961 (Publicado en la *Rivista critica de scienze sociale* [Firenze], num. 5 de 1914 y reproducido en *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani Già “Litotipo”, 1930), pág. 379. Alineados en la opinión de que el objeto de la prueba no son los hechos propiamente tales sino las afirmaciones que sobre esos hechos se efectúan se encuentran, entre muchos: SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., págs. 12-14 y 38; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid, Ed. Civitas, S.A., 1981, págs. 213-214 y del mismo autor, “Los actos de prueba”, en *Derecho procesal civil*, con MORENILLA ALLARD, Pablo, Madrid, Ed. Colex, 2004, pág. 395; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., págs. 531-532; MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Praxis, 1983, pág. 28; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium S.A., 1989, pág. 15; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, cit., pág. 29; y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 36.

En Italia, entre otros, CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali*, cit., pág. 3 y nota 4; y UBERTIS, Giulio, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., pág. 12.

En Chile, adhieren a esta postura: QUEZADA MELÉNDEZ, José, *El nuevo proceso penal chileno*, cit., págs. 128 y especialmente 139; PAILLÁS, Enrique, *Estudios de Derecho probatorio*, 2ª ed., Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2002, pág. 14; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “De la prueba. Sistema probatorio. Medios de prueba. Valor probatorio”, en *El nuevo proceso penal chileno*, Concepción (Chile), Universidad de Concepción, 2000, pág. 138; COLOMA CORREA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Coord. COLOMA CORREA, Rodrigo, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003, pág. 8; CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual el nuevo sistema procesal penal*, Santiago (Chile), Ed. LexisNexis, 2005, págs. 230-31; LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., págs. 65 y 76; y MINI MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, cit., pág. 15.

Finalmente, apuntemos que existe una tercera teoría que podríamos llamar ecléctica, porque señala que el objeto de la prueba podrán ser los hechos o las afirmaciones sobre los mismos dependiendo de la precisa posición que se ostente en el proceso. Así, para las partes, las cuales exponen en juicio determinadas hipótesis, esto es, valoraciones subjetivas de las circunstancias, el objeto de la prueba estará constituido más bien por afirmaciones y no propiamente hechos; mientras que para el juez, que procura fijar los presupuestos de su decisión, el objeto de la prueba a su vez lo conformarán los hechos<sup>251</sup>. No es posible compartir esta postura porque creemos que el juez a través de los medios de prueba sigue sin poder tomar contacto con los hechos acaecidos en el pasado extraprocesalmente porque ello es humanamente imposible, quedando siempre limitado a conocer los “hechos” a través de las afirmaciones de las partes y a obtener de los medios de prueba sólo nuevas afirmaciones con las que comparar y luego verificar la exactitud de las afirmaciones iniciales formuladas por las partes<sup>252</sup>.

Para nosotros, la prueba procesal es una actividad de verificación no de los hechos tal como acontecieron en la realidad anterior y externa al proceso, sino que objeto de la prueba son, tanto desde la perspectiva de las partes cuanto del juzgador, las afirmaciones por medio de las cuales las partes trasladan esos hechos a la presencia judicial.

Apuntemos, además, que estas afirmaciones factuales nunca son asépticas, por cuanto en su formulación siempre intervendrán factores derivados de la propia percepción, interpretación y hasta de juicios de

---

<sup>251</sup> Cfr. SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 53.

<sup>252</sup> En el mismo sentido, véase MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 35-36.

valor provenientes del sujeto emisor de la misma. De ahí que se sostenga que estas afirmaciones se caracterizan por ser a) *descriptivas*, porque constituyen la descripción, que la parte propone al juez, del modo en el cual el hecho se ha verificado, de lo cual se sigue que pueden ser verdaderas o falsas en tanto expresan juicios “de realidad” o “de existencia”, a diferencia de lo que ocurre con las proposiciones “valorativas” o “normativas”, que expresan juicios de valor o en general juicios de “deber ser”; b) *particulares*, en el sentido que su sujeto está constituido por un hecho específico o de todos modos por una situación factual específica, y no por clases o géneros de hechos; y c) *concretas*, en cuanto se refieren a eventos que se hipotetizan realmente acontecidos y no como entidades abstractas<sup>253</sup>.

De ahí la importancia de la actividad probatoria, en tanto instrumento destinado a depurar y apreciar el hecho objetivo de la percepción y de los juicios provenientes de las fuentes de prueba personales, tarea en la que el juez tendrá que recurrir a la psicología y a la lógica<sup>254</sup>, pudiendo auxiliarse también de las máximas de experiencia para así, tras valorar críticamente tales afirmaciones, siguiendo la terminología de Serra Domínguez, fijar sobre éstas sus propias afirmaciones (fase de fijación) que luego, en el período de comparación, serán confrontadas con las afirmaciones iniciales de las partes para verificar la exactitud de éstas y, con ello finalmente formar el supuesto fáctico de la sentencia<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., págs. 36-37. (Traducción propia).

<sup>254</sup> FLORIÁN, Eugenio, *De las prueba...*, T. I, cit., págs. 102-104.

<sup>255</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 322-327 y 330.

Advirtamos finalmente que, para efectos de la brevedad de la exposición, hablaremos en los sucesivo de que el objeto de la prueba serán los *hechos* en el entendido de que, ciertamente, nos estamos refiriendo a las afirmaciones que las partes realizan en juicio de los hechos de la realidad. A mayor abundamiento, coincidimos con Montero y Ortells en preferir la expresión “datos” o “datos de hechos” o, más precisamente, “datos que han sido alegados por las partes” porque, si bien es cierto en la mayor parte de los casos la prueba se referirá a las afirmaciones que efectúan las partes sobre *hechos*, no lo es menos que excepcionalmente podrán ser objeto de prueba las normas jurídicas<sup>256</sup>.

### **3. Fijación del objeto de la prueba en concreto en los sistemas procesales penales de España y Chile**

#### **A) En España**

El objeto de la prueba en sentido concreto es fijado en el sistema español por las partes en sus respectivos escritos de *calificación provisional* conforme al artículo 650.1 y 4 LECRIM que dispone que en estos escritos se deben incluir los hechos punibles y los que constituyen circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal resultantes del sumario.

Sin embargo, el principio de *aportación de parte* que podría desprenderse de la disposición citada se ve atenuado, en tanto las

---

<sup>256</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 256; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 329. En este sentido, utilizamos, al igual que los autores citados, la terminología previamente elaborada por ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, con GUASP, Jaime, T. I, 7<sup>a</sup> ed., Navarra, Aranzadi, 2004, págs. 381-84; y ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Rubi, Artes Gráficas, 1981, pág. 289.



afirmaciones sobre hechos que las partes efectúan en sus escritos de calificación provisional y acusación se encuentran limitados sólo a los hechos que *resulten del sumario* que, como se sabe, constituye una fase en la que prima el principio de *investigación oficial* o de *oficialidad*. En efecto, sea que la causa comience por denuncia o por querrela y sin perjuicio de la facultad de las partes de solicitar diligencias de investigación (artículos 311 y 315 LECRIM), la formación del sumario es una tarea asignada a los Jueces de Instrucción conforme lo disponen los artículos 299 y 306 LECRIM. La primera de estas normas indica que el sumario se encuentra constituido por el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio y a averiguar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la participación punible de sus presuntos autores, y la segunda dispone que corresponde a los Jueces de Instrucción la formación de los sumarios de los delitos públicos, bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente.

De esta manera es posible concluir que la instrucción es una “labor esencialmente inquisitiva” en tanto corresponde al Juez de Instrucción la tarea de complementar el material instructorio practicando al efecto, incluso de oficio, las diligencias establecidas en los títulos V y VIII del Libro Segundo de la LECRIM<sup>257</sup>.

Es decir, las partes acusadoras y acusadas fijan en sus escritos de calificaciones provisionales, mediante las correspondientes afirmaciones fácticas, el objeto de la prueba en sentido concreto, esto es, los hechos que necesitan ser probados en el proceso judicial en cuestión, pero este

---

<sup>257</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho procesal*, cit., pág. 209.

material fáctico debe ceñirse sólo a aquellos hechos que resulten del sumario que, como hemos apreciado, constituye una fase en la que prima el principio de investigación oficial o de oficialidad.

Sin embargo, este principio de aportación de parte atenuado durante la fase de instrucción se fortalece en la fase de juicio oral, en tanto en esta última etapa procedimental la determinación que las partes realizan del tema de la prueba en sus escritos de calificación provisional conforme al artículo 650.1 y 4 LECRIM se erige como una suerte de límite a dos importantes facultades del Tribunal. En efecto, la facultad que posee el Tribunal de rechazar los medios probatorios propuestos por las partes podrá ser ejercida por aquél cuando considere que éstos no guardan relación alguna o son impertinentes, innecesarios o inútiles con el tema de la prueba que, como hemos advertido, ha sido ya fijado por las partes en los escritos de calificación provisional (artículo 659 LECRIM)<sup>258</sup>. Y la segunda facultad del Tribunal que se encuentra limitada por la fijación del tema de la prueba realizada por las partes se refiere al poder autónomo de prueba que aquel posee en la fase de juicio oral. Según el artículo 728 LECRIM, en el juicio oral sólo se podrán practicar las pruebas que han sido propuestas por las partes, sin embargo, el artículo 729.2 del mismo cuerpo legal citado señala que se exceptúan de esta regla aquellas 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*. Es decir, el tribunal ha de encuadrar su poder autónomo de prueba sólo a aquellos hechos que han sido objeto de los escritos de

---

<sup>258</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Madrid, Ed. Colex, 2004, págs. 647-648.

calificación, esto es, al tema de prueba u objeto de la prueba en concreto previamente fijado por las partes.

Con todo, en el proceso penal español cabe efectuar algunas consideraciones adicionales con respecto al poder que tiene las partes de fijar el tema de la prueba en sus escritos de calificación provisional:

a) La ausencia de controversia o incluso la admisión de hechos por las partes no obstaculiza la práctica de la prueba sobre los mismos<sup>259</sup>. En cuanto a los hechos no controvertidos, ya hemos visto que conforme al artículo 729.2 LECRIM, el Tribunal puede ordenar la práctica de diligencias probatorias no propuestas por ninguna de las partes, a condición solamente que se refieran a hechos que han sido objeto de los escritos de calificación. O sea, si las partes no discuten un determinado hecho, lo más seguro es que no propongan prueba a su respecto; sin embargo, el Tribunal siempre podrá solicitar diligencias probatorias no propuestas por las partes sin que constituya para él un límite la no controversia de las partes acerca de un determinado hecho.

Con todo, hemos de dejar constancia en este punto de la polémica que suscita la facultad consagrada en el citado artículo 729.2 LECRIM, llegando incluso a considerarse abrogada por la jurisprudencia reciente de los Altos Tribunales españoles. Sobre este tema preferimos la opinión de Picó I Junoy, según el cual sólo una interpretación exacerbada del

---

<sup>259</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., págs. 329-330. Refiriéndose, en cambio, al proceso penal, BONET NAVARRO, José, postula que estos hechos no solo estarían exentos o necesitados de prueba, sino que la prueba a su respecto sería incluso inadmisibile, “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil”, en *Diario La Ley*, núm. 7256, 6 de octubre de 2009, año XXX, págs. 3-4 (versión electrónica).

principio acusatorio ha podido conducir incluso a discutir la validez constitucional de esta norma. Para el citado autor, el carácter Social del Estado de Derecho, el deber de los jueces de velar por la tutela efectiva de los intereses discutidos en el proceso y el correcto desempeño de la función jurisdiccional asignada a los mismos por la Constitución (artículos 1, 24.2 y 117 CE, respectivamente), constituyen argumentos jurídicos suficientes para fundamentar la iniciativa probatoria del juez penal, aunque ciertamente *limitada*. El autor apunta las siguientes tres limitaciones a esta facultad: a') la prueba autónomamente decretada por el juez debe ceñirse a los hechos objeto de discusión en el juicio oral que, a su vez, son los indicados en los escritos de calificación; b') las fuentes de prueba respecto de las cuales el juez ejerce esta actividad probatoria deben constar en el juicio oral o haber sido reveladas en dicho momento procesal y si se trata de la declaración del acusado, su práctica de oficio por el juez debe condicionarse a que aquel no ejerza durante el juicio oral su derecho a no declarar; y c') en el desarrollo de la prueba practicada a iniciativa del juez deben respetarse rigurosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa que los litigantes poseen en la práctica de cualquier medio probatorio. Coincidimos con el autor en estimar que sólo con estas limitaciones puede considerarse que la iniciativa probatoria del juez penal no vulnera el principio acusatorio ni el derecho a un proceso con todas las garantías, especialmente la imparcialidad objetiva y el derecho de defensa<sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, “Estudio comparado de la iniciativa probatoria del juez penal en el juicio oral. Reflexiones sobre el caso español”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, T. II, Dir. ROBLES GARZÓN, Juan Antonio y ORTELLS RAMOS, Manuel, Málaga, CEDMA, 2006, págs. 601-14 y la amplia bibliografía del autor ahí citada.

b) Según lo dispone el artículo 729.3 LECRIM pueden también ser objeto de prueba los hechos que sirven para valorar la fiabilidad de un medio de prueba practicado<sup>261</sup>. Al decir de Gascón Inchausti la denominada “prueba sobre la prueba” se trata de una actividad probatoria practicada en el proceso con la finalidad de desvirtuar o de corroborar la eficacia de otras pruebas, siendo su objeto, en consecuencia, “los hechos y máximas de experiencia que no forman parte del objeto del proceso penal y que, si adquieren certeza para el tribunal juzgador, le permitirán valorar adecuadamente otras pruebas que se hayan practicado en el juicio oral”. De ahí que pueda definirse como “una actividad procesal desarrollada por los sujetos del proceso penal cuya finalidad consiste en convencer al órgano jurisdiccional de que la eficacia probatoria que merece un determinado medio de prueba debe aumentar, disminuir o incluso desaparecer en el proceso de libre valoración de la prueba que precede a la sentencia”<sup>262</sup>.

El carácter excepcional del artículo 729.3 LECRIM se configura porque se trata de diligencias probatorias que las partes pueden solicitar

---

<sup>261</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., págs. 330. A esta clase de prueba la jurisprudencia la ha bautizado como “prueba sobre prueba”, mientras que Fenech la denomina “prueba accesoria”, por cuanto “no se proyecta sobre los hechos del proceso, sino precisamente sobre otras pruebas o condiciones personales de los sujetos cuando éstas no tienen relevancia en el proceso”. Respectivamente, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control de la fiabilidad probatoria: “Prueba sobre la prueba” en el proceso penal*, Valencia, Ediciones Revista General del Derecho, 1999, págs. 13-15; y FENECH, Miguel, *El proceso penal*, cit., pág. 119.

<sup>262</sup> Añade el citado autor que la expresión “prueba sobre la prueba”, acuñada por la jurisprudencia del TS, no puede interpretarse de manera “literal”, puesto que ello carece de sentido en razón de que “la «certeza» (positiva o negativa) no puede predicarse de una «prueba», pues ésta es en realidad instrumento para alcanzar esa certeza, y no es posible predicar una cualidad de algo que no es sino una herramienta para llegar a ella”. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control de la fiabilidad probatoria: “Prueba sobre la prueba” en el proceso penal*, cit., págs. 13-29.

en el acto del juicio oral y que pueden recaer sobre hechos distintos de los que constituyen el objeto del juicio contenidos en los escritos de calificaciones provisionales.

c) También podrá constituir objeto de la prueba, más allá de los hechos alegados en las calificaciones, los llamados hechos-indicios o afirmaciones base que sirven para construir una presunción y ello a pesar de que los indicios puedan tener sólo una relación remota con el hecho principal que es objeto del proceso o con los hechos que han de ser considerados para resolver sobre aquél<sup>263</sup>.

d) Finalmente, encontramos la posibilidad de que el juicio oral pueda suspenderse cuando, según lo dispone el artículo 746.6 LECRIM, revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria. Se trata de hechos cuyo conocimiento aflora durante las sesiones del juicio oral, razón por la cual no han podido ser considerados por las partes en sus respectivos escritos de calificación, y que deben presentar una singular relevancia, en términos tales que importen una transformación del *factum* delimitador del objeto del proceso<sup>264</sup>. Con todo, entendemos que la norma en estudio se encuentra limitada por la prohibición de que por esta vía se sustente un

---

<sup>263</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 330.

<sup>264</sup> En este sentido, cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Eleuterio, “Suspensión del juicio oral”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, vol. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 2848.

Sobre el alcance del artículo 746.6 de la LECRIM, véase SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Información suplementaria”, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969, págs. 785-791 y GARCÍA DE LA

nuevo objeto procesal, caso en el cual debiera procederse, tal como sugiere Ortells, a una “nueva calificación provisional y, tal vez, también decidir la alternativa de sobreseimiento-apertura de juicio respecto al nuevo objeto”,<sup>265</sup>.

## **B) En Chile**

En el procedimiento penal ordinario instaurado por el nuevo CPPCh el objeto de la prueba es también fijado por las partes en sus escritos fundamentales constituidos por la acusación del Ministerio Público, la adhesión a la acusación del Ministerio Público o la propia acusación que presente el querellante particular y el escrito (o exposición verbal) de defensa del acusado.

En efecto, si tras el vencimiento del plazo de duración de la investigación el fiscal del Ministerio Público decide formular acusación de conformidad al artículo 248 letra b) CPPCh, dicho escrito habrá de ajustarse, en lo tocante a su contenido formal, a las exigencias dispuestas en el artículo 259 del mismo Código. Dentro de las menciones que esta última norma prescribe debe contener la acusación destacamos, en lo pertinente a nuestro tema, la relación circunstanciada de el o de los hechos atribuidos, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren y de la participación atribuida al acusado (artículo 259 letras b, c y d CPPCh).

---

PUERTA LÓPEZ, María Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Córdoba, El Almendro, 1987.

<sup>265</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, *El proceso penal abreviado*, Granada, Ed. Comares, 1997, págs. 133-34. En sentido similar, véase CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, pág. 180.

A continuación, el Juez de Garantía debe ordenar la notificación de la acusación fiscal a todos los *intervinientes*<sup>266</sup> y citar a la audiencia de preparación del juicio oral, conforme lo dispone el artículo 260 CPPCh.

Hasta 15 días antes de la fecha fijada para esta audiencia — dispone el artículo 261 CPPCh —, el querellante podrá adherirse a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación. En este escrito el querellante particular también podrá ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación.

El acusado por su parte podrá hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o verbalmente al inicio de dicha audiencia, entre otras actividades, exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare (artículo 263, letra c CPPCh).

Durante el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral, normada en los artículos 266 a 280 CPPCh, ambas disposiciones inclusive, se realiza una intensa actividad procesal que contempla diligencias simplificadoras del debate (artículo 274 CPPCh), saneadoras (artículos 270 y 271 CPPCh) y abreviadoras del proceso (artículos 273 y 245 CPPCh). Pero en esta audiencia, además, se realiza una importante y

---

<sup>266</sup> La expresión “intervinientes” se encuentra definida en el CPPCh en su artículo 12, que señala: “Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.”



fundamental actividad esclarecedora del debate y de la prueba, en tanto en ella se procede a fijar el tema a decidir, el tema a probar y el material probatorio que se producirá en el juicio oral.

En efecto, en la audiencia de preparación del juicio oral se procede a efectuar el debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes, fundamentalmente a los fines de excluir de la prueba las manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, la destinada puramente a dilatar el juicio y la que proviniera de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas o que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (artículos 272 y 276 CPPCh).

Pero antes de discutir acerca del material probatorio, a las partes en esta fase de preparación del juicio oral les compete otra importante facultad en orden a la determinación del tema de la prueba en sentido concreto, esto es, acordar las llamadas convenciones probatorias de conformidad al artículo 275 CPPCh, disposición que por su relevancia transcribimos:

*“Convenciones probatorias.* Durante la audiencia el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditado ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral”.

Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieran hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio”.

La importancia evidente de estas convenciones probatorias deriva de la circunstancia de tratarse de acuerdos por medio de los cuales las

partes logran sustraer del objeto de la prueba *en concreto* hechos que, de no mediar este acuerdo, tendrían que ser probados.

En consecuencia, la actividad del Juez de Garantía en torno a la fijación del objeto de la prueba se limita solamente a estampar en el auto de apertura del juicio oral, resolución que pone término a la audiencia de preparación del juicio oral, la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio, la demanda civil y los hechos que se dieren por acreditados a través de convenciones probatorias (artículo 277 letras b, c y d CPPCh).

Desde la perspectiva del objeto de la prueba en *abstracto* en el sistema chileno, conviene puntualizar lo siguiente:

a) El nuevo CPPCh, siguiendo en este punto a la legislación alemana<sup>267</sup>, establece el principio de *libertad de prueba*, al disponer en su artículo 295 lo siguiente:

“Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

b) Esta misma amplitud en materia de datos de hechos a probar permite afirmar que también pueden ser objeto de prueba aquellos hechos calificables de *secundarios* o indicios en tanto sean de utilidad a la adecuada solución del caso.

c) El objeto de la prueba también puede recaer sobre hechos destinados a esclarecer la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba rendida durante el juicio oral. En este caso, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal podrá autorizar, a petición de parte, la recepción de la

---

<sup>267</sup> Ver § 244, II StPO.

llamada “prueba sobre prueba”, aunque los medios probatorios que se utilicen con este fin no hubiesen sido ofrecidos oportunamente, a condición de que estas nuevas probanzas se limiten sólo a esclarecer los extremos apuntados y siempre que no hubiere sido posible prever antes su necesidad (artículo 336, inciso segundo CPPCh).

d) En Chile no existe una norma semejante al artículo 746.6 LECRIM, en tanto el inciso primero del artículo 336 CPPCh sólo faculta al TJOP para ordenar, a petición de parte, la recepción de pruebas no ofrecidas oportunamente, cuando se justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Entendemos que la norma, en caso alguno, autoriza para proponer pruebas sobre nuevos datos de hecho que ocasionen “alteraciones sustanciales en los juicios”, sino que se refiere al caso en que exista una fuente de prueba cuyo conocimiento afloró durante las sesiones del juicio, surgiendo la necesidad de proponer el respectivo medio de prueba en una oportunidad procesal distinta a los escritos fundamentales de acusación fiscal, acusación particular y defensa del acusado.

Pese a la falta de una norma como el artículo 746.6 LECRIM, es posible considerar que la estructura misma del nuevo sistema procesal penal chileno no da mucho lugar a que se produzcan estas “sorpresas fácticas” durante el curso del juicio oral, toda vez que, por una parte, es precisamente el Ministerio Público quien de manera exclusiva dirige la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado (artículos 83 CCh, 1 LOCMP Y 180 CPPCh), contando para ello con extensas facultades (artículos 180 y siguientes CPPCh) y, de otra, el imputado y demás intervinientes tienen amplio acceso a los registros y documentos de la investigación fiscal y policial, constituyendo el secreto

una medida excepcional y limitada que puede adoptar el Ministerio Público, la que en ningún caso podrá recaer sobre declaraciones o cualquier otra actuación del imputado o en la que este último hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir. De igual manera, este secreto tampoco podrá recaer sobre actuaciones en las que participare el tribunal o sobre informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor (artículo 182 CPPCh). Amén de ello, los debates que sobre la prueba se efectúan en la audiencia de preparación del juicio oral y la necesidad no sólo de individualizar en dicha oportunidad los testigos que serán presentados a deponer en el juicio oral, sino también los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones, son todas disposiciones que intentan impedir al máximo sorpresas fácticas en el curso del juicio y que velan por la transparencia, lealtad procesal y *flair play* entre las partes (artículos 259 a 280 CPPCh).

En torno a la fijación del tema de la prueba u objeto de la prueba en sentido *concreto* en el sistema chileno, cabe efectuar las siguientes observaciones:

a) Si bien las partes acusadoras y acusadas fijan el tema de la prueba en sus escritos fundamentales de acusación o defensa, el término limitador con que se encuentra viene dado por los hechos y sujetos que fueron objeto de la formalización de la investigación. Dicha formalización, tal como señala el artículo 229 del CPPCh, consiste en:

“[L]a comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”.

En efecto, el inciso final del artículo 259 CPPCh que, como hemos visto, regula el contenido de la acusación fiscal, impone que la

acusación sólo puede referirse a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica. Por su parte, el artículo 261 del mismo cuerpo legal indica que en la acusación particular el querellante podrá “ampliar la acusación fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación”.

b) Por otra parte, del tenor de los artículos 275, 276 y 295 CPPCh, podemos afirmar que, desde el punto de vista del objeto de prueba en concreto, la actividad probatoria ha de recaer sólo sobre hechos que sean relevantes o pertinentes, controvertidos y no públicos y notorios.

Si bien es cierto el límite entre la relevancia y la irrelevancia suele ser algo difuso, sobre todo a la luz de los relatos que las fuentes de pruebas personales, especialmente testigos, suelen hacer de los hechos observados, hemos de coincidir con Roxin en señalar que serán relevantes a efectos de la prueba penal todas aquellas circunstancias que fundamentan por sí mismas la punibilidad o la excluyen<sup>268</sup> o, como lo señala López Masle, todos aquellos hechos que permitan acreditar o excluir, individualmente o en conjunto, la concurrencia de uno o más hechos que integran la hipótesis legalmente normada en la ley penal sustantiva, ya sea en orden a la concurrencia del delito mismo, a la participación punible del acusado y a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal<sup>269</sup>.

En lo relativo a la controversia, el sistema de las convenciones probatorias que contempla el nuevo CPPCh no puede sino catalogarse de

---

<sup>268</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 186.

<sup>269</sup> Cfr. LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit, págs. 132-33.

novedoso en el ámbito del proceso penal, poniendo término en Chile a uno de los principales argumentos doctrinales y legales que permitían diferenciar la prueba penal de la civil. De acuerdo a este nuevo sistema instaurado, será controvertida toda afirmación sobre datos fácticos que no haya sido objeto de una convención probatoria. Más adelante revisaremos los alcances, efectos y posibles limitaciones que admiten estas convenciones, por lo que aquí tan sólo dejemos sentado que en Chile una de las vías posibles de que un hecho pertinente y relevante no requiera prueba para su acreditación vendrá dada por la circunstancia de haber sido materia de una convención probatoria conforme al artículo 275 CPPCh.

La otra vía de exención de prueba de un hecho pertinente que no haya sido objeto de convención probatoria es la notoriedad de tal hecho, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 276 CPPCh, tema que trataremos a continuación.

#### **4. Datos que pueden encontrarse exentos de prueba**

##### **A) Hechos notorios**

Si bien la afirmación que se realiza en juicio por alguna de las partes en orden a la existencia de un hecho notorio constituye objeto de la prueba en sentido abstracto, desde antiguo se ha señalado que, desde la perspectiva del objeto de la prueba en concreto, *notoria non eget probatione*, o sea, lo notorio no necesita prueba. Creemos, sin embargo, que para adherirse a esta máxima resulta necesario realizar previamente un breve análisis acerca de la debatida noción del hecho notorio y, en especial, procurar responder a la interrogante de si es realmente inadmisibles la prueba respecto de esta clase de hechos.

Dejando a un lado el debate acerca de sus posibles orígenes históricos, dentro de los cuales se apunta el Derecho romano<sup>270</sup>, Derecho Intermedio<sup>271</sup> y, pasando por la obra de los glosadores<sup>272</sup>, el Derecho Canónico<sup>273</sup>, el debate es aún mayor a la hora de definir lo que se entiende por hecho notorio.

En esta materia es imposible no citar la clásica definición de Calamandrei, según el cual los hechos notorios son “aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en el cual sucede la decisión”<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> En este sentido, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 214, citando Institutas, Testibus, capítulo 3º.

<sup>271</sup> Cfr. DOSI, Ettore, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, Università de Parma, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 1957, pág. 15 y nota 32, citando a MASCARDUS, Conclusiones probationum omnium ecc., Conclusio DCCCCXLIX n. 9: “Iudex in notoriis potest secundum summa conscientiam iudicare”.

<sup>272</sup> De acuerdo a esta opinión, la máxima “manifesta non indigent demonstratione vel probatione” (“las cosas manifiestas no necesitan demostración o prueba”) tiene su origen en glosas de ACCURSIO, Glosa Ordinaria ad Infortiatum, glosa demonstratae ad. D. 33.4.1.8., pág. 775 y la máxima “notorium est quod probatione non indiget” (“es notorio lo que no necesita de prueba”) tendría también su origen en las glosas de ACCURSIO, Glosa Ordinaria ad Digestum Vetus, glosa quia manifestum fuit, ad. D. 19.1.11.12, pág. 1.223. Cfr. DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz, *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, núm. 363, pág. 81.

<sup>273</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione del fatto notorio”, en *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani Già “Litotipo”, 1930 (Versión española: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1961), nota núm. 1, pág. 289; y CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio”, en *Justicia*, núm. 3, 1991, pág. 567.

<sup>274</sup> Otra definición es la elaborada por Carnelutti en su *Progetto di Codice di Procedura Civile*, en cuyo artículo 297 se señala que “se reputan públicamente notorios aquellos hechos, cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar en el cual acontece la decisión”. Ambas definiciones, en CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione del fatto notorio”, en *Studi sul processo civile*, vol. II, cit., págs. 314 y 291, respectivamente. (Traducción propia).

Procurando encontrar un concepto más moderno y realista de hecho notorio, descartamos aquellas definiciones que señalan que hecho notorio es aquel que no requiere prueba en el proceso por constituir una irremediable tautología ya denunciada por Stein y Calamandrei<sup>275</sup>, debiendo centrarnos, en cambio, en la búsqueda de una definición más substancial, que no sólo apunte a los efectos procesales del hecho notorio y al tratamiento que debe dársele en el proceso.

Desde esta perspectiva substancial, clásicamente se ha señalado que lo que realmente define la notoriedad es el *carácter de pacífica y desinteresada certeza* que el conocimiento del hecho notorio tiene ya dentro del círculo social del cual es patrimonio común tratándose, en consecuencia, de hechos cuya verdad ha sido afirmada como indiscutible por una determinada colectividad *antes y fuera del proceso* y con total independencia de la previsión de las eventuales consecuencias jurídicas de aquel hecho sobre el proceso, lo que hace evidente que esta afirmación se presente al juez ya *depurada* de toda sospecha de error, parcialidad o mentira y, por tanto, con un carácter de desinteresada objetividad, que las afirmaciones de los testigos jamás presentan *a priori*<sup>276</sup>. En este sentido debe entenderse que el control y crítica de los hechos notorios han sido ya completadas por la sociedad toda antes y fuera del proceso, siendo esta depuración previa y externa al proceso lo que posibilita y autoriza al

---

<sup>275</sup> Cfr. STEIN, Friedrich, *El conocimiento...*, cit., págs. 172-173; y CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione...”, en *Studi...*, vol. II, cit., pág. 296. En idéntico sentido, FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, vol. I, cit., pág. 598.

<sup>276</sup> Descartándose como elementos definitorios del hecho notorio la cantidad de personas que lo conozcan, la efectividad de ese conocimiento por parte de todos o de la mayoría de los componentes de ese círculo y la relación o percepción individual que estas personas tengan o hayan tenido con el hecho al momento en que éste se produjo. Cfr. CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione...”, en *Studi...*, vol. II, cit., págs. 311-14. (Traducción propia).



juez a utilizar el hecho notorio en la sentencia sin necesidad de efectuar sobre él su propio control y crítica<sup>277</sup>.

Dos argumentos más sustentan la falta de necesidad de prueba de los hechos notorios. De una parte, la economía procesal<sup>278</sup>, en tanto, tal como lo advierte Calamandrei, el exigir para los hechos notorios la actividad probatoria “no aumentaría en lo más mínimo el grado de convicción que el juez y las partes deben tener de su verdad”<sup>279</sup>. Y, de otra, la naturaleza misma de tales hechos: si la prueba en definitiva tiene la finalidad de volver notorio aquello que es ignorado, el hecho notorio, por ser ya notorio, se considera ya probado, y por tanto puede ser utilizado como fuente de convencimiento<sup>280</sup>.

Cabañas García, sintetizando la doctrina sobre el tema, señala como características de los hechos notorios las siguientes: a) que se trate de acontecimientos históricos concretos, perfectamente singularizables de otros, para así no confundirlos con las máximas de experiencia comunes; b) que sean conocidos en principio por todos los sujetos que intervienen en la relación procesal<sup>281</sup>; c) como consecuencia de lo anterior y del

---

<sup>277</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione...”, en *Studi...*, vol. II, cit., págs 298-99, 302 y 310-11; y STEIN, Friedrich, *El conocimiento...*, cit., págs. 178-79. A esta crítica social se refiere también BELING, Ernst, pero denominándola “control público”, cfr., *Derecho procesal penal*, trad. cast. y notas de Miguel Fenech, Barcelona, Ed. Labor, 1943, pág. 216.

<sup>278</sup> En este sentido, CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio”, en *Justicia*, cit., pág. 568.

<sup>279</sup> CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione...”, en *Studi...*, vol. II, cit., pág. 293. (Traducción propia).

<sup>280</sup> DOSI, Ettore, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit., págs. 19-20. (Traducción propia).

<sup>281</sup> En concordancia con esta características, BONET NAVARRO, José, ha señalado que no es necesario que la notoriedad sea universal, pudiendo tener ámbitos territoriales inferiores, incluso regionales o locales; ni tampoco requiere ser conocida

previo proceso de crítica colectiva del hecho notorio, tales hechos también se caracterizan por la fungibilidad de la fuente de información, la cual se funde entre los restantes miembros de la colectividad; y d) el carácter de “esencial objetividad” que deben poseer estos hechos, lo que excluye los “juicios subjetivos” como manifestación de la notoriedad<sup>282</sup>.

Con base en estas características y en el análisis desde una perspectiva moderna y realista de las dimensiones espacio-temporales que debe abarcar un hecho para considerarse notorio y centrándose en la figura del juez que es quien, en definitiva, debe conocer y juzgar la notoriedad del hecho, el mismo autor citado precedentemente reformula en términos globales el concepto de esta clase de hecho, señalando que se considera tal “aquel dato de hecho aceptado como verdadero por los magistrados del *último grado de la jurisdicción* en la que cabe se discuta el asunto, por ser conocido a la mayoría de los habitantes de la circunscripción judicial de dicho Tribunal, de los cuales el magistrado se provee de información, caso de no conocerlo”<sup>283</sup>.

La doctrina es abrumadoramente mayoritaria al señalar que los hechos notorios pueden ser considerados como verdaderos por el juez e

---

por *todas las personas*, bastando con que se considere de conocimiento general o de quienes posean una cultura media, “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil”, en *Diario La Ley*, cit., pág. 5 (versión electrónica).

<sup>282</sup> Cfr. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Premisas...”, en *Justicia*, cit., págs. 570-72. En este sentido BONET NAVARRO, José, considera que podría defenderse que el ámbito de los hechos conocidos por la generalidad de las personas de cultura media se integrara por todo aquello que forma parte de los programas de estudios primarios y secundarios impartidos en España, “Algunos problemas...”, en *Diario La Ley*, pág. 6 (versión electrónica).

<sup>283</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Premisas...”, en *Justicia*, cit., pág. 586. (La cursiva es del autor). No obstante, para la acabada comprensión del citado concepto, se recomienda la lectura íntegra del referido artículo.

incluidos en su decisión sin necesidad de prueba, constituyendo una excepción al deber del juez de juzgar según lo probado<sup>284</sup>.

Sin embargo, a efectos de la presunción de inocencia como regla probatoria, dos son las cuestiones que centran nuestra atención: la alegación de los hechos notorios en general y la eventual admisibilidad de prueba en su contra.

En España, a diferencia de lo que acontece en el ámbito civil<sup>285</sup>, la

---

<sup>284</sup> BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 216; ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., pág. 218; y ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., págs. 187-188.

En Italia, entre otros, CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho procesal civil*, T. II, trad. cast. José Casais y Santaló, con notas de Alfredo Salvador, Madrid, Reus, S.A., 2000 (*Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1923), pág. 195; CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., nota 19, pág. 16; MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, cit., págs. 116-117; DOSI, Ettore, *Sul principio...*, cit., págs. 18-20; LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 1995, pág. 179; y SIRACUSANO, Delfino, “La prova penale”, en *Elementi di Diritto processuale penale*, con TRANCHITA, Giovanni y ZAPALA, Enzo, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pág. 93.

En España, entre muchos otros, ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3ª ed., cit., pág. 289; ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, con GUASP, Jaime, T. I, 7ª ed., cit., pág. 383; FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, vol. I, cit., pág. 599; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 57; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., pág. 534; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Dir. ALBALADEJO, Manuel, T. XVI, vol. 2º, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 32; MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria*, cit., pág. 37; y GIMENO SENDRA, Vicente, “Los actos de prueba”, en *Derecho procesal civil*, con MORENILLA ALLARD, Pablo, cit., pág. 400.

En Iberoamérica y Chile, COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., págs. 191-194; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 219; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “La audiencia de preparación del juicio oral”, en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, núm. 20, 2005, págs. 373-374; y LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit, págs. 137-38.

En sentido contrario, es decir, en el sentido de que los hechos notorios sí requieren prueba se pronuncia: CARRARA, Francesco, *Programa...*, vol. II, cit., § 833, nota 1, págs. 290-291; y, con algunas salvedades, MANZINI, Vincenzo, *Tratado...*, T. III, cit., pág. 207.

<sup>285</sup> El art. 281.4 LEC señala: “No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”.

LECRIM guarda silencio acerca de la notoriedad y la jurisprudencia, salvo algunas excepciones, considera que los hechos notorios deben sujetarse a prueba, no obstante que la mayor parte de la doctrina española, a la que ya hemos aludido, estima que esta categoría de hechos no deben probarse<sup>286</sup>. Pese a ello se puede considerar que la vía de entrada de la exención de prueba de la notoriedad en el proceso penal estaría constituida por los artículos 659 y 791.1 LECRIM, en razón de que la notoriedad puede quedar incorporada dentro del concepto jurídico de “impertinencia”, puesto que mediante este concepto se valoran diversas materias, entre las cuales es perfectamente posible incluir la proposición de prueba sobre hechos exentos de ella, cual es el caso de los notorios<sup>287</sup>. Otra vía posible, pero que no ha sido recogida por la jurisprudencia, sería aplicar derechamente el artículo 281.4 LEC al proceso penal en virtud de su carácter de norma supletoria dispuesta por el artículo 4 de la misma ley.

Por su parte, en Chile, siguiendo a la legislación alemana<sup>288</sup>, la exención de prueba de la notoriedad se encuentra contemplada expresamente en el inciso primero del artículo 276 CPPCh<sup>289</sup>. Creemos

---

<sup>286</sup> Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal*, cit., pág. 437.

<sup>287</sup> En este sentido, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. Lectura constitucional*, 3ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1993, nota núm. 72, págs. 362-363; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba...*, cit., págs. 39-40.

<sup>288</sup> Ver § 244, III, 2, primera alternativa, StPO.

<sup>289</sup> Llama la atención que el legislador chileno se refiera a hechos “públicos y notorios”, como si se tratase de dos requisitos distintos y copulativos dada la utilización de la conjunción “y”. Es evidente que el hecho notorio es público. Es más, cuando el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la voz “público” lo hace como “Notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos” y la voz “notorio” como “público y sabido por todos”. En consecuencia, creemos que en este punto el CPPCh es redundante. Sin embargo, la introducción del apelativo de “público” que efectúa el CPPCh puede inducir a confusiones en torno a otro tema totalmente diverso, a saber: la

que incluso si esta disposición no existiera, el mecanismo de las convenciones probatorias podría constituir una vía indirecta de exclusión de prueba de los hechos notorios, siempre que en ello estuviesen de acuerdo el fiscal, querellante particular e imputado (275 CPPCh).

Ahora bien, que el hecho notorio esté exento de prueba creemos que no significa que también lo está de ser debidamente alegado por las partes e incorporado al debate como garantía del contradictorio, del derecho de defensa y del principio de correlación entre la acusación y la sentencia. En el caso chileno, entendemos que esta opinión se refuerza a la luz de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 342, letra c) CPPCh que exige, dentro de las menciones de la sentencia definitiva y en lo pertinente, la exposición clara, lógica y completa de *cada uno de los hechos* y circunstancias que se dieron por probados.

En cuanto a la amplitud de la exclusión de prueba sobre el hecho notorio, se considera que la misma no sólo abarca la notoriedad del hecho afirmado, sino también la notoriedad de la afirmación contraria<sup>290</sup>, es decir, no sólo se encuentra exenta de prueba la afirmación “Santiago es la capital de Chile”, sino que tampoco requerirá prueba la afirmación “Santiago no es la capital de Chile”. Lo anterior, porque todo hecho notorio tiene una doble faz: positiva y negativa, en tanto no es posible conocer uno sin el otro y, más aún, la existencia del hecho notorio negativo es sólo una consecuencia de la existencia y entidad del positivo,

---

fama pública o rumor, que nada tienen que ver con la teoría del hecho notorio y que, desde luego, requieren de actividad probatoria para su acreditación.

<sup>290</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 187.

puesto que precisamente es falso aquello que es contrario a lo que existe<sup>291</sup>.

En cuanto a la posibilidad de contraprueba, lo cierto es que afirmar que estos hechos no necesitan prueba no significa que no pueden ser objeto de la misma siendo, en todo caso, admisible la contraprueba dirigida tanto a demostrar que el hecho no posee el carácter de notorio cuanto a demostrar derechamente que tal hecho en sí no es cierto, que no existe<sup>292</sup>. En relación a la prueba del carácter no notorio del hecho, la misma resulta admisible por una razón de lógica elemental: si se prueba que el hecho no es notorio, el hecho perdería su condición de tal y, por tanto, tendría que ser objeto de prueba<sup>293</sup>. Pero, además, porque es consubstancial al derecho de defensa la posibilidad de controlar la veracidad del hecho notorio, el cual, antes de que actúe la cosa juzgada tornándolo inamovible, sólo puede considerarse jurídicamente como una *verdad interina procesal*, por lo que a su respecto sólo puede afirmarse legítimamente su conocimiento general, no así el estado de certeza sobre su veracidad<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> Cfr. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Premisas...”, en *Justicia*, cit., págs. 569-70.

<sup>292</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, Cap. 14, en *Derecho procesal civil*, 10ª ed., cit., pág. 356. Previamente, en sentido similar se pronuncian FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas...*, T. I, cit., págs. 134-138; y JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho...*, vol. I, cit., pág. 406.

<sup>293</sup> Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “De la prueba...”, en *El nuevo proceso...*, cit., págs. 155-56.

<sup>294</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Premisas...”, en *Justicia*, cit., pág. 575. Para Roxin, tratándose de hechos notorios, la práctica de una contraprueba no es absolutamente imposible, no siendo suficiente, en todo caso, la mera afirmación de que el hecho no es notorio para obligar a la recepción de la prueba. Antes bien, es necesario presentar circunstancias nuevas y no conocidas hasta ahora que tengan la virtualidad de, al menos, despertar dudas razonables acerca de la verdad del hecho considerado verídico en un primer momento por el Tribunal en razón de su notoriedad o aceptación

Finalmente, es importante recordar las advertencias de dos grandes juristas. En primer término, Stein suplicaba a sus lectores no imaginar como ejemplos de notoriedad hechos tales como “la batalla de Zama, la muerte de Carlomagno o el descubrimiento de América”, por cuanto — con razón advertía el autor — esos son hechos notorios con los cuales nunca nos encontraremos en un juicio, siendo mucho más sencilla y modesta la índole de hechos notorios con que los tribunales se topan a diario en los procesos penales<sup>295</sup>. Y, en segundo lugar, Chiovenda nos previene en orden a que “raramente ocurrirá que estos hechos tengan importancia directa en el pleito, como hechos jurídicos”<sup>296</sup>.

Ambas advertencias se pueden claramente comprobar a la luz de la jurisprudencia chilena en la cual, con algunas confusiones que se apuntan a pie de pagina, se han considerado “hechos notorios”: en un caso de homicidio simple “que el acontecimiento, materia de esta causa, se desarrolló dentro de una zona sureña cordillerana durante el mes de mayo, siendo de conocimiento público y notorio que corresponde a uno de los meses más lluviosos del año en esa región”<sup>297</sup>; en delito de receptación se rebaja la pena pecuniaria al mínimo para el acusado por considerarse que “es un hecho público y notorio que se trata de un indigente, que cuida automóviles y pide limosnas”<sup>298</sup>; en delito de lesiones graves, para justificar la falta de coincidencia de las

---

general. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 188. Siguiendo a Roxin, en sentido similar se pronuncia en Chile LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit, pág. 138.

<sup>295</sup> Cfr. STEIN, Friedrich, *El conocimiento...*, cit., págs. 168-69.

<sup>296</sup> CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 195

<sup>297</sup> STJOP de Villarrica, 15 junio 2002, Cdo. 8º, RIT N° 5-2002. Con todo, en nuestra opinión confunde el Tribunal sentenciador en este caso al hecho notorio con una máxima de experiencia común.

<sup>298</sup> SJG de Pucón, 6 junio 2003, Cdo. 5º, RIT N° 0200090465-4.

descripciones de los testigos de los rasgos físicos y vestimentas de los involucrados, se alegó la oscuridad reinante en el sitio del suceso, considerando la sentencia que los hechos se desarrollaron el 5 de junio de 2003 a las 07:10 AM, siendo un hecho público y notorio que “se trataba de una fecha en que, por razones invernales, se oscurece más temprano y amanece más tarde”<sup>299</sup>; en robo con fuerza en lugar destinado a la habitación se estimó que el inmueble en que se produjo el delito reunía tal calidad “en razón de situarse éste en el casco urbano de Villarrica en pleno centro, colindante con la comisaría de Carabineros y a escasos metros de la Plaza de Armas de esta ciudad, lo que además constituye un hecho notorio y público”<sup>300</sup>.

## **B) Máximas de experiencia**

Otro de los datos que pueden estar exentos de prueba son las llamadas máximas de experiencia, clásicamente definidas 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 independiente de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> STJOP de Coyhaique, 10 diciembre 2005, Cdo. 10º, RIT N° 34-A-2004. Nuevamente se detecta la confusión entre hecho notorio y máxima de experiencia común.

<sup>300</sup> STJOP de Villarrica, 22 diciembre 2001, Cdo. 6º, RIT N° 4-2001.

<sup>301</sup> STEIN, Friedrich, *El conocimiento...*, cit., pág. 27. Cabe destacar que en España Fairén Guillén califica a las máximas de experiencia como “una categoría, basada en hechos, que se halla entre éstos y la «norma jurídica», siendo a nuestro entender, «normas no jurídicas»”. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina...*, cit., pág. 440.



Para Taruffo, sin embargo, el concepto de máxima de experiencia no coincide con el concepto de sentido común o de cultura media, sino que es mucho más limitado, pudiendo más bien construirse a partir de dos características esenciales de las máximas de experiencia. La primera de ellas está constituida por el hecho de tratarse precisamente de *máximas*, y por esta razón enunciadas en la forma de “reglas”, o sea con proposiciones de naturaleza tendencialmente general. La segunda característica deviene del hecho de que las máximas de experiencia se refieren tendencialmente a una pluralidad de hechos o de comportamientos, cuyo conocimiento se supone derivado de la experiencia de estos hechos o comportamientos, y enuncian aquello que parece ser una regularidad en la verificación de los mismos<sup>302</sup>.

A lo anterior hemos de añadir que las máximas de experiencia ciertamente no constituyen hechos concretos perceptibles por los sentidos tratándose más bien de reglas o conceptos abstractos y generales, de naturaleza muy variada pero siempre no jurídica que, no obstante, resultan relevantes para la aplicación de las normas jurídicas en tanto entran en estas últimas *como si* fueran supuestos de hecho<sup>303</sup>.

En cuanto a las funciones que desarrollan las máximas de experiencia en el proceso, tradicionalmente se ha señalado que son básicamente dos: a) actuar como fuentes de convencimiento; y b) servir

---

<sup>302</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, núm. 2, 2009, pág. 553. (Traducción propia).

<sup>303</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., pág. 358; y MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 262.

para la valoración de dichas fuentes de convencimiento<sup>304</sup>. A estas funciones se han añadido otras, señalándose que las máximas de experiencia también sirven en el proceso para: verificar la concurrencia en el caso concreto de los conceptos jurídicos indeterminados que formen parte de la norma jurídica que deba ser aplicada; interpretar contratos que incorporan conceptos técnicos de alguna ciencia o arte que requieran de alguna máxima de experiencia para determinar la voluntad de las partes; construir presunciones judiciales; determinar la imposibilidad de un hecho o para rechazar una prueba como inútil por conducir a un imposible<sup>305</sup>. Para Taruffo las máximas de experiencia, además de cumplir en el proceso la labor de auxiliar al juez en la interpretación de las normas jurídicas, en el ámbito del razonamiento sobre los hechos de la causa cumplen, adicionalmente, con tres funciones principales: a) la función *heurística*, en cuanto representan un instrumento a partir del cual se pueden formular hipótesis en torno a los hechos de la causa; b) función *epistémica*, en cuanto representan instrumentos de los cuales se sirve el juez para construir presunciones judiciales o inferencias relativas a la verdad o falsedad del enunciado relativo al “hecho ignorado” del cual debe comprobar su existencia; y c) función *justificativa*, en cuanto actúan como instrumentos que sirven al juez para construir las argumentaciones

---

<sup>304</sup> Cfr. DOSI, Ettore, *Sul principio...*, cit., pág. 22. En idéntico sentido, véase ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., pág. 211; y en España, ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones...*, cit., pág. 290. En sentido semejante MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 262.

<sup>305</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., pág. 358; y MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 262. Previamente, STEIN, Friedrich, *El conocimiento...*, cit., págs. 41-58.

que están destinadas a representar la justificación externa de la premisa de hecho de la decisión<sup>306</sup>.

Los conceptos que integran las máximas de experiencia pueden clasificarse en comunes o especializados, clasificación que cobra importancia para resolver el problema de la necesidad o no de la prueba y de la alegación o incorporación al debate de las máximas de experiencia.

En lo que respecta a la necesidad de prueba, las máximas de experiencia comunes son aquellas que integran el patrimonio cultural medio de una sociedad determinada en el tiempo en que se adopta la decisión y, por tanto, forman también parte de los conocimientos propios de una persona del nivel cultural del juez, de lo que se sigue que no se encuentran necesitadas de prueba en razón de que — al derivar precisamente de la experiencia — se consideran ya *probadas* antes y fuera del proceso. Por su parte, las máximas de experiencia especializadas, que son las referidas a alguna ciencia o arte, requerirán prueba en tanto el juez no tendrá conocimiento de las mismas, debiendo procurárselo principalmente a través de la prueba pericial, aunque no se descarta la posibilidad de que el juez pueda y deba procurarse su conocimiento a través de su propia ciencia privada o alguna investigación de oficio<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, cit., págs. 560-66. (Traducción propia).

<sup>307</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., pág. 358. En el mismo sentido, entre otros, véase BELING, Ernst, *Derecho...*, cit., pág. 211; ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., págs. 211-12; y DÖHRING, Erich, *La prueba*, cit., pág. 13. En Italia, entre otros, CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione...”, en *Studi...*, vol. II, cit., págs. 311 y 315-16; FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho procesal penal*, cit., pág. 311 y en *De las pruebas...*, T. I, cit., pág. 113; y DOSI, Ettore, *Sul principio...*, cit., págs. 22-23. En España, por todos,

Se puede coincidir en que en este último caso de lo que se trata en el fondo es de probar el hecho de si existe esa regla de experiencia en una forma determinada o si “hay un sustrato fáctico suficiente para aceptar la regla en cuestión”<sup>308</sup> pero no la regla misma en tanto ella no constituye un hecho que pueda ser percibido<sup>309</sup>. Creemos que lo mismo puede predicarse de la eventual contraprueba de una supuesta máxima de experiencia común, pudiendo precisamente dirigirse la actividad probatoria a demostrar la inexistencia del sustrato fáctico y el carácter general que debe poseer toda máxima de experiencia, posibilidad que, entendemos, no se encuentra prohibida.

En cuanto a su alegación, se estima que especialmente las máximas de experiencia que actúan como fuente del convencimiento, deben ser alegadas y así incorporadas al proceso; mientras que las que sólo entran en consideración a los fines de la valoración de las fuentes no requieren ser enunciadas e incorporadas<sup>310</sup>.

Sin pretender extendernos sobre el punto por exceder los fines del presente apartado, lo cierto es que no podemos sino coincidir con Taruffo en orden a que el fundamento cognoscitivo de las máximas de experiencia y, en consecuencia, su necesidad de prueba, debe en realidad y en último término depender de la validez y *atendibilidad* de la

---

SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 58; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones...*, cit., pág. 290; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina...*, cit., págs. 438-440; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., pág. 532-40; GIMENO SENDRA, Vicente, “Los actos...”, en *Derecho...*, con MORENILLA ALLARD, Pablo, cit., pág.401; y MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 262.

<sup>308</sup> DÖHRING, Erich, *La prueba*, cit., pág. 13.

<sup>309</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., págs. 102-103.

<sup>310</sup> Cfr. DOSI, Ettore, *Sul principio...*, cit., pág. 23. (Traducción propia).

generalización que ellas expresan, constituyendo el principal problema de las máximas de experiencia utilizadas en el proceso el no corresponder a leyes naturales, científicas o lógicas de validez general o de frecuencia estadística contralada y verificada, sino más bien tratarse de generalizaciones incompletas, nociones derivadas de la habitualidad, de lo que comúnmente acontece o simples extrapolaciones desde la experiencia personal, de ahí que lo relevante en definitiva resulte ser su correcto y racional empleo por parte del juez<sup>311</sup>.

### **C) Datos de Derecho escrito o consuetudinario**

Con relación a este tema hemos de aplicar al ámbito del procedimiento penal la norma del artículo 281.2 LEC, dado su carácter supletorio establecido por el artículo 4 del mismo cuerpo legal.

Conforme a la referida norma la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes están conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectan al orden público; mientras que el derecho extranjero deberá ser probado en lo relativo a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Las indicadas reglas no hacen sino recoger el consenso doctrinal preexistente en torno a considerar que la regla general es que las normas de derecho no son objeto de prueba en virtud del principio de *iura novit curia*, pudiendo llegar a serlo sólo excepcionalmente el derecho

---

<sup>311</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, “Considerazioni...”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, cit., págs. 566-69; y, el mismo autor previamente, en “Libero convincimento del giudice”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVIII, T. 2, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1990, págs. 3-4.

consuetudinario, extranjero, antiguo o estatutario<sup>312</sup> y de que, cuando se habla de la prueba del derecho consuetudinario o extranjero, lo que en realidad se prueba es la existencia y contenido de esa norma o el hecho de su vigor en un determinado territorio y no la norma misma<sup>313</sup>.

Las razones que sustentan esta normativa derivan, por una parte, de la circunstancia de la dificultad que representa para el juez cumplir en estos casos con las exigencias del *iura novit curia*, dadas las especiales características de estas normas consuetudinarias, históricas, estatutarias o extranjeras<sup>314</sup>. Y, de otra, de la circunstancia de que tanto la existencia como la validez y alcance de la norma legal o consuetudinaria constituyen hechos, por lo que “es perfectamente posible la prueba de la afirmación de tales hechos”<sup>315</sup>. De ahí que se sostenga que, dado que el

---

<sup>312</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., págs. 356-57. En el mismo sentido, previamente, CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 299; FLORIÁN, Eugenio, *Elementos...*, cit., pág. 312 y en *De las pruebas...*, T. I, cit., págs. 114 y 132; ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., págs. 213-14; COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., págs. 182-3. En España, entre otros, SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., págs. 62-63; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones...*, cit., pág. 290; ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, con GUASP, Jaime, T. I, 7ª ed., cit., págs. 383-84; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., pág. 38; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., pág. 532; MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., págs. 260-61; y GIMENO SENDRA, Vicente, “Los actos...”, en *Derecho...*, con MORENILLA ALLARD, Pablo, cit., págs. 403-408.

<sup>313</sup> En este sentido, entre otros, FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas...*, T. I, cit., págs. 114 y 117; FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, vol. I, cit., págs. 590-91; DÓHRING, Erich, *La prueba*, cit., pág. 13; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 182; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., pág. 357.

<sup>314</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., pág. 356.

<sup>315</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., pág. 38. En sentido semejante RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., pág. 533.

artículo 281.2 LEC sólo dispone que la prueba de la costumbre *no será necesaria* cuando sobre la misma exista conformidad entre las partes, parece razonable mantener márgenes de discrecionalidad judicial en la materia de modo que, en el caso de que la costumbre sea conocida por el juez éste pueda no admitir su prueba por innecesaria y, del mismo modo, que no quede vinculado por la conformidad de las partes, en tanto resulta intolerable que la mera admisión o conformidad de las partes aboque al juez a la aplicación de una costumbre inexistente<sup>316</sup>.

El artículo 281.2 LEC señala que, al menos en materia de prueba del derecho extranjero, el tribunal puede valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. En tal sentido la doctrina previamente ya había concordado en que para procurar al juez el conocimiento de esta clase de normas se debía admitir: a) una investigación de oficio por parte del juez, que le permita recurrir a libros, boletines oficiales, o a cualquier medio de averiguación que le parezca conveniente<sup>317</sup>; b) la aplicación del conocimiento privado del juzgador<sup>318</sup>, en tanto al juez le está permitido aplicar una norma “no comprendida en el *iura novit curia* si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados”<sup>319</sup>; y c) una suerte de actividad probatoria que Carnelutti caracterizó como un mecanismo procesal cuya semejanza con el

---

<sup>316</sup> Cfr. BONET NAVARRO, José, “Algunos problemas...”, en *Diario La Ley*, pág. 7 (versión electrónica).

<sup>317</sup> En este sentido, entre otros, ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., págs. 212-13; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 63; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., págs. 532-33; ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, con GUASP, Jaime, T. I, 7ª ed., cit., pág. 384; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., pág. 38; y MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 261.

<sup>318</sup> CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 299.

<sup>319</sup> MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 261. (La cursiva es del autor).

verdadero mecanismo probatorio es más aparente que real, en tanto aquél se regiría por normas y reglas distintas de las que rigen los procedimientos probatorios<sup>320</sup>. Entre las diferencias apuntadas por la doctrina se cuenta el hecho de que en la prueba de las normas jurídicas no rige el principio de aportación de partes y ello porque la búsqueda de las normas le compete prioritariamente al juez mediante una actividad o investigación de oficio<sup>321</sup>. Es por esta razón que coincidimos con buena parte de la doctrina en esta materia en afirmar que es preferible hablar más bien de una actividad de colaboración o asistencia de las partes hacia el juez en orden a procurarle el conocimiento de aquellas normas cuya existencia, contenido y vigencia le son desconocidos<sup>322</sup>.

## V. FIN Y RESULTADO DE LA PRUEBA

### 1. El fin de la prueba en la doctrina

Como primera aproximación podemos decir que el fin de la prueba se encuentra constituido por el objetivo o meta final que persigue la actividad probatoria en juicio, mientras que el resultado de la prueba, tal como lo define Carnelutti, es “*lo que se logra realizar del fin con los medios disponibles*”<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., nota 66, pág. 43 y págs. 6-7.

<sup>321</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., pág. 38. En sentido semejante, ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., págs. 213-14.

<sup>322</sup> En este sentido, entre otros, MICHELI, Gian Antonio, *La carga...*, cit., pág. 125; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 63; SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., pág. 13 y nota núm. 9 de la pág. 13; y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., pág. 533.

<sup>323</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Pruebas civiles y pruebas penales”, en *Estudios de Derecho procesal*, vol. II, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952 (*Studi di diritto processuale*, vol. I a IV, Padova, CEDAM, 1925-1939), pág. 114. (La cursiva es del autor).



Sobre este tema la doctrina ha reflexionado desde antiguo, siendo tal la abundancia y profundidad del debate que la bibliografía pertinente se ha transformado en prácticamente inabarcable. Con todo, es posible efectuar una sistematización de las diversas y más representativas opiniones que se han vertido sobre la materia a través del estudio de las teorías sobre el fin de la prueba, todas las cuales han sido formuladas bajo el influjo de factores temporales, culturales y técnico-jurídicos relativos a los ordenamientos jurídicos que han tenido en vista sus autores para elaborarlas.

Generalmente se señalan tres teorías acerca del fin de la prueba: a) búsqueda de la verdad, b) fijación formal de los hechos, y c) convicción judicial. Con todo, algunos autores, según veremos, postulan una cuarta teoría denominada ecléctica, conforme a la cual la finalidad de la prueba puede ser la fijación formal de los hechos o el logro de la convicción judicial según los casos; mientras que otros, como Taruffo, reducen la materia a dos tipos de fines de la prueba que se basan en dos concepciones distintas de la misma, a saber: la prueba como instrumento de conocimiento, cuya finalidad es la búsqueda de la verdad y la prueba como instrumento de persuasión, cuya finalidad es persuadir al juez para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico<sup>324</sup>.

El asunto no deja de tener relevancia práctica puesto que normalmente quienes tanto en la doctrina de los autores como de la jurisprudencia han defendido o defienden la tesis de que el fin de la prueba es la búsqueda de la “verdad material” han postulado o postulan, a

---

<sup>324</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003, págs. 177-78.

su vez, que es el logro de esa “verdad material” lo que justificaría en el proceso penal que la sentencia definitiva se funde también en los actos de investigación, tema sobre el que volveremos pero que, dejemos apuntado desde ya, constituye uno de los elementos determinantes de la vulneración de la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

Procederemos a continuación a pasar revista a estas teorías advirtiendo que lo hacemos a modo ilustrativo, sin pretensiones de exhaustividad, por escapar la materia al objeto central de nuestro trabajo.

#### **A) La prueba como instrumento para establecer la verdad de un hecho**

De acuerdo a esta teoría la finalidad de la prueba es la averiguación o la búsqueda de la verdad acerca de los hechos objeto del proceso, en términos de aclarar si un determinado suceso se ha producido realmente y, en su caso, si se ha producido de una determinada manera<sup>325</sup>.

Evidentemente, tres son las principales críticas que pueden formularse a esta teoría. En primer lugar, incurre en el error de confundir la actividad probatoria con una actividad de *averiguación* de la verdad acerca de un hecho, concepción que ya hemos descartado en este trabajo. En segundo lugar, introduce el concepto de “verdad” y con ello traslada al ámbito netamente jurídico todos los problemas filosóficos que conllevan la determinación o definición de este concepto. Pero, además, el mayor defecto de esta teoría es defender un concepto de *verdad*

---

<sup>325</sup> Cfr. DÖHRING, Erich, *La prueba*, cit., págs. 6 y 12.

*absoluta* como finalidad de la prueba, concepto que se ha constatado como inalcanzable en el ámbito del proceso, fundamentalmente en lo relativo al proceso civil como consecuencia de la preeminencia en dicho sector del ordenamiento procesal de los principios de aportación de parte y de prueba legal o tasada, dos elementos que claramente obstaculizaban el logro de una verdad absoluta<sup>326</sup>.

Esta constatación condujo a la doctrina alemana a crear la clásica distinción entre verdad formal y verdad material, siendo la primera propia del proceso civil y la segunda del penal<sup>327</sup>, clasificación que se extendió a buena parte de la doctrina de diversos países y sus reminiscencias llegan incluso hasta nuestros días<sup>328</sup>.

Las críticas a la doctrina de la verdad material y verdad formal han sido múltiples y, sin perjuicio de lo que enseguida diremos acerca de Carnelutti, ha sido sostenidamente calificada de un “*trascurabile gioco di*

---

<sup>326</sup> En el mismo sentido, por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 38-39.

<sup>327</sup> Sobre la doctrina alemana creadora de esta distinción, véase SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 318-19 y también en *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., págs. 8-9.

<sup>328</sup> Entre los partidarios de esta tesis, se cuentan: BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. cast. Osorio Florit, Granada, Comares, 2001, págs. 3-4 y 22; BELING, Ernst, *Derecho...*, cit., págs. 212 y 219; y DELLEPIANE, Antonio, *Nueva...*, cit., págs. 36-39. En Italia, RICCI, Francisco, *Tratado de las pruebas*, T. I, cit., págs. 15 y 22; MANZINI, Vincenzo, *Tratado...*, T. I, cit., págs. 259-60 y, del mismo autor, *Tratado...*, T. III, cit., pág. 197; FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas...*, T. I, cit., pág. 47 y, del mismo autor, “Le due prove (civili e penali)”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, T. I, 1926, pág. 223 y *Elementos...*, cit., págs. 59-60; LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho procesal penal*, T. II, cit., pág. 155. En España, DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico ...*, T. Segundo, cit., pág. 136; y JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique, aunque sólo en alguna medida en tanto el autor, si bien señala que “el derecho penal de la prueba se halla todo él influido por el principio de la «investigación de la verdad real o material», en tanto en el civil admite el sistema de la verdad formal”, luego, al referirse directamente al fin de la prueba,

*parole*”<sup>329</sup>; de artificiosa y manifestación de la “supervivencia de un sistema formalista al que la pereza mental de la doctrina y de la ley mantienen aún en vigor”<sup>330</sup> y hasta, según Muñoz Sabate, de “logomaquia” proponiendo el autor derechamente prescindir, desde el punto de vista teleológico, del concepto de verdad a la hora de definir la prueba puesto que, a su juicio, no hay nada más erróneo que creer que la declaración de hechos probados contenida en la sentencia equivale a una declaración dogmática sobre la verdad de los mismos<sup>331</sup>.

A nuestro entender, coincidiendo con Nobili, la crítica más substancial que puede formularse a esta distinción no proviene tanto de sus premisas teóricas sino de las conclusiones que de ella se han extraído, tornándose peligrosa desde el momento en que la doctrina y la práctica penal comienzan a identificar la llamada verdad material con el sistema del libre convencimiento, lo cual conduce a consecuencias “aberrantes” que en particular en el proceso penal conllevan a la ampliación indebida de la esfera de operatividad del libre convencimiento y a alimentar la

---

termina por afirmar que “se prueba para convencer a los órganos judiciales”, *Derecho...*, vol. I, cit., págs. 404 y 394.

<sup>329</sup> NOBILI, Massimo, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 37; y, en España, SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 38.

<sup>330</sup> GUASP, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona. Bosch, 1943, págs. 93 y ss.

<sup>331</sup> MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria*, cit., pág. 57 y, especialmente, en “El mito de la verdad formal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, pág. 255, donde califica a la distinción como “triste dicotomía” y en “Réquiem por la tesis de la verdad formal en el proceso civil”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, pág. 871, donde señala que esta distinción “es una ficción, tranquilizante, sedativa, de cómodo empleo, como el barbitol sódico” pero cuyos efectos colaterales consisten, entre otros, en “un amodorramiento de la actividad heurística”. También en sentido crítico a esta distinción véase GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino, “La valoración de

idea de un poder ilimitado del juez penal en todo el sector de las pruebas y no solamente en aquel de la valoración crítica de las mismas<sup>332</sup>.

## **B) La prueba como instrumento para la fijación formal de los hechos**

Como ya hemos advertido, fue Carnelutti quien se alzó con mayor fuerza en contra de la doctrina de la verdad como fin de la prueba y su derivación consistente en la distinción entre verdad material y verdad formal.

Este autor derechamente niega que la búsqueda de la verdad en el caso particular sea la finalidad del proceso en general y de la prueba en especial, puesto que la existencia de normas jurídicas en el proceso que constriñen y deforman la pureza lógica de la búsqueda de la verdad de los hechos hacen que el proceso no pueda considerarse un medio para el conocimiento de ésta, sino tan sólo un medio “para una *fijación o determinación de los propios hechos*, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos”. Precisamente, para Carnelutti, la existencia de estos límites es lo que no permite llegar a la llamada verdad material o verdad verdadera sino tan sólo al logro de una verdad convencional, formal o jurídica concluyendo, finalmente, que la distinción entre verdad material y formal no puede ser más que una metáfora, porque la verdad “es como el agua: o es pura, o no es verdad”, “de tal modo que, o a la verdad formal o

---

la prueba penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1975, págs. 818-20.

<sup>332</sup> Cfr. NOBILI, Massimo, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., págs. 32-43. (Traducción propia). En sentido crítico también a esta dicotomía, véase previamente PISANI, Mario, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, págs. 25-28.

jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad”<sup>333</sup>.

Probablemente el gran mérito de la teoría de Carnelutti fue el de eliminar del debate procesal la verdad como fin de la prueba y los consiguientes problemas filosóficos que planteaba la determinación de su concepto<sup>334</sup>.

Sin embargo, coincidimos con las críticas que se han formulado en contra de la construcción carneluttiana: a) contempla el fenómeno probatorio en forma fragmentaria, porque la fijación de los hechos controvertidos no es la única función de la prueba y b) constituye una construcción demasiado positivista, por cuanto el fin de la prueba no es simplemente fijar unos hechos descarnados, elaborados formalmente por el Juzgador; sino más bien procurar en esta fijación el mayor acercamiento a la realidad de los hechos o, lo que es lo mismo, “lograr la traslación de los hechos de la realidad al proceso”<sup>335</sup>.

### **C) La prueba como instrumento de convicción judicial**

Constatando lo inalcanzable de la verdad para el entendimiento humano, Carnelutti escribía al final de su obra y de su vida: “la verità è nel *tutto*, non nella *parte*; e il tutto è troppo per noi”, añadiendo que esta

---

<sup>333</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., págs. 20-22; y, del mismo autor, “Verità, dubbio, certezza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, pág. 4. (La cursiva es del autor).

<sup>334</sup> Coinciden en ello, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 42; y SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., pág. 320.

<sup>335</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., pág. 320. También en sentido crítico a la tesis de Carnelutti, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 249.

reflexión le permitió comprender, o al menos acercarse a comprender, por qué Cristo dijo: “Io sono la verità”<sup>336</sup>.

Y aunque bajo esta premisa el maestro italiano llegó a elaborar la teoría de la prueba como instrumento de fijación formal de los hechos, lo cierto es que desde idéntica premisa parte un importante grupo de autores para llegar a una tesis distinta, según la cual la finalidad de la prueba procesal debe limitarse sólo a obtener la convicción judicial o certeza subjetiva del juez sobre los hechos del juicio, con prescindencia del concepto de verdad. Como veremos a continuación, lo anterior ciertamente no obsta a que dicha convicción o certeza pueda efectivamente coincidir con la realidad histórica, pero esta coincidencia no pasa de constituir una mera tendencia o aspiración, mas no la finalidad de la prueba procesal.

Comencemos por señalar que los autores que se adscriben a esta tesis suelen utilizar indistintamente los términos convicción o persuasión del juez<sup>337</sup>, resulta idiomáticamente más correcto decir que el fin de la prueba es “formar la convicción” del juez en tanto, si bien ambos verbos siendo transitivos también pueden ser usados como reflexivos, tiene más

---

<sup>336</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Verità, dubbio, certezza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., pág. 5. (La cursiva es del autor). En general, sobre el abandono del mito de la verdad en la ciencia jurídica, véase GIANINI, Massimo S., “Certeza pubblica”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. VI, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1960, especialmente pág. 770.

<sup>337</sup> Utilizan especialmente la expresión *persuasión judicial*, entre otros, LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en Derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.*, trad. cast. Enrique Aguilera de Paz, T. I, Madrid, Hijos de Reus, 1897, pág. 314; CALAMANDREI, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, cit., pág. 381; TARUFFO, Michele, “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en *La prueba en el nuevo proceso*

carácter de transitivo el verbo persuadir y de reflexivo el verbo convencer, de lo que se sigue que “se persuade a otro y se convence uno mismo”, lo que trasladado al ámbito de la prueba significa decir que al juez hay que “*persuadirlo para que se convenza*”<sup>338</sup>.

Apuntemos, además, que la doctrina mayoritariamente se adhiere en la actualidad a esta teoría tanto en Alemania, Italia, España e Iberoamérica<sup>339</sup>. Pero la doctrina deja el consenso a la hora de determinar

---

*penal oral*, cit., pág. 177; y CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración...*, cit., págs. 21-22.

<sup>338</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., pág. 39 y cita núm. 18 de las págs. 39-40. (La cursiva es del autor).

<sup>339</sup> En Alemania, entre otros, MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, adicionado y puesto al día por Aragonese Alonso, Pedro, 11ª ed., Madrid, Reus, 2004, pág. 65; ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., pág. 200; y actualmente ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 185.

En Italia, entre otros, FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, T. I, cit., pág. 51; CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 296; CALAMANDREI, Piero, “La génesis...”, en *Estudios...*, cit., pág. 382; SARACENO, Pasquale, *La decisione...*, cit., págs. 3-14.; FURNO, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, trad. cast. González Collado, Sergio, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, (*Contributo alla teoria della prova legale*, Padua, Sedam, 1940), pág. 21; DOSI, Ettore, *Sul principio...*, cit., págs. 3 y 70.

En España, por ejemplo, JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho...*, vol. I, cit., pág. 394; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 318, 322 y 330; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., págs. 27 y, especialmente, 30-39; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino, “La valoración de la prueba penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, cit., págs. 823-24; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., págs. 213-14; ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 316; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho...*, T. I, cit., págs. 528-29; ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., págs. 15-16; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración...*, cit., pág. 20; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., pág. 37; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 45.

Finalmente, en Iberoamérica, por todos, COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., pág. 179; y DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., págs. 250-54. En Chile, entre otros, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho civil*, T. III, redactado y puesto al día por Vodanovic H., Antonio, Santiago (Chile), Ed. Nascimento, [19-?],



cuándo se adquiere esta convicción judicial, y nuevamente aparecen las opiniones de algunos autores que, influenciados por la teoría de la verdad como fin de la prueba, recurren a las nociones de la verdad, pero ahora obviamente no referidas a aquella verdad absoluta o material defendida por la primera tesis, sino adjetivadas como “verdad relativa o suficiente”<sup>340</sup>, “verdad procesal”<sup>341</sup>, “verdad legal o parcial”<sup>342</sup>, “verdad forense”<sup>343</sup>, “verdad judicial: relativa y contextual”<sup>344</sup>.

Pero también hay quienes, eludiendo el uso del vocablo “verdad”, prefieren explicar el significado de la convicción judicial bajo el prisma de la noción de *certeza*, recurriendo a expresiones tales como “certeza razonable”<sup>345</sup>, “certeza histórica”<sup>346</sup>, “certeza práctica”<sup>347</sup>, convicción motivada y razonada fundamentada en una “certeza de razón”<sup>348</sup> o,

---

pág. 463; y más modernamente, LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit, pág. 76; y CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual el nuevo sistema procesal penal*, cit., págs. 231-32.

<sup>340</sup> FURNO, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, cit., pág. 48.

<sup>341</sup> PISANI, Mario, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, cit., pág. 28; BETTIOL, Giuseppe, *Instituzioni di Diritto e procedura penale*, con BETTIOL, Rodolfo, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1993, pág. 132; y FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 3º ed., Madrid, Ed. Trotta, 1998 (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza & Figli, 1989), págs. 47 y ss.

<sup>342</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 27.

<sup>343</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. cast. y notas Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, pág. 190.

<sup>344</sup> UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, pág. 129; y TARUFFO, Michele, “Note per una reforma del diritto delle prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, págs. 237-292 y en *La prueba de los hechos*, trad. cast. Ferrer Beltrán, Jordi, Madrid, Ed. Trotta, 2002 (*La prova dei fatti giuridice*, Milano, Dott. a. Giuffrè Editore, 1992), págs. 167-83.

<sup>345</sup> MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit., pág. 77.

<sup>346</sup> CARRARA, Francesco, *Programa...*, vol. II, cit., pág. 383.

<sup>347</sup> SARACENO, Pasquale, *La decisione...*, cit., pág. 13.

<sup>348</sup> GORPHE, François, *Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense*, trad. cast. Alcalá-Zamora y Castillo, Luis, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas

definiendo la convicción judicial como “la medida psicológica de la certeza”<sup>349</sup>. Por último, existe otro autorizado sector doctrinal que considera que el contenido de la convicción judicial reside en las nociones de *probabilidad* o de un subrogado de la verdad que es la *verosimilitud*<sup>350</sup>.

Coincidimos con Ferrer Beltrán en sostener que todas las antedichas nociones, que pretenden explicar el significado de la convicción judicial, no son sino teorías alternativas a la tesis de la convicción judicial como fin de la prueba, y, en lo referente a la noción de certeza, adolecen de los mismos defectos que aquella teoría. Para el autor, las teorías de la convicción judicial como las de la certeza subjetiva importan una concepción irracional de la prueba, en tanto, al no explicar cuándo debe entenderse lograda dicha convicción (o certeza), ésta se podrá alcanzar con independencia de si corresponde o no a los hechos realmente acontecidos, o si era o no la conclusión que cabía obtener a la luz de los elementos probatorios. Son concepciones irracionales de la prueba también porque no dejan “ningún espacio para el error: si el juez alcanza la convicción, el hecho está probado” y ello, según el citado autor, dependería solamente de un aspecto subjetivo

---

Europa-América, 1953 (*Les décisions de justice- étude psychologique et judiciaire*, París, Recueil Sirey, 22 Rue Soufflot, 1952 y Presses Universitaires de France, 7 Place de la Sorbonne), págs. 113 y 125.

<sup>349</sup> FURNO, Carlo, *Teoría...*, cit., pág. 18 y SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 38.

<sup>350</sup> Así, por ejemplo, CALAMANDREI, Piero, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. cast. Sentís Melendo, T. III, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1973, págs. 317-53; y ROSENBERG, Leo, *Tratado...*, T. II, cit., pág. 200. En España, ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 16 y nota núm. 1º de la misma página.

psicológico del juez, que ni siquiera es eficientemente controlable a través de una adecuada motivación de la sentencia<sup>351</sup>.

#### **D) Teoría ecléctica**

Esta tesis postula que no es posible asignar un concepto y un fin unilateral a la prueba procesal, pues éstos dependerán del Derecho positivo de que se trate y, especialmente, del sistema de valoración de la prueba que en ese Derecho se contemple.

Entre sus partidarios se encuentra Montero Aroca<sup>352</sup>, para quien la certeza subjetiva o moral del juzgador, única certeza asequible en el ámbito procesal, puede alcanzarse de varios modos: a) Mediante la conformidad de las partes respecto de determinadas afirmaciones de hecho, siempre que el derecho material a aplicar posea naturaleza dispositiva; b) Mediante reglas legales de valoración de determinados medios de prueba, que imponen al juez una especie de “certeza objetiva”, con independencia de su propia convicción; y c) Mediante las reglas de la sana crítica, cuando la ley autoriza al juez a valorar los medios de prueba conforme a tales reglas y así lograr su propio convencimiento psicológico fundado en una certeza subjetiva aunque razonada a través de la motivación.

Conforme a lo anterior el citado autor concluye que en el proceso civil español, donde conviven los sistemas de libre y legal valoración de la prueba, el fin de la actividad probatoria es alcanzar “la certeza en el juzgador respecto de datos aportados por las partes, certeza que en unos

---

<sup>351</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, págs. 75-76 y nota 17 de la pág. 75.

<sup>352</sup> MONTERO AROCA, Juan, “Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2000, págs. 28-29.

casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”<sup>353</sup>. En sentido contrario, señala Ortells, también partidario de esta tesis, al no existir en el proceso penal español técnicas de fijación de los hechos derivadas del acuerdo de las partes ni existir normas de prueba legal, el fin de la prueba en este orden jurisdiccional es “la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hecho aportados”<sup>354</sup>.

Las críticas a esta teoría provienen especialmente de Miranda Estrampes, quien sostiene que no es posible hacer depender la finalidad de la prueba del concreto sistema de valoración que contemple un determinado ordenamiento jurídico, añadiendo que un sistema de prueba legal tasada no necesariamente impide la convicción judicial, sobre todo si las reglas legales de prueba se entienden como máximas de experiencias legisladas y no como normas que el juez debe aplicar como un mero burócrata<sup>355</sup>.

#### **E) Rehabilitación del concepto de “verdad” como fin tendencial de la prueba**

---

<sup>353</sup> Son también partidarios de esta tesis: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, vol. I, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1979, págs.286-87; y del mismo autor, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., pág. 255; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, pág. 143 y en *Tratado de Derecho procesal civil*, vol. I, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1985, pág. 617. En sentido similar, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., págs. 252-53; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “La prueba civil”, en *Derecho procesal civil*, con DÍEZ- PICAZO, Ignacio, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pág. 285; y TOMÉ GARCÍA, José Antonio, “Fase decisoria (II). La prueba”, en *Derecho procesal penal*, con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES, HINOJOSA y MUERZA, 7ª ed., Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004, pág. 464.

<sup>354</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 316.

<sup>355</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 48-51.

Sin abandonar la tesis de que el fin de la prueba es la convicción judicial, existe una tendencia doctrinal que postula una suerte de “rehabilitación” de la verdad como fin al que debe, en último término, aspirar siempre la prueba, entendiendo que, si bien una justicia penal completamente “con verdad” es una utopía, lo cierto es que “una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad”<sup>356</sup>.

La primera aclaración que debe realizarse respecto a esta tesis es que, desde luego, no postula como fin de la prueba la noción de verdad absoluta ni la de verdad como “correspondencia” de acuerdo a la teoría semántica elaborada por Alfred Tarski<sup>357</sup>, sino la idea de una verdad relativa, contextualizada o aproximativa.

Lo anterior, por cuanto, al igual que acontece en cualquier ámbito del quehacer humano donde se intente buscar la verdad<sup>358</sup>, la verdad

---

<sup>356</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pág. 45. (El entrecomillado es del autor). En sentido similar, previamente, en Alemania, HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, cit., págs. 182-91.

<sup>357</sup> Según la teoría semántica de la verdad como correspondencia “una proposición P es verdadera si, y sólo si, «p», donde «P» está por el nombre metalingüístico de la proposición y «p» por la proposición misma: por ejemplo, «la oración ‘la nieve es blanca’ es verdadera si, y solo si, la nieve es blanca». Véase TARSKI, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. cast. Emilio Colombo, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1972 (“The semantic conception of truth”, en *Philosophy and phenomenological research*, 4, 1944), págs. 13-17. Para un estudio sintético de las diferentes teorías acerca de la verdad, véase GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, págs. 41 y ss.

<sup>358</sup> Muchos autores están de acuerdo en el carácter inalcanzable de la verdad absoluta, incluso en el ámbito científico, entre ellos UBERTIS, Giulio, quien recuerda que, respectivamente en 1927 y en 1931, en el ámbito físico con el principio de indeterminación de Heisenberg y en el ámbito matemático con la considerada prueba de Gödel, fueron alcanzados dos resultados interpretables como tales a eliminar cualquiera ilusión sobre la extracción de conocimientos absolutos, caracterizados por su supuesta incontestabilidad, cfr. *La prova...*, cit., págs. 5-6 y en “La ricerca della verità

judicial no puede sino ser sólo contextual y aproximativa, es decir, referida sólo al estado de conocimiento y experiencias llevadas a cabo para adquirirla<sup>359</sup>. Sin embargo, la búsqueda de la verdad en el ámbito procesal se encuentra aún más limitada como consecuencia del método legal de comprobación procesal integrado, a su vez, de acuerdo lo señala Ferrajoli, por una serie de normas que, todas con fines garantistas, procuran proteger al interior del proceso el desarrollo de la investigación y del contradictorio, colmar márgenes de incertidumbre, como el *favor rei*, vincular el juicio exclusiva y exhaustivamente al *thema decidendum* o prevenir o reducir los márgenes de excesiva subjetividad del juicio o de sus fuentes de prueba. La existencia de todas estas normas conduce a Ferrajoli a afirmar que la verdad procesal se trata en realidad de una “*verdad normativa* en un triple sentido: una vez comprobada definitivamente tiene valor normativo, está convalidada por normas y lo es sólo si es buscada y conseguida con respeto a esas normas”<sup>360</sup>.

Esta suerte de “rehabilitación” de la verdad como fin tendencial de la prueba procesal ha encontrado acogida en la doctrina<sup>361</sup> y ha sido

---

giudiziale”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Giulio, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, págs. 1-2. (Traducción propia).

<sup>359</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pág. 50.

<sup>360</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., págs. 59-60.

<sup>361</sup> En España, VIVES ANTÓN, Tomás S., *La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, págs. 245-49; MORENO CATENA, Víctor, “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en *Derecho procesal penal*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 367-69; GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 61-95; y, aunque con algunas variantes, también puede decirse que se adscribe a esta tesis FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, cit., págs. 78-81.

desarrollada ampliamente, además de por Ferrajoli, por Taruffo y Ubertis<sup>362</sup>.

Para Taruffo las limitaciones del método de comprobación judicial no impiden que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un método para reconstruir la verdad de los hechos, sobre todo si se adopta una concepción legal-racionalista de la justicia, según la cual la reconstrucción verídica de los hechos de la causa constituye una condición necesaria de la corrección, justicia y legalidad de la decisión. Según el autor, se estará en presencia de una decisión de este tipo cada vez que exista una correcta aplicación de las reglas de Derecho al caso concreto y esto sólo ocurrirá cuando se reúnan en la decisión los siguientes dos factores: a) cuando la norma jurídica sea adecuada al caso y haya sido correctamente interpretada, y b) cuando los hechos que respaldan al caso hayan sido establecidos de manera adecuada. Por su parte, esta segunda condición se cumplirá toda vez que los hechos que integran la *fattispecie*<sup>363</sup> sean verdaderos, entendiendo la expresión “verdadero” como sinónimo de verdad *relativa y contextual*, o sea, como

---

<sup>362</sup> TARUFFO, Michele, en las siguientes obras: a) *La prueba de los hechos*, cit., págs. 167 y ss.; b) “Note per una riforma del diritto delle prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., págs. 237-53; c) “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, págs. 420-48; d) “Consideraciones...”, en *La prueba...*, cit., págs. 171-83; y e) “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 52, marzo 2005, págs. 63-6; y UBERTIS, Giulio en: a) *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., págs. 125-29; b) “La ricerca della verità giudiziale”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., págs. 1-11; y c) *La prova...*, cit., págs. 3-8.

<sup>363</sup> Parte de la norma en donde se formula la condición de hecho que debe ocurrir para aplicarla o alcanzar los efectos previstos en la misma y que en la estructura condicional “si... entonces”, corresponde a la parte relativa al “si...”. TARUFFO, Michele, “Consideraciones...”, en *La prueba...*, cit., nota 3, pág. 175. Dicho en otra forma, en la norma “El que mate... sufrirá la pena de...”, la *fattispecie* corresponde a la parte relativa a “El que mate...”.

“máxima aproximación a la realidad de los hechos concretamente alcanzados dentro de las coordenadas espacio-temporales (y jurídicas) limitantes” que reconoce el contexto del proceso<sup>364</sup>.

Finalmente, Ubertis añade sobre este tema que lo que concierne a la jurisdicción es sólo una *verdad contextual*, como siempre acontece con la verdad cualquiera sea el ámbito en el que ella se busque y consiga, y *funcional* a aquel objetivo de la justicia históricamente determinado por la variedad de los valores presentes en medio del pueblo en cuyo nombre la justicia se administra<sup>365</sup>. En definitiva, según este autor, se trata de una *verdad judicial* en un triple sentido: a) porque es conseguida en el juicio, entendido como fase procesal o “lugar” en cuya dialéctica se realiza; b) porque deriva del juicio, entendido tanto como actividad de búsqueda de los elementos sobre los cuales se funda una decisión cuanto como formación de esta última; y c) porque se manifiesta a través del juzgamiento, entendido como decisión y su definitivo pronunciamiento jurisdiccional<sup>366</sup>.

Coincidimos con estas opiniones doctrinales en el sentido de que en el proceso se ha de buscar la verdad pero no una verdad cualquiera sino una verdad obtenida a través de la prueba, con sujeción a las reglas y procedimientos legales y con respeto a los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso, todo lo cual sólo nos puede conducir a una verdad necesariamente “contextualizada, relativa y aproximativa”. Tal como lo advierte Hassemer, en un sistema garantista propio del

---

<sup>364</sup> TARUFFO, Michele, “Note...”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., págs. 249-50. (Traducción propia).

<sup>365</sup> UBERTIS, Giulio, *La prova...*, cit., pág. 7. (Traducción propia).

<sup>366</sup> UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore...*, cit., pág. 129. (Traducción propia).



Estado de Derecho la verdad ha de buscarse pero no a cualquier precio y este precio está constituido por “los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos «cuestan» la completa averiguación de la verdad”<sup>367</sup>.

## **2. El fin de la prueba en la legislación y jurisprudencia**

### **A) El fin de la prueba en la legislación y jurisprudencia española**

Como hemos visto, la gran mayoría de los autores españoles se adhieren a la teoría de la convicción judicial como fin de la prueba y lo hacen a la luz de lo dispuesto en el artículo 741 LECRIM, que establece la libre convicción como sistema de valoración de la prueba. Con base en esta disposición legal y al no existir en dicha ley otras técnicas de fijación de los hechos, resulta evidente coincidir con esta amplia doctrina en orden a que la finalidad de la prueba penal en el sistema procesal penal español es la formación de la convicción psicológica del juzgador.

Sin embargo, dada la antigüedad de la LECRIM de 1882, es evidente que ella se encuentra sometida al influjo de la teoría de la búsqueda o descubrimiento de la verdad como fin de la prueba y de ello dan muestra diversas disposiciones de esta ley, tales como: artículos 391 párrafo 2º, 474, 683, 701 párrafo final, 713 párrafo 1º y 726.

---

<sup>367</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, cit., pág. 190. Cabe recordar que esta directriz fue planteada previamente por el Tribunal Supremo Federal de Alemania (BGH), en sentencia de 1960, con las siguientes palabras: “No hay principio alguno del Ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”. BGHSt, 14, 358 [1960], citada, entre otros, por ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 191; y GÖSSEL, Kart Heinz, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991, trad. cast. Miguel Polaino Navarrete, pág. 677.

A lo anterior se suma el hecho de que la jurisprudencia del TS también muestra claras influencias de esta última teoría, haciendo frecuentes referencias a la averiguación o búsqueda de la *verdad material* como “objetivo primordial y excluyente de todo proceso penal”<sup>368</sup>.

A mayor abundamiento, en algunas ocasiones el TS ha elaborado consideraciones más explícitas acerca de la verdad material como fin de la prueba, señalando que:

“El principio de la investigación de la verdad material obliga al Tribunal a enterarse de los supuestos de hecho con fidelidad histórica, al paso que la verdad formal se encierra y reduce a la verdad específica del proceso y ello conduce al principio de inmutabilidad o de no disponibilidad de las partes, no pudiendo quedar a la voluntad de las mismas la solución del proceso. La función punitiva del Estado sólo puede hacerse valer contra el que realmente ha cometido el delito y la verdad material a la que debe tender el proceso penal debe servir para fundamento de la sentencia. La verdad material es la identidad con lo realmente ocurrido, no lo que las partes afirmen como verdad. Ello conduce, asimismo, al principio de libre convencimiento judicial”<sup>369</sup>.

En otros casos, la jurisprudencia ha justificado la utilización de actos de investigación sumarial e incluso pre-sumarial como fundamento de la sentencia definitiva en una pretendida búsqueda de la verdad material. En este sentido, el TS ha declarado que, la ausencia de toda actividad probatoria en el juicio oral:

---

<sup>368</sup> Por todas, STS 1799/1984, (Sala Penal), 19 diciembre 1984, FJ. 1º, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz.

<sup>369</sup> SSTS 1016/1997, (Sala Penal), 12 julio, FJ. 3º, Ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez; y 936/2006, (Sala Penal), 10 octubre, FJ. 5º, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

“[O]bliga a la Sala a bucear en el atestado policial si se quiere potenciar el principio de verdad material y ahondar, en sus últimas consecuencias, en el principio de la presunción de inocencia”<sup>370</sup>.

Más adelante abordaremos de manera específica la utilización de actuaciones de investigación como fundamento de sentencias definitivas, razón por la cual y para no apartarnos del tema esencial del presente apartado, señalemos tan sólo que son múltiples los fallos del TS español en que se hace referencia a la averiguación o búsqueda de la “verdad material” como finalidad de la prueba en particular y del proceso penal, en general<sup>371</sup>.

Sin embargo, también debemos dejar sentado que existe abundante jurisprudencia que reconoce que la búsqueda de la verdad material ha de reconocer límites, sobre todo derivados de los derechos fundamentales de las personas y garantías procesales, declarando el TS que:

---

<sup>370</sup> STS 984/1983, (Sala Penal), 21 junio, FJ. 2º, Ponente D. Juan Latour Brotons. Aunque en este caso el examen del atestado policial sirvió para exculpar en primera instancia al acusado, toda vez que la única testigo de cargo declaró en dicha diligencia policial no identificar con certeza al sujeto que le vendió la droga, creemos que el argumento utilizado por la Sala no justifica en lo absoluto la decisión de recurrir, ante la falta de prueba del juicio, a dicha diligencia policial, habiéndole bastado para la absolución simplemente la ausencia de actividad probatoria ante la que se enfrentaba.

<sup>371</sup> SSTs, (Sala Penal), 1404/1984, 22 octubre 1984, FJ. 5º; 1101/1984, 7 julio 1984, FJ. 2º; 1767/1984, 14 diciembre 1984, FJ. 4º; 30 abril 1991, FJ. 2º y 3º; 22 mayo 1991, FJ. 2º; 3578/1991, 13 noviembre 1991, FJ. 4º; 1953/1992, (Sala Penal), 21 septiembre, FJ. 2º; 2003/1992, (Sala Penal), 28 septiembre, FJ. 1º; 2480/1992, (Sala Penal), 19 noviembre, FJ. 1º; 2593/1992, (Sala Penal), 26 noviembre, FJ. 2º; 2813/1992, (Sala Penal), 17 diciembre, FJ. 2º; 97/2006, (Sala Penal), 8 febrero, FJ. 1º y 4º; 179/2006, (Sala Penal), 14 febrero, FJ. 1º y 4º; 335/2006, (Sala Penal), 24 marzo, FJ. 5º; 381/2006, (Sala Penal), 31 marzo, FJ. 4º; 413/2006, (Sala Penal), 13 abril, FJ. 7º; 539/2006, (Sala Penal), 27 abril, FJ. 2º; 778/2006, (Sala Penal), 12 julio, FJ. 1º; y 1091/2006, (Sala Penal), 19 octubre, FJ. 3º.

“Principios tales como los de publicidad, oralidad, contradicción e intermediación, tan decisivos en su cristalización en el juicio oral, no pueden conculcarse sin lesionar, y gravemente, el derecho a una tutela efectiva de los Tribunales y la proscripción de toda indefensión. Incluso la Sala se ha de ver privada con ello de aquella plena ilustración capaz de facilitarle el acceso a la ansiada verdad material”<sup>372</sup>.

En otras ocasiones el TS, rechazando la doctrina de fundamentar las sentencias de instancia en actuaciones sumariales, parece adherirse en cierta forma a la teoría de la verdad relativa y contextual, defendida entre otros por Taruffo y Ubertis, y así ha señalado que se ha de buscar:

“[A]l amparo constitucional, la tutela efectiva y la justicia más eficaz sobre la base de una auténtica verdad material alejada de tantas sofisticaciones procesales con un orden, con un equilibrio y con un límite por supuesto. El que impone lo justo y el que impone el respeto a la lealtad procesal, la buena fe y la bilateralidad que, entre otros, constituyen ejes fundamentales del juicio penal”<sup>373</sup>.

Con todo, cabe destacar que esta última postura inspira a la jurisprudencia mayoritaria de los Altos Tribunales españoles, tal como quedará demostrado en el análisis que efectuaremos en los capítulos siguientes.

---

<sup>372</sup> STS, (Sala Penal), 9 octubre 1991, FJ. 1º, Ponente D. Francisco Soto Nieto, por todas.

<sup>373</sup> STS, (Sala Penal), 10 junio 1991, FJ 1º y 2 julio 1991, FJ. 3º, Ponente en ambas D. José Augusto de Vega Ruíz. También el TS se ha pronunciado en el sentido de rechazar la tradicional doctrina jurisprudencial de aceptar los resultados de pruebas ilegítimamente obtenida en aras de la búsqueda de la “verdad material”, por ejemplo: SSTs, (Sala Penal), 23 octubre 1991, FJ 4º y 2663/1992, 4 diciembre 1992, FJ 3º, Ponente en ambas D. Joaquín Delgado García. En otros casos el TS ha declarado que la búsqueda de la “verdad material” no es excusa para que el tribunal se exceda en el ejercicio de su iniciativa probatoria: STS 26/2006, (Sala Penal), 20 enero, FJ. 3º, Ponente D. José Manuel Maza Martín.

## **B) El fin de la prueba en la legislación y jurisprudencia chilena**

### **a) El fin de la prueba en el Código Procesal Penal**

El CPPCh es bastante explícito en esta materia al establecer, en los incisos primero y segundo de su artículo 340, que el fin de la prueba es la convicción judicial, prescribiendo que la condena penal sólo procederá cuando el tribunal adquiriera, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se cometió el hecho punible objeto de la acusación y que en él correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley, para terminar añadiendo que el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral<sup>374</sup>.

De la sola lectura de esta disposición se puede rápidamente concluir que la finalidad de la prueba en el nuevo proceso penal chileno es la convicción psicológica del juzgador, máxime si se considera que este cuerpo legal no hace alusión alguna en todo su articulado a una pretendida “búsqueda o averiguación de la verdad” de las afirmaciones de hecho alegadas por las partes<sup>375</sup>.

Sin embargo, no podemos olvidar que el nuevo sistema chileno se basa en un esquema acusatorio entregado al contradictorio de las partes,

---

<sup>374</sup> El antiguo Código de Procedimiento Penal chileno también establecía la convicción judicial como fin de la prueba en su artículo 456 bis: “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”. Con esta norma se acogió en Chile la doctrina de Nicolás Framarino de la “certeza legal condenatoria” y de la “certeza moral absolutoria”, a la que ya nos hemos referido en el capítulo precedente. Véase FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica...*, T. I, cit., págs. 52-53.

<sup>375</sup> A mayor abundamiento, la palabra “verdad” es utilizada en sólo cuatro disposiciones del CPPCh, todas ellas referidas a la necesidad de exhortar al imputado a

que permite, de una parte, la procedencia de las denominadas *convenciones probatorias* (artículo 275 CPPCh) y, de otra, algunas fórmulas de justicia penal consensuada como son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios (artículos 237 y siguientes CPPCh) o la posibilidad de ser juzgado en procedimiento abreviado, guardando este último cierto parecido al *plea bargaining system* de los Estados Unidos de Norteamérica (artículos 406 y siguientes CPPCh)<sup>376</sup>.

---

decir verdad y al deber de testigos y peritos de decir verdad en sus declaraciones (arts. 98 inc. 3º, 298 inc. 1º, 306 inc. 1º y 329 inc. 2º CPPCh).

<sup>376</sup> Las dos primeras figuras mencionadas constituyen salidas alternativas a la persecución penal y a la pena y se encuentran estructuradas sobre la base del consenso como forma de solucionar el conflicto penal, constituyendo una de las más relevantes novedades que ha incorporado el nuevo Código Procesal Penal chileno. De acuerdo al art. 237 CPPCh la suspensión condicional del procedimiento (SCP) puede definirse como una salida alternativa al proceso en virtud de la cual se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando ella sometida, dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas por el juez de garantía las que, si son cumplidas en forma satisfactoria, provocan la extinción de la acción penal, mientras que si no lo son o se vuelve a formalizar al imputado por hechos distintos, se revoca la medida reiniciándose la persecución penal. El acuerdo reparatorio (AR) puede ser definido como una salida alternativa al proceso penal en virtud del cual se puede extinguir la acción penal tratándose de cierta categoría de delitos, cuando existe entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria y este acuerdo es, además, aprobado por el juez de garantía a cargo del respectivo caso y las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo son cumplidas o debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima. Cfr. en sentido similar ambas definiciones, DUCE J., Mauricio; “La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo Código procesal penal”, en *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 2000, pág. 140.

El procedimiento abreviado, de conformidad al artículo 406 CPPCh, se aplica para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas, siendo necesario para ello que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento. Por

Así, por ejemplo, con respecto a los acuerdos reparatorios, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rechazando un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución que acogió uno de estos acuerdos, ha señalado:

“Que esta Corte hace suyos los argumentos contenidos en la resolución apelada, toda vez que se está en presencia de un hecho investigado de acuerdo al nuevo proceso penal, en el cual se establece y regula la institución de los acuerdos reparatorios cuya finalidad es la solución de los conflictos, a diferencia del sistema de enjuiciamiento criminal derogado, en el que se buscaba la verdad material y no existía la figura en cuestión”<sup>377</sup>.

Pero centrándonos tan sólo en la figura de las convenciones probatorias, a cuyos aspectos procedimentales ya nos hemos referido, se hace necesario indicar que a través de ellas las partes solicitan de consuno al Juez de Garantía dar por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral y que, una vez aceptadas por aquél, las convenciones se estampan en el auto de apertura del juicio oral y a ellas deberá estarse durante el juicio oral (artículos 275 y 277 letra d CPPCh). Es decir, a través de este mecanismo los hechos no controvertidos por las partes en un proceso penal quedan exentos de prueba, erigiéndose como un sistema alternativo a la actividad probatoria para alcanzar la convicción judicial y fijar los hechos en la sentencia. La

---

su parte, los arts. 409 y 410 CPPCh imponen al Juez de Garantía el deber, antes de resolver la solicitud de procedimiento abreviado, de cerciorarse que el acusado ha prestado su consentimiento de forma libre e informada, que los antecedentes de la investigación son suficientes para justificar la aplicación del procedimiento abreviado y la pena solicitada por el fiscal se ajusta a la exigida por el art. 406.

<sup>377</sup> SCA de Punta Arenas, 23 julio 2004, Cdo. 5º, Rol CA 88-2004.

afirmación es relevante, por lo que procederemos a continuación a analizar algunos aspectos de estas convenciones probatorias a fin de determinar si tal aserto es exacto o no.

**b) El fin de la prueba y las convenciones probatorias**

La novedad de este mecanismo en Chile ha dado pie a cierto debate jurisprudencial y doctrinal en torno a dos puntos centrales: a') extensión o ámbito material de los hechos que pueden ser objeto de convenciones probatorias; y b') vinculación del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal a los hechos objeto de las mismas, temas que pasamos a revisar a continuación.

**a') Extensión material de los hechos objeto de una convención probatoria**

Con relación a este aspecto nos preguntamos acerca de la índole, entidad o ámbito material de los hechos que pueden ser objeto de estos acuerdos. En otras palabras, debemos responder a la interrogante acerca de si pueden ser materia de una convención probatoria todos o parte de los hechos principales de una causa, esto es, los determinantes de la hipótesis legalmente normada por la ley, y dejar para la actividad probatoria aquellos hechos que sólo afecten a aspectos secundarios, tales como el grado de participación o circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal o, por el contrario, si dichas convenciones se encuentran sometidas a ciertas restricciones en materia de cantidad y categoría o relevancia de los hechos<sup>378</sup>. El tema hay que analizarlo desde

---

<sup>378</sup> Las mismas interrogantes son planteadas también por HORVITZ LENNON, María I., "La etapa intermedia o de preparación del juicio", en *Derecho procesal penal chileno*, con LÓPEZ MASLE, Julián, T. II, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2005, págs. 43-4.



varias perspectivas que pasamos a revisar.

1) Texto legal: En lo pertinente, el artículo 275 CPPCh señala que las partes podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que “dé por acreditados *ciertos hechos*” y que el único reparo que autoriza a dicho juez para rechazar la solicitud debe provenir de la falta de conformidad de tales hechos con las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes.

En consecuencia, desde el punto de vista de los requisitos de esta norma, sólo se exige que se trate de “hechos” y que éstos se conformen a las alegaciones efectuadas por las partes. Recordemos que, de acuerdo a los artículos 259, 261, 263, 264 y 268 CPPCh, a la audiencia de preparación del juicio oral se llega con, a lo menos, dos escritos fundamentales: la acusación fiscal y la adhesión o acusación particular del querellante, si lo hay. A estos escritos, se les puede sumar la defensa formal y de fondo del acusado, la cual puede ser presentada por escrito hasta la víspera del inicio de esta audiencia, o al inicio de la misma, en forma verbal. Luego, conforme al artículo 267 CPPCh, corresponde al juez de garantía realizar, al inicio de la audiencia, una exposición sintética de las presentaciones que hubieren realizado los intervinientes.

De esta manera, serán estos escritos acusatorios y la defensa escrita o verbal del acusado los que determinarán el límite máximo al cual deben ajustarse los hechos objeto de las convenciones probatorias, en tanto sólo de estos escritos se podrán extraer los hechos (o afirmaciones sobre hechos) que podrán ser objeto de una convención probatoria.

En consecuencia, desde el punto de vista del texto legal, no encontramos ninguna limitación relativa a la índole material de los hechos objeto de una convención, como no sea la de conformarse a las

alegaciones de las partes y éstas, a su vez, con los hechos y sujetos imputados en la formalización de la investigación (artículos 259 inciso final y 261 letra a CPPCh).

2) Historia fidedigna del establecimiento del artículo 275: Este artículo no estaba incluido en el proyecto original, siendo introducido en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, durante el segundo trámite parlamentario del proyecto de código.

De las dos únicas menciones acerca de las convenciones probatorias que aparecen en el citado Informe se puede afirmar que, por una parte, su fundamento radica en el principio de economía procesal, evitando la prueba de aquellas afirmaciones fácticas no necesitadas de prueba por acuerdo de las partes<sup>379</sup>. Y de otra, que el único límite que se

---

<sup>379</sup> En este sentido, el Informe señala: “Por otra parte concordamos en que una de las claves para el éxito de la reforma está centrada en la audiencia de preparación del juicio oral. Si en ella no se realiza un análisis riguroso de la pertinencia y suficiencia de la prueba que se ofrece rendir en el juicio oral, se alargarán considerablemente las distintas sesiones que conformarán la audiencia del juicio oral, sin beneficio para la adecuada resolución de la causa y con perjuicio del despacho regular de las restantes causas. Debido a esta convicción, regulamos, por un lado, las llamadas «convenciones probatorias», conforme a las cuales el fiscal, el querellante si lo hubiere y el imputado podrán solicitar de consuno al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, los cuales no podrán ser discutidos en el juicio oral”. Sic. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*; III: Modificaciones encaminadas a mejorar la coherencia interna del Código Procesal Penal, 2: Revisión de los medios probatorias y determinación de los que se emplearán en el juicio oral, diario de sesiones del Senado, pág. 421.

Más adelante, el Informe añade: “(La Comisión) resolvió, asimismo, incorporar un artículo, que lleva el número 306, sobre convenciones probatorias, que permite al fiscal, querellante e imputado solicitar al juez de garantía que se den por acreditados ciertos hechos en los que estén de acuerdo, para que no sea preciso rendir prueba sobre ellos en el juicio oral, lo que tiene la ventaja para los intervinientes de concentrarse en aquellos hechos que sí son controvertidos. Sic. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, Discusión Particular, art. 339, diario de sesiones del Senado, págs. 644-45.

establece para los hechos objeto de estas convenciones está constituido por la necesidad de tener que conformarse con las alegaciones efectuadas por los intervinientes en sus escritos de acusación y defensa<sup>380</sup>.

De lo anterior se desprende que el legislador chileno parece indiferente a las interrogantes que aquí nos estamos planteando y aborda el tema con la mayor simplicidad: el debate y la prueba en el juicio oral deben centrarse sólo sobre los hechos controvertidos del caso, sin cuestionarse materias como el de la finalidad de la prueba o el de la proscripción de verdades consensuales u otras teorías alternativas a la búsqueda de la verdad en el proceso como requisito de la justicia de la sentencia.

3) Opiniones doctrinales: Entre otros autores, Horvitz, reconociendo que la ley no establece restricciones, señala que éstas surgen del “fundamento de legitimación del juicio oral, único rito que permite que operen todas las garantías procesales, cuya función principal es asegurar que la decisión que se adopte judicialmente lo sea de un modo cognoscitivo y no meramente convencional”, de tal manera que el mero acuerdo o consenso de las partes no puede aceptarse como un método para garantizar la determinación verdadera de los hechos en el ámbito del proceso, verdad que, entendida como correspondencia con la realidad, es la única forma de explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión<sup>381</sup>.

---

<sup>380</sup> Al respecto el Informe señala: “El tribunal podrá hacer proposiciones y rechazar la solicitud, si la convención no se conformare con las alegaciones que los intervinientes hubieren hecho durante el procedimiento”. Sic. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, Discusión Particular, art. 339, diario de sesiones del Senado, págs. 644-45.

<sup>381</sup> HORVITZ LENNON, María I., “La etapa intermedia o de preparación del juicio”, en *Derecho procesal penal chileno*, T. II, cit., pág. 44.

Añade la citada autora que a la hipótesis de que la condena se emita exclusivamente sobre la base de convenciones probatorias se opondrá, además, una razón de texto positivo que explica comparando el supuesto de las convenciones probatorias con el del procedimiento abreviado. Señala la autora que si el legislador nacional estableció para este último procedimiento, en el artículo 406 CPPCh, un límite en su procedencia en atención a la gravedad del ilícito e impuso al juez de garantía, en el artículo 410 CPPCh, el deber de verificar si los antecedentes de la investigación a su juicio son suficientes para proceder de acuerdo a las reglas del procedimiento abreviado, no puede considerarse legítimo ni procedente que las convenciones probatorias en el procedimiento ordinario puedan, sin limitación alguna, recaer sobre hechos esenciales para el establecimiento de la responsabilidad criminal<sup>382</sup>.

También se ha dicho que no es posible que una condena se emita con base exclusiva en estas convenciones probatorias, por oponerse a ello el inciso final del artículo 340 CPPCh que prohíbe la condena de una persona con el sólo mérito de su propia declaración<sup>383</sup>.

De todos estos argumentos nos haremos cargo más adelante.

4) Instrucciones de la Fiscalía Nacional y jurisprudencia: Conforme a la facultad que le otorga el artículo 17, letra a) de la LOCMP, el Fiscal Nacional impartirá instrucciones generales a los

---

<sup>382</sup> HORVITZ LENNON, María I., “La etapa intermedia...”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 44.

<sup>383</sup> Cfr. ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, “La sentencia definitiva en el Código procesal penal”, en *Reforma procesal penal. Doctrina y jurisprudencia*, Dir. ABUTER CAMPOS, Alejandro, vol. II, Concepción (Chile), Universidad de Concepción, 2002, págs. 214-15.

fiscales. En uso de esta atribución, el Fiscal Nacional emitió el instructivo núm. 56, de 29 de marzo de 2001, sobre la audiencia de preparación del juicio oral. En este documento se instruye a los fiscales en torno a las convenciones probatorias señalando: a) Que las mismas sólo pueden recaer sobre los hechos o circunstancias que constituyen el objeto del juicio oral, lo cual incluye, desde luego, también a los hechos que sustentan las circunstancias modificatorias de la responsabilidad; b) Que sólo pueden recaer sobre cuestiones de fondo y no sobre aspectos procesales, tal como lo sería un acuerdo relativo a omitir en el juicio oral determinados medios de prueba que han sido ofrecidos por las partes, instruyendo a los fiscales en orden a oponerse a un acuerdo de esta naturaleza por constituir materias que son de competencia exclusiva del TJOP; y c) Que estas convenciones encuentran su fundamento en razones de economía procesal, en la medida que permiten que durante el juicio se rinda prueba exclusivamente respecto de hechos o circunstancias que son controvertidas entre las partes.

Por su parte, en cuanto a la extensión o ámbito material de los hechos que pueden ser objeto de una convención probatoria, la jurisprudencia analizada da cuenta de que estos acuerdos versan sobre toda clase de hechos, tratándose, las más de las veces, de hechos de muy fácil prueba o de relevancia secundaria, tales como: antecedentes penales, parentescos o hechos base o indicios<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup> Así, por ejemplo, se acuerda como convenciones probatorias solamente los antecedentes de que da cuenta el certificado de antecedentes penales del acusado en SJG de Lautaro, 11 agosto 2001, Cdo. 6°, RIT N° 851-2001 y en STJOP de Temuco, 30 octubre 2001, Cdo. 5°, RIT N° 12-2001; en juicio sobre delito de abuso sexual se acordó que la víctima era hija del acusado don (...), que la madre de la víctima era doña (...) y que la ofendida había nacido el 13 de agosto de 1990 en STJOP de La Serena, 14 marzo 2006, Cdo. N° 3°, RIT N° 11-2006; en juicio sobre violación de un menor de

Sin embargo, también hemos encontrado casos de convenciones probatorias sobre hechos *principales*, limitándose la controversia y prueba a otros hechos principales o a la determinación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Ejemplo de ello es el siguiente caso en que se enjuiciaba un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, acordándose como convenciones probatorias las siguientes:

“1) Que la imputada no ha sido condenada anteriormente ni por crimen, ni por simple delito ni por falta; 2) Que el día 8 de abril de 2004, alrededor de las 17:45 horas, la acusada concurrió al sector Industrial, Avenida Polpaico N° 755 de la ciudad de Puerto Montt, retirando desde la empresa Pulman Cargo, un paquete que venía a su nombre, en cuyo interior existía 69,96 gramos neto de un polvo de color blanco, según da cuenta oficio N° 99 de 8 de abril de 2004 de la sección OS 7 de Carabineros de Puerto Montt y el acta de recepción N° 42-2004 del Servicio de Salud Llanchipal, suscrito por doña María Courbis Gainza, asesora de farmacia, y don Crispulo Oyarzún Lemus, Carabinero; 3) Que según protocolo 3237, del 12 de julio de 2004, del Instituto de

---

nueve años se acordó que el menor de iniciales C.A.S.S. había nacido el 6 de marzo de 1991 y que a la fecha del juicio tenía 10 años de edad y que el acusado no registraba antecedentes penales previos en STJOP de Temuco, 31 agosto 2001, Cdo. N° 6°, RIT N° 9-2001; en juicio por delito de estupro se acordó que el 22 de enero de 2001 la víctima tenía 15 años y 5 meses de edad, que el acusado era padre de la víctima y que no registraba antecedentes penales previos en STJOP de Temuco, 14 septiembre 2001, Cdo. N° 5°, RIT N° 10-2001; en juicio por homicidio simple se acordó que el occiso y el acusado tenían por madre a Rosa Fren Huenuan, siendo hijos de padres distintos, que el acusado no registraba antecedentes penales previos y que la sangre encontrada en el cortaplumas correspondía a la sangre de la víctima en STJOP de Temuco, 8 febrero 2002, Cdo. N° 5°, RIT N° 23-2001; en juicio por robo con intimidación se acordó el hecho de que el acusado no registraba antecedentes penales previos y que el día 8 de mayo de 2001, aproximadamente a las 12:40 horas, el acusado concurrió a las oficinas de la empresa constructora Juan Navarrete Luraschi en STJOP de Temuco, 10 mayo 2002, Cdo. N° 3°, RIT N° 12-2002.

Salud Pública, la sustancia que portaba la acusada y que da cuenta la convención anterior —la convención N° 2— es clorhidrato de cocaína y su valoración o pureza es de 63%, según informa la perito químico farmacéutico doña Elizabeth Amstrong González”.

Siendo así, el Tribunal estimó:

“Que teniendo en consideración las alegaciones de apertura y clausura, de los intervinientes, como el contenido de las convenciones probatorias a que arribaron las partes, la discusión se centra, en determinar si en la especie la droga encontrada en poder de la acusada se encontraba destinada a su transferencia o distribución a terceros, o por el contrario ésta era para el consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo por parte de la acusada, circunstancia en cuya sede asila su exculpación la defensa. Como asimismo, determinar la concurrencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad”<sup>385</sup>.

En juicio por homicidio simple, se acordaron como convenciones probatorias relativas a la existencia del hecho punible y a la participación del acusado en el mismo, los siguientes hechos:

- a) Que los hechos ocurrieron el día 13 de abril del año 2.001 a las 17:00 horas;
- b) Que el lugar de ocurrencia de los hechos corresponde a calle Pinto, entre Pasaje Quebrada San Luis y calle Henríquez de esa ciudad;
- c) Que el día y hora de ocurrencia de los hechos, el acusado Luis Mario Sierra Sierra portaba consigo un cuchillo tipo "mariposa";
- d) Que la víctima Gustavo Antonio Bugueño Monárdez recibió tres heridas ocasionadas por arma blanca, una en la cara externa del tercio inferior del brazo derecho, otra en la región torácica derecha y en el mesogastrio derecho;
- e) Que este cuchillo fue arrojado por el acusado en el Pasaje

---

<sup>385</sup> STJOP de Puerto Montt, 19 diciembre 2004, Cdos. Nos. 5° y 6°, RIT N° 29-2004.

Quebrada San Luis, siendo recogido por el funcionario aprehensor Jaime Antonio Flores Pizarro; f) Que en el cuchillo tipo mariposa que portaba el acusado el día de los hechos, se encontró sangre y que la misma corresponde exactamente al perfil genético de la víctima antes nombrada, con una certeza del cien por ciento; y g) Que la víctima Gustavo Antonio Bugueño Monárdez, falleció el día 15 de abril del año 2001 a las 23:35 horas en el Hospital de Coquimbo<sup>386</sup>.

5) Nuestra opinión: El conjunto de antecedentes arriba expuestos permiten concluir que ni en la historia fidedigna del establecimiento de la norma ni desde el punto de vista legal y administrativo se plantean restricciones a la índole o ámbito material de los hechos que pueden ser objeto de una convención probatoria, pudiendo recaer tales acuerdos en todos o algunos de los hechos principales o secundarios objeto del juicio oral, con tal que los mismos se ajusten a los hechos alegados en los escritos fundamentales de acusación y defensa.

Sobre este punto cabe tener presente que las restricciones deben siempre interpretarse de manera estricta por lo que no es posible establecerlas por otra vía que no sea precisamente la legal y ello a pesar de que con ellas se pretenda hacer primar sobre la letra de la ley ideas científicas o filosóficas de gran valía como es, en este caso, la verdad como fundamento de la justicia de la decisión, sin perjuicio de las propuestas de *lege ferenda* que se puedan realizar.

---

<sup>386</sup> STJOP de La Serena, 4 diciembre 2001, Cdos. Nos. 3° y 8°, RIT N° 15-2001. En este caso el debate y la prueba en el juicio oral se centró en datos de hechos que permitían, a juicio de la defensa, recalificar el delito de homicidio simple por el de lesiones y determinaban la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (eximente y subsidiariamente una eximente incompleta).



Creemos, sin embargo, que el tema de la extensión cualitativa y cuantitativa de los hechos que pueden ser objeto de una convención probatoria debe ser abordado con la misma simplicidad con que lo hizo el legislador chileno, y ello no por comodidad o porque se defienda a ultranza el principio de la economía procesal, sino porque desde el punto de vista de la praxis jurídica, la materia reviste menos dramatismo del que se pudiera pensar.

Recordemos que las convenciones probatorias se acuerdan durante la audiencia de preparación del juicio oral, tras una investigación llevada a cabo por el Ministerio Público bajo el principio de la objetividad<sup>387</sup>, y en la que imputado y defensor han tenido amplias facultades de intervención; con la asistencia del imputado y su defensor como requisitos de validez de la audiencia; bajo la dirección del Juez de Garantía a quien, por expresa disposición de la letra a) del artículo 14 COT, le corresponde asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes que, en lo pertinente, lo obliga a velar especialmente por la libertad del consentimiento prestado por el imputado para acordar una convención probatoria; amén de todas las garantías procesales que rodean a esta audiencia, como son la igualdad, contradicción, oralidad, inmediatez, concentración y publicidad.

Siendo así pensamos que, dado el principio de objetividad que rige el actuar del Ministerio Público, éste no debiera concurrir con su consentimiento al establecimiento de una convención probatoria sobre

---

<sup>387</sup> Lo que lo obliga a investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenuen. Véase artículos 83 CCh, 3 y 77 CPPCh y 3 LOCMP.

algún hecho principal determinante de la responsabilidad penal del acusado si el mismo no se encuentra claramente respaldado por los propios antecedentes de su investigación. Pero, antes que el Ministerio Público, creemos que será el propio imputado y su defensor quienes deben oponerse a una convención probatoria que no tenga sustento claro en los antecedentes de la investigación fiscal o que simplemente perjudique la tesis de la defensa. De esta manera, el gran filtro de las antedichas convenciones será precisamente la defensa del imputado y el consenso que sustenta la institución de las convenciones. Si dicha defensa accede a acordar una convención que resulte perjudicial para el imputado, no podemos sino concluir que se está en presencia de un acto de disposición del derecho subjetivo procesal a rendir prueba que, en unión a otros, integran el derecho de defensa<sup>388</sup> que, sea dicho de paso, puede considerarse uno de los fundamentos que explican la naturaleza jurídica de las convenciones probatorias. Si la convención probatoria se entiende como un acto de disposición de los indicados derechos, no vemos obstáculos para aceptar que el imputado pueda ejecutarlo con libertad, dado que la ley, como hemos visto, no establece limitaciones.

En lo tocante al argumento que asimila las convenciones probatorias al procedimiento abreviado y que pretende hacer aplicables a las primeras las limitaciones que la ley establece para el segundo, es necesario recordar que en el procedimiento abreviado tiene lugar una negociación previa que afecta, básicamente, a la calificación jurídica de

---

<sup>388</sup> Que corresponde a una de las teorías con la que se ha intentado explicar la naturaleza jurídica de la institución de la conformidad en España, aunque la figura de las convenciones probatorias se diferencia con claridad de aquella institución española, más semejante al *plea bargaining* norteamericano. Sobre estas teorías, véase BUTRÓN BALIÑA, Pedro M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 161- 81.

los hechos de la acusación y a la entidad de la pena solicitada por el Ministerio Público, mientras que tales aspectos no son afectados en las convenciones probatorias. Por lo anterior, ambas figuras no son comparables y las limitaciones que el primero reconoce en cuanto a la entidad de los delitos no son susceptibles de ser extendidas a las convenciones probatorias ni permiten deducir restricciones en torno a la cantidad y entidad material de los hechos que pueden ser objeto de estas últimas. Pero, además, la pretendida limitación relativa a la gravedad de los ilícitos que hacen procedente el rito abreviado, de conformidad al artículo 406 CPPCh, en realidad no es totalmente efectiva, porque la norma se refiere específicamente a “los hechos respecto de los cuales el fiscal *requiere* la imposición de una pena ...”, de lo que se sigue que la norma se refiere a la *pena concreta* solicitada por el fiscal, o sea, a aquella determinada una vez aplicadas las eventuales circunstancias atenuantes que puedan hacer variar las reglas sobre la determinación de pena del CPCh, siempre que tales circunstancias se encuentren suficientemente acreditadas en la investigación del fiscal. Si esto es así, pueden someterse a juicio abreviado no sólo hechos que pueden calificarse de simples delitos según el artículo 3 CPCh sino también aquellos hechos que la misma norma califica de crímenes.

En cuanto al rechazo de la hipótesis de que una condena se emita con base exclusivamente en convenciones probatorias por oponerse a ello el inciso tercero del artículo 340 CPPCh, creemos que no hay que olvidar que las convenciones probatorias no constituyen meras declaraciones unilaterales del imputado sino acuerdos entre fiscal, querellante particular si lo hubiere e imputado (y su defensa), en términos de dar por acreditados ciertos hechos que quedarán exentos de prueba como consecuencia de no ser controvertidos los que, además, deben contar con

la aprobación judicial. Por otra parte, por la vía de las convenciones probatorias no sólo se establecen hechos que perjudican al imputado sino también hechos que pueden llegar a constituir circunstancias atenuantes o eximentes incompletas de responsabilidad penal.

En definitiva, consideramos que la operatividad de las convenciones probatorias debe ser dejada al obrar de las partes del juicio y su extensión cuantitativa y sobre todo cualitativa, al propio equilibrio que proporciona la estructura del sistema acusatorio instaurado por el CPPCh y a los principios de igualdad y contradicción que lo inspiran. Lo anterior porque las convenciones se acuerdan en el marco de una audiencia celebrada ante el Juez de Garantía con todas las garantías procesales y de libertad necesarios para considerarlas legítimas y válidas y así procurar con ellas, de una parte, el logro de los fines de economía procesal previstos por el legislador y de otra, una reconstrucción de los hechos que sea fiel con las afirmaciones factuales alegadas por las partes durante el procedimiento y que sea conforme con los hechos indiscutibles surgidos durante la investigación fiscal.

Pretender imponer restricciones donde el legislador no las ha impuesto, significaría poner en entredicho la presumible discrecionalidad y prudencia de jueces, fiscales y defensores y bajo sospecha todos los espacios de libertad que el nuevo sistema procesal establece, sobre todo para el imputado.

A lo anterior se suma el hecho de que, tal como lo veremos a continuación, parece improbable que en la práctica se presente un juicio en el que *absolutamente todas* las cuestiones de hecho determinantes de la responsabilidad penal del imputado sean establecidas por la vía de las convenciones probatorias.

## **b') Vinculación de los hechos objeto de la convención probatoria para el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal**

En este apartado se abordará probablemente el tema más relevante relativo a las convenciones probatorias y que mayor incidencia tiene con la cuestión de la finalidad de la prueba. La pregunta que se impone en estos momentos es la de ¿qué significa que fiscal, querellante e imputado soliciten en conjunto al Juez que *dé por acreditados ciertos hechos* y que, una vez acogida la solicitud, el juez estampará en el auto de apertura del juicio oral *los hechos que se dieran por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral?* En definitiva, nos preguntamos acerca de la fuerza vinculante que estas afirmaciones factuales acordadas en una convención probatoria tienen para los jueces sentenciadores del TJOP y si en el juicio oral es admisible rendir prueba para desvirtuarlas.

1) Texto legal e historia fidedigna del art. 275: De acuerdo a los ya analizados texto legal del artículo 275 CPPCh e historia fidedigna de su establecimiento, no cabe sino concluir que ambas fuentes no proporcionan mayores antecedentes sobre el punto como no sea que el fin del instituto de las convenciones probatorias es el de la economía procesal, y que del tenor literal del artículo 275 se desprende con toda claridad que estos hechos así acordados se darán por acreditados en el juicio oral y, por tanto, en la sentencia que le suceda.

2) Opiniones doctrinales: En esta materia existen en Chile dos claras posturas doctrinales. Para María Inés Horvitz es posible afectar el valor probatorio de los hechos objeto de una convención de este género por medio de otras pruebas, ya ofrecidas, o recurriendo al expediente del inciso primero del artículo 336 CPPCh, por cuanto el tribunal no está obligado a otorgar a tales convenciones un valor probatorio preferente ni

tampoco son para él vinculantes. A mayor abundamiento, la autora señala que precisamente el inciso primero del artículo 336 contempla la posibilidad de rendir prueba nueva sobre la base de evidencia que es conocida con posterioridad al auto de apertura del juicio oral y que, por tanto, era desconocida al momento de acordar la convención, por lo que no ve inconveniente alguno para que esta nueva prueba puede dirigirse a restar valor probatorio a alguno de los hechos contemplados en tales acuerdos. La citada autora añade además que una cosa es que los hechos objeto de convención no sean controvertidos en el juicio oral y otra distinta es que los mismos se sustraigan del proceso valorativo a que se refiere el artículo 297 CPPCh, por lo que resulta perfectamente válido y posible que el tribunal, como resultado del mismo, concluya por restarle toda eficacia a los hechos acordados en una convención probatoria<sup>389</sup>.

Tavolari Oliveros<sup>390</sup>, por su parte, se opone a la posibilidad de rendir prueba en el juicio oral para desvirtuar lo acordado en una convención probatoria con base en dos argumentos jurídicos. En primer lugar porque, conforme al principio de estricta legalidad que sujeta la competencia de los tribunales (artículos 6 y 7 CCh y 108 COT), al TJOP sólo le corresponde ejercer las atribuciones que el CPPCh le confiere y, dentro de ellas, no aparece el abrir debate o recibir prueba sobre hechos que han sido objeto de una convención probatoria. En segundo lugar, porque el auto de apertura del juicio oral, que es la resolución donde se contienen las convenciones probatorias, es indiscutiblemente una

---

<sup>389</sup> HORVITZ LENNON, María I., “La Etapa Intermedia...”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., págs. 42-3.

<sup>390</sup> Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2005, págs. 98-100 y 192-95.

*sentencia interlocutoria* de aquellas que, según el artículo 158 CPCCh, resuelven sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria y que, una vez firme o ejecutoriada, produce el efecto de cosa juzgada según lo dispuesto en el artículo 175 CPCCh, normas que resultan aplicables al ámbito penal por expresa disposición del artículo 52 CPPCh<sup>391</sup>.

Con base en ambos argumentos, Tavolari Oliveros llega a la conclusión — técnicamente incuestionable —, que el TJOP que abre debate sobre cualquiera mención del auto de apertura del juicio oral, por una parte, actúa fuera de su competencia, tanto porque carece de atribuciones para conocer de esa materia, cuanto porque no es superior jerárquico del Juez de Garantía, lo que sí le permitiría ejercer sobre él potestad disciplinaria o conocer de recursos interpuestos en contra de sus resoluciones. Pero, por otra parte, el TJOP, además, vulneraría la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de sentencia interlocutoria firme o ejecutoriada.

A los argumentos de Tavolari Oliveros se puede añadir que, conforme al artículo 277 CPPCh, la única vía impugnativa directa e inmediata que admite el auto de apertura del juicio oral está constituido por el recurso de apelación concedido exclusivamente al ministerio

---

<sup>391</sup> Incisos 1º y 3º del art. 158 CPCCh: “Las resoluciones judiciales se denominarán sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos.

(...) Es sentencia interlocutoria la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria”.

Art. 175 CPCCh: “Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada.”

público y fundado sólo en la exclusión de prueba decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo 276<sup>392</sup>.

3) Jurisprudencia: Este debate doctrinal también se ha extendido a la jurisprudencia, donde ambas opiniones han sido acogidas. Así, la Corte de Apelaciones de Arica rechazó un recurso de nulidad, estimando que en la sentencia definitiva el TJOP podía modificar el contenido de una convención probatoria si ella era errónea, señalando que el artículo 275 CPPCh no obsta en absoluto a que los sentenciadores ponderen tal hecho y resalten circunstancias no consideradas al momento de la celebración de la convención probatoria<sup>393</sup>. La misma Corte, casi dos meses después, vuelve a rechazar un recurso de nulidad fundado en el desconocimiento de una convención probatoria pero ahora sosteniendo una postura más bien ecléctica porque, en sus argumentos, parece reconocer en algún grado el carácter inmutable de tales acuerdos. En efecto, en este último caso la convención probatoria desconocida contenía los hechos constitutivos de la minorante de responsabilidad penal contemplada en el número 9 del artículo 11 del CPCh<sup>394</sup> y la Corte, partiendo de la base del “carácter absolutamente flexible del artículo 275”, rechazó el recurso estimando que los jueces del TJOP *no alteraron lo acordado en la convención probatoria*, sino que ponderaron el hecho objeto de la misma

---

<sup>392</sup> Prueba proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales

<sup>393</sup> SCA de Arica, 25 octubre 2004, Cdo. 3º, Rol CA N° 130-2004. En el caso en cuestión la convención probatoria señalaba que la cantidad de droga encontrada en poder de la acusada era de 15 gramos bruto de clorhidrato de cocaína y el TJOP concluyó, con base en la prueba rendida en el juicio oral, que eran 2,7 gramos neto.

<sup>394</sup> Colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.



para los efectos de declarar la no acreditación de la atenuante invocada<sup>395</sup>.

Por su parte, la posición de absoluta inmutabilidad de las convenciones probatorias se encuentra recogida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia pronunciada el 29 de junio de 2005, en la causa rol N° 5557-2005, Redactor Ministro señora Carmen Salinas Guajardo. En esta sentencia se acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público por la causa del artículo 373 letra b) CPPCh, por considerar que el TJOP en el pronunciamiento de la sentencia definitiva habría efectuado una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y ello porque la absolución del imputado se fundamentó en el desconocimiento del valor de una convención probatoria acordada por los intervinientes y que se contenía en el auto de apertura del juicio oral bajo el N° 1. En este caso, las convenciones probatorias que habían acordado los intervinientes en la audiencia de preparación del juicio oral eran del siguiente tenor:

“1° Que en la madrugada del día viernes 5 de marzo del año 2004, aproximadamente a las 00:05 A.M en la Población Cacique Vitacura, frente al Departamento N° 1629, Los Andes, Fernando Aurelio Soto Encina propinó dos balazos con arma de fuego a Jonathan Patricio Leris Astudillo; 2° Que a raíz de los disparos sufridos Jonathan Patricio Leris Astudillo, resultó con lesiones que le causaron la muerte, según protocolo de autopsia, efectuado por el médico legista de San Felipe, doctor Gastón Donckaster Clavero. Se describe a continuación, en forma detallada las cuatro lesiones que presentó el occiso; 3° Que el certificado de defunción de la Circunscripción de San Felipe N° 49 del

---

<sup>395</sup> SCA de Arica, 13 diciembre 2004, Cdos. 1° a 4°, Rol CA N° 161-2004.

Registro del año 2004, consta inscrito Jonathan Patricio Leris Astudillo, con fecha de defunción 5 de marzo de 2004, lugar de defunción Instituto Médico Legal de San Felipe, causa de muerte: herida de bala, por arma de fuego”.

En los considerandos 5º y 7º de la sentencia de instancia el TJOP dio pleno valor a las convenciones probatorias núm. 2 y 3 y, con base en otras pruebas del juicio, estableció en el *factum* de la sentencia los hechos consignados en las referidas convenciones. Sin embargo, más adelante el TJOP considera que el Ministerio Público no logró acreditar la participación del imputado, restándole todo valor a la convención probatoria signada con el núm. 1 del auto de apertura, por estimar que en cuanto a su contenido:

“[E]xisten graves fundamentos que permiten rechazarla, porque en primer término, no son vinculantes para el Tribunal [las convenciones] y en segundo lugar, porque a su juicio exceden los márgenes legales, sosteniendo que a pesar de haber sido aprobadas por el Juez de Garantía, para el Tribunal del Juicio Oral sólo son pruebas desde el momento en que son incorporadas en la audiencia y por existir libertad para su valoración, está facultado para ello y en cuanto al segundo reproche que efectúa a la convención, sostiene que aunque el artículo 275 del Código Procesal Penal, no establece restricciones a la extensión de las referidas convenciones probatorias, la doctrina estima que ellas surgen del fundamento de legitimación del juicio oral, lo que hace que el mero acuerdo de las partes, no sea un método aceptable para garantizar la determinación de la verdad”.

Y más adelante añade que la citada convención probatoria adolece, además de lo ya dicho, de:

“[U]n serio vicio, que le impide al Tribunal poder valorar su contenido, dada la grave alteración mental que sufre el imputado, hecho acreditado

en su concepto por peritos que afirmarían que sufre de esquizofrenia, lo que ha considerado también el Tribunal para no tener como válido el contenido de la convención, por provenir de una persona que carece de voluntad, antecedente que obligaba de igual manera al Juez de Garantía a rechazarla”.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso de nulidad interpuesto por considerar que el TJOP había incurrido en una errónea aplicación del Derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo al restarle valor a la convención probatoria indicada, fundamentando su opinión en: a) incompetencia del TJOP para modificar las menciones contenidas en un auto de apertura del juicio oral y b) naturaleza jurídica del auto de apertura del juicio oral y efecto de cosa juzgada que ampara a este último una vez firme o ejecutoriado, declarando finalmente que lo anterior deja a salvo el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva pronunciada por el TJOP si alguno de las partes estima que, como consecuencia de lo decidido por el Juez de Garantía en el auto de apertura del juicio oral, la sentencia del TJOP adolece de algún vicio, todo ello conforme al inciso segundo del artículo 277 CPPCh<sup>396</sup>.

---

<sup>396</sup> En este sentido la citada Corte declaró que el TJOP al desconocer valor a la convención probatoria (sic.): “ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido en lo decidido en el fallo recurrido, porque ha desconocido abiertamente el efecto producido por la sentencia interlocutoria de segunda clase ejecutoriada, pronunciada por el Juez de Garantía violentando las disposiciones legales a que se ha hecho mención. NOVENO: Que lo que se ha razonado precedentemente, no significa en ningún caso, privar o cercenar la facultad del Tribunal Oral de efectuar la valoración de la prueba rendida por los intervinientes dentro de los límites que le exige el artículo 297 del Código Procesal Penal, porque la errónea aplicación del derecho apunta a un ámbito distinto, cual es el efecto jurídico que emana del auto de apertura, que contiene la convención probatoria, resolución que se encuentra ejecutoriada y por tal motivo inmutable. DECIMO: Que lo dicho precedentemente no obsta a que si se estimare por alguno de los intervinientes que a consecuencia de lo decidido por el Juez de Garantía,

#### 4) Nuestra opinión:

Si bien es posible coincidir con el carácter inmutable de las afirmaciones fácticas acordadas en una convención probatoria, por carecer el TJOP de facultades o competencia para recibir prueba en su contra y porque con tal actividad se vulneraría el efecto de cosa juzgada que las protege, por encontrarse contenidas en una sentencia interlocutoria que ha adquirido el carácter de firme o ejecutoriada, no es menos cierto que, en nuestra opinión, esta postura doctrinal nos merece dos comentarios.

El primero dice relación con la circunstancia de que afirmar el carácter inmutable de las convenciones probatorias no significa a nuestro juicio que las mismas, sin más, deban pasar derechamente a integrar el supuesto de hecho de la sentencia. El segundo es que, si bien los argumentos jurídicos arriba expuestos son incuestionables, creemos que no son los únicos que pueden esgrimirse existiendo otros que, sin contradecirlos técnicamente, atenúan la conclusión de la absoluta inmutabilidad de las convenciones probatorias.

Para desarrollar nuestra opinión creemos especialmente útil seguir la concepción de la prueba propuesta por Serra Domínguez<sup>397</sup>. Según este autor, como ya lo hemos comentado, la prueba jurídica consta de dos fases: conversión y comparación, admitiendo la primera de ellas las sub-fases de traslación y fijación. En la sub-fase de traslación dentro de la fase de conversión las partes trasladan a la presencia judicial los

---

la sentencia dictada por el Tribunal Oral pueda incurrir en algún vicio, se podrá deducir el correspondiente recurso de nulidad, como lo permite el artículo 277 del Código Procesal Penal, en su parte final”.

<sup>397</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 322-30.

“hechos” mediante sucesivas afirmaciones iniciales contenidas en sus escritos de alegación. Luego, en un sistema regido por el principio de aportación de parte, nuevamente las partes deben trasladar a la presencia judicial los hechos por la vía de proporcionar al juez, a través de los distintos medios de prueba, afirmaciones instrumentales. Es decir, las afirmaciones iniciales son sometidas a la actividad probatoria para proporcionar al juez afirmaciones instrumentales, que son el resultado de los distintos medios de prueba practicados en el juicio.

En la sub-fase de fijación el juez debe, de una parte, depurar esas afirmaciones instrumentales de las posibles parcialidades o errores de que adolezcan mediante el empleo de máximas de experiencia (valoración crítica de la prueba) y, de otra, con ayuda de nuevas máximas de experiencia el juez puede extraer nuevas afirmaciones instrumentales (actividad pericial y presuncional).

En la fase de comparación, el juez confronta las afirmaciones iniciales de las partes y las instrumentales ya depuradas en la fase anterior. Si coinciden total o parcialmente admitirá, en todo o en parte, las primeras para integrar el supuesto de hecho de su sentencia. Si no coinciden, deberá rechazar las afirmaciones iniciales por haber resultado probadas negativamente.

Si seguimos este esquema, resultará que las convenciones probatorias constituyen un mecanismo alternativo de producción de afirmaciones instrumentales, es decir, sólo está dirigido a reemplazar la actividad probatoria propiamente tal sobre los “hechos” acordados en la convención, los cuales no pueden ser objeto de los distintos medios de prueba que se practiquen en el juicio porque tal actividad no es *necesaria* a su respecto, en tanto el objetivo que con esta actividad se persigue es el

de producir afirmaciones instrumentales y las convenciones ya lo han cumplido.

Por idéntica razón, no creemos procedente la rendición de nueva prueba conforme al inciso primero del artículo 336 CPPCh. Ello porque en primer lugar las convenciones probatorias constituyen un mecanismo que *reemplaza* a la actividad probatoria en la producción de afirmaciones instrumentales, por tanto la prueba a su respecto es *innecesaria*. Y en segundo lugar, porque la norma indicada sólo autoriza al TJOP a ordenar, a petición de parte, la recepción de pruebas que la parte no haya ofrecido oportunamente siempre que justifique no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Es decir, esta norma sólo se refiere al caso en que exista una fuente de prueba cuyo conocimiento afloró durante las sesiones del juicio, surgiendo la necesidad de proponer el respectivo medio de prueba en una oportunidad procesal distinta a los escritos fundamentales de acusación fiscal, acusación particular y defensa del acusado, pero en caso alguno el surgimiento de esta fuente de prueba puede tener el efecto de cambiar la naturaleza no controvertida de una afirmación fáctica acordada en una convención probatoria ni hacer nacer la necesidad de prueba de una afirmación instrumental ya elaborada al margen de la prueba. Creemos, en síntesis, que el surgimiento de esta nueva fuente de prueba no tiene el efecto de alterar el *thema probandum*.

Más relevante para los efectos de las convenciones probatorias es la fase de fijación. Las afirmaciones fácticas acordadas en las convenciones probatorias ya se encuentran depuradas de posibles parcialidades, dado que son el fruto de un acuerdo entre las partes interesadas, pero no están necesariamente exentas de errores, por lo que creemos que el TJOP debe igualmente someterlas al proceso de valoración probatoria pero sólo en dos sentidos: primero requiere

someterlas a interpretación y luego al examen de su concordancia con las reglas de la sana crítica, esto es: los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En relación a la interpretación de las convenciones probatorias valga señalar que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en considerar que el proceso de “apreciación de la prueba” comprende dos operaciones intelectuales de los jueces sentenciadores: la interpretación y la valoración de la prueba propiamente tal, las que deben ser desarrolladas por el juzgador en ese estricto orden cronológico<sup>398</sup>. Interpretar la prueba implica desentrañar el significado mismo que el contenido de la fuente de prueba proporciona, lo que supone determinar qué es exactamente lo que declaró el testigo, sobre qué versó su declaración, qué ha informado el perito, cuál es el significado del documento, etc.<sup>399</sup>.

Una vez superada esta etapa, el juez se encontrará en condiciones de asignarle o no mérito o credibilidad a determinados medios de prueba y, con ello, dar por probados o acreditados ciertos hechos, es decir, se

---

<sup>398</sup> Véase, entre otros, CALAMANDREI, Piero, “La génesis...”, en *Estudios...*, cit., pág. 380; ORTELLS RAMOS, Manuel, “Derecho a la presunción de inocencia (III): «mínima actividad probatoria» como resultado probatorio. Regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, págs. 856-58 y, del mismo autor, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., pág. 367; MONTERO AROCA, Juan, “Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*, cit., págs. 49-50; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración...*, cit., págs. 31-3; y CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 89.

<sup>399</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Derecho a la presunción de inocencia (III): «mínima actividad probatoria» como resultado probatorio. Regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, cit., págs. 857-58. En el mismo sentido, TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “De la prueba...”, en *El nuevo proceso...*, cit., págs. 138-39.

encontrará en condiciones de proceder a valorar la prueba propiamente tal.

Pues bien, en nuestra opinión, los jueces del TJOP pueden perfectamente interpretar las convenciones probatorias, determinando o precisando su contenido, incluso a los fines de aclarar los términos de la convención probatoria para ellos mismos. Recordemos que a este respecto Danz, descartando la idea de que la labor interpretativa fuera una cuestión de hecho, apuntaba que aquélla no se propone demostrar que algo ha ocurrido realmente, sino a desentrañar el sentido o significado de las palabras y “el significado de las palabras no es un *suceso* —interno ni externo— que haya podido acontecer en la realidad”<sup>400</sup>.

En relación al examen de la concordancia de las convenciones probatorias con las reglas de la sana crítica, hemos de señalar que el juez nunca podrá quedar vinculado a una convención que sea contraria a tales reglas. No es posible aceptar que el TJOP deba quedar vinculado a una convención probatoria absurda o irracional, porque en tal caso la decisión que sobre tal afirmación fáctica se sustente sería arbitraria e irracional y ello con total independencia de que haya sido aprobada por el Juez de Garantía.

Este supuesto no es del todo inimaginable si recordamos la sentencia ya citada de la Corte de Apelaciones de Arica de 25 de octubre de 2004, pronunciada en la causa rol 130-2004, por la que se rechazó un recurso de nulidad, estimando que en la sentencia definitiva el TJOP

---

<sup>400</sup> DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos: contratos, testamentos, etc.*, 3ª ed. adaptada al Derecho español por Francisco Bonet Ramón, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 44. (La cursiva es del autor).



podía modificar el contenido de una convención probatoria si ella era errónea. Como ya lo hemos indicado, en este caso las partes habían acordado como convención probatoria que la cantidad de droga encontrada en poder de la imputada era de 15 gramos bruto de clorhidrato de cocaína y, en consecuencia, el hecho por el que se le acusaba fue calificado por el Ministerio Público como tráfico ilícito de estupefacientes.

Sin embargo, el propio Ministerio Público en este juicio había adjuntado como prueba documental el acta de recepción de la droga donde se precisaba que el peso de la droga incautada era de 2,7 gramos neto. Este último antecedente posibilitó la recalificación del hecho, siendo finalmente condenada la acusada por un delito-falta de posesión ilícita de estupefacientes en lugar público, descartándose la existencia del delito de tráfico ilícito atendido la cantidad de droga incautada.

Finalmente la Corte rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva del TJOP señalando, en su considerando sexto, que:

“Tal como se ha evidenciado en los motivos pretéritos, la evidencia de contenido de la convención probatoria conlleva un concepto flexible del artículo 275 del Código Procesal Penal en términos de no haberse considerado por los intervinientes de aquélla, de ciertos elementos que, en definitiva, precisan con eficacia el contenido de un documento presentado por el Ministerio Público; no se trata acá de un desconocimiento de la convención probatoria, pues ella resulta de la esencia plena de la existencia de la droga, aunque ahora concentrada en

el peso neto de 2,7 gramos. En este escenario, la ponderación y valoración de un elemento probatorio ahora precisado en su contenido es privativo de los Jueces del Tribunal Oral en lo Penal, no susceptible de recurso de nulidad”.

Este caso ilustra muy bien lo que queremos exponer aquí. Ante una redacción imprecisa o errónea de la convención probatoria, el TJOP puede y debe interpretar sus términos, máxime si para ello cuenta con otros medios probatorios producidos en el juicio oral que, si bien no dirigidos específicamente a contradecir la convención probatoria, terminan por precisar sus términos, todo lo cual nos parece absolutamente válido y que no contradice en nada la normativa relativa a las convenciones probatorias.

Desde otra perspectiva, esta misma convención errónea que confundió el peso bruto con el peso neto de la droga, también puede estimarse que vulneraba los principios científicamente afianzados, por lo que consideramos que el TJOP no podía quedar vinculado a la misma.

En definitiva, las convenciones probatorias vinculan al TJOP siempre que, una vez interpretadas y concordadas con las reglas de la sana crítica, se concluya que las mismas tienen un significado preciso y armónico con tales reglas. Volviendo a la terminología de Serra Domínguez, las afirmaciones instrumentales contenidas en las convenciones probatorias, ya depuradas en la fase de fijación, permiten al tribunal sentenciador fijar sus propias afirmaciones las que deben ser comparadas con las iniciales de las partes. Si coinciden, como sucederá si, tras la tarea de interpretación de la misma el TJOP concluye que el tenor de la convención es claro y preciso y acorde con las reglas de la sana crítica, el tribunal admitirá las afirmaciones iniciales de la parte para integrar el supuesto de hecho de la sentencia. En caso contrario, si la

convención resulta ser errónea o contraria a las reglas de la sana crítica, la misma debe ser desechada por el tribunal quien tendrá como único camino a seguir dar por no acreditada la afirmación inicial por carecer de término de comparación al no haberse producido afirmaciones instrumentales coincidentes.

Por otra parte, al gran límite que imponen las reglas de la sana crítica a las convenciones probatorias, se añade otro más que, en nuestra opinión, se desprende del propio tenor literal de la norma del artículo 275 CPPCh.

Lo que autoriza la citada disposición es a acordar que se den por acreditados ciertos “hechos”, que no podrán ser discutidos y a los cuales deberá estarse durante el juicio oral. De esto se desprende que en una convención probatoria no pueden acordarse calificaciones jurídicas de los hechos, ni determinar la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados o standards jurídicos, tales como “diligencia de un buen padre de familia”, “negligencia”, “moral y orden público” ni, por último, acordarse la interpretación de las declaraciones de voluntad, sino sólo que las partes emitieron una determinada declaración de voluntad, en tanto todos estos temas corresponde determinarlos al tribunal sentenciador<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, “Los hechos en la casación. (Líneas generales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1944, págs. 639-51. Si bien el citado autor efectúa tal distinción con ocasión del estudio de las facultades o competencias del tribunal de casación y no obstante ser la misma duramente criticada y descartada de plano a efectos casacionales por Nieva Fenoll, con argumentos difícilmente discutibles, lo cierto es que creemos que la distinción efectuada por Prieto-Castro, probablemente improcedente a los fines de la casación, resulta útil para aclarar el tema que ahora nos ocupa, esto es, lo que puede y lo que no puede ser objeto de una convención probatoria. En sentido similar, GUASP, Jaime, *Juez y hechos...*, cit., págs. 12-14. Las críticas a la distinción efectuada por el primero de los

En nuestra opinión, todos estos tópicos corresponden a cuestiones que son de exclusiva competencia del Tribunal de fondo (TJOP) y cuya determinación no puede, en consecuencia, quedar entregada a la disponibilidad de las partes por la vía de ser establecidas mediante las convenciones probatorias.

Una convención probatoria que aborde los referidos tópicos no podría ser admitida por el Juez de Garantía y, si lo es, no debiera ser vinculante para el TJOP, no obstante encontrarse amparadas por la fuerza de la cosa juzgada que favorece a la resolución judicial que las contiene, porque con ello, se excedería el tenor literal del artículo 275 CPPCh y se invadirían las competencias propias del tribunal sentenciador.

Conforme a lo expuesto, creemos acertada la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica que ya hemos citado, de 13 de diciembre de 2004, que rechaza el recurso de nulidad fundado en una aplicación errónea del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo (artículo 373 letra b) CPPCh), al desconocer la sentencia del TJOP la convención probatoria que contenía los hechos constitutivos de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del número 9 del art. 11 CPCh (colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos). Consideramos correcta esta sentencia de la Corte porque las partes no pueden acordar en una convención probatoria que determinados hechos *constituyen* la minorante de responsabilidad contenida en determinada norma legal, sino que sólo se deben limitar a establecer los hechos que podrían constituir esta minorante pero sin calificarla jurídicamente,

---

autores citados entre cuestiones de hecho y de derecho, pueden verse en NIEVA FENOLL, Jorge, *El hecho...*, cit., págs. 95-142 y 237-46.

porque esa es tarea del tribunal de fondo quien es soberano para determinar si tales hechos constituyen o no una circunstancia atenuante.

El asunto parece no ser poco frecuente, dado que hemos encontrado otras sentencias en las que se reproducen convenciones probatorias que incluyen calificaciones jurídicas de los hechos. Así por ejemplo, en un caso en el que se enjuiciaba un delito de robo con fuerza en las cosas, las partes habían acordado como convención probatoria: “que el acusado posee un retardo mental leve, y por lo mismo su imputabilidad se encontraría disminuida conforme al artículo 11 N° 1 del Código Penal”<sup>402</sup>. El respectivo TJOP determinó en su sentencia que efectivamente favorecía al acusado la minorante indicada:

“[T]oda vez que el *informe psiquiátrico* emitido por la doctora Sonia Méndez Caro señala que efectivamente padece de un trastorno mental leve, opinión profesional que es compartida por estos sentenciadores, cuanto que es evidente que el acusado sufre una deficiencia mental; para ello bastó observar su comportamiento durante el desarrollo de la audiencia”<sup>403</sup>.

Lo que queremos destacar de esta sentencia es que el TJOP ni siquiera menciona como fundamento de su decisión la convención probatoria acordada sino derechamente un informe pericial psiquiátrico pero, como es obvio, al coincidir la decisión con la convención acordada

---

<sup>402</sup> Art. 11 N° 1 CPCh: “Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las expresadas en el número anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos” y art. 10 N° 1 CPCh: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1ª El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”.

<sup>403</sup> STJOP Angol, 14 mayo 2002, Cdo.13°, RIT N° 3-2002. (La cursiva es nuestra).

las partes no alegaron la nulidad del fallo por desconocimiento de ésta.

En casos como el reseñado precedentemente, consideramos que el procedimiento correcto es que las partes, sobre la base de algún peritaje psiquiátrico al acusado producido durante la fase de investigación, acuerden como un hecho no controvertido simplemente que este último sufre de un retardo mental leve, para que luego el TJOP, partiendo de la existencia de este hecho indiscutible, pondere si resulta o no aplicable al mismo la atenuante del art. 11 N° 1 con relación al art. 10 N° 1, ambos del CPCh.

Por otra parte, creemos que tampoco pueden las partes, sin peritaje alguno, proceder a acordar una deficiencia mental del acusado y que esta convención resulte vinculante para el tribunal sentenciador en tanto ello contradeciría los principios de la lógica, las máximas de experiencia y, sobre todo, los conocimientos científicamente afianzados.

Finalmente, es importante señalar dos cuestiones adicionales pero fundamentales sobre las convenciones probatorias: a) el extremo cuidado y precisión que debe desplegarse a la hora de redactarlas, debiendo las partes limitarse a establecer en ellas cuestiones meramente de hecho por difícil que resulte, evitando invadir campos propios del juicio jurídico que compete a los sentenciadores o vulnerar las reglas de la sana crítica al efectuar deducciones o valoraciones de hechos contrarias a las mismas; y b) el riguroso control que debe desplegar el Juez de Garantía al aprobar las convenciones probatorias velando, no sólo por el respeto a las garantías propias de la audiencia en las que tales acuerdos se ventilan, fundamentalmente en lo relativo al libre consentimiento del imputado, sino también por evitar que con estas convenciones se invadan facultades propias de los jueces sentenciadores.

Lo anterior determina, a nuestro juicio, que en materia de convenciones probatorias debe primar entre las partes y el juez de garantía la máxima prudencia para así evitar errores o imprecisiones fruto del apresuramiento o falta de información dada la temprana etapa procesal en que se acuerdan las mismas (antes del juicio oral y, por tanto, de la fase de la prueba).

Ello porque, de no imperar tal prudencia las convenciones probatorias, lejos de cumplir con la finalidad de economía procesal que persiguen, producirán dilaciones evitables en el juicio, sobre todo si tomamos en cuenta que, como veremos a continuación, el único remedio procesal contemplado en caso de error o desconocimiento de una convención probatoria será el recurso de nulidad de la sentencia definitiva.

En efecto, conforme al inciso final del art. 277 CPPCh, la única otra alternativa de subsanación de los errores que tales convenciones contuvieran y que no hayan podido superarse por la vía de la interpretación probatoria y del examen de su concordancia con las reglas de la sana crítica, aunque esto último se nos antoja difícil, sería la interposición de un recurso de nulidad del juicio oral y de la sentencia por valoración errónea de los medios de prueba, a través del motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra e) con relación a la letra c) del artículo 342, ambos del CPPCh: Omisión en la sentencia del requisito previsto en la letra c) del artículo 342:

“Exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

Por su parte, las causas invocadas para fundar un recurso de nulidad por desconocimiento de una convención probatoria, conforme al CPPCh y a la jurisprudencia analizada, son:

a) Por inaplicación de los artículos 275 del CPPCh y 158 y 175 del CPCCh a través de la causa del 373 letra b) del CPPCh:

“Cuando, en el pronunciamiento de una sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

El acogimiento de esta causa acarrea la nulidad de la sentencia definitiva.

b) Por valoración errónea de los medios de prueba, a través del motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra e) con relación a la letra c) del artículo 342, ambos del CPPCh, motivo que de ser acogido acarrea la nulidad del juicio oral y de la sentencia que le puso término.

**c) Teoría acerca del fin de la prueba aplicable al sistema chileno**

Una vez expuesto el panorama normativo del sistema chileno, debemos volver a las llamadas teorías acerca de la finalidad de la prueba y procurar encuadrar dicho sistema en alguna de ellas, considerando como modelo un procedimiento ordinario que llegue a juicio oral y que contemple o no convenciones probatorias.

a’) Caso de juicio oral sin convenciones probatorias: la finalidad de la prueba no podrá ser sino la convicción psicológica del Tribunal, adquirida más allá de toda duda razonable, formada con base en la prueba producida en el juicio oral y apreciada con libertad, pero sin contradecir



los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (artículos 340 y 297 CPPCh).

b') Caso de juicio oral con convenciones probatorias: no cabe sino inclinarnos por la teoría ecléctica defendida, entre otros, por Montero y Ortells, según la cual podemos señalar, adecuando las palabras del primero<sup>404</sup>, que el fin de la prueba en estos casos será también la certeza o convicción en el juzgador respecto de datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las convenciones probatorias, sin perjuicio de las facultades de interpretación que aquél siempre puede ejercer sobre estas últimas y del examen de su concordancia con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Por otra parte, en la jurisprudencia del nuevo sistema procesal penal chileno se puede percibir una, a nuestro juicio, acertada tendencia hacia la tesis de que la finalidad de la prueba penal es, desde luego, la consecución de la convicción judicial pero basada ésta sobre una verdad contextual, relativa y aproximativa. Al respecto podemos citar la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol, de 25 de mayo de 2001, según la cual:

“El concepto de «certeza», como todos los conceptos, es contextual y por lo tanto no está formado en el vacío. Si por certeza, se quisiera significar la aptitud de llegar a la verdad de modo irrefutable e inmutable, que no deje elemento posible de contradicción fuera de su alcance, se estaría utilizando un concepto de certeza que es imposible de

---

<sup>404</sup> MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., págs. 249 y 254-55 y en “Nociones...”, en *La prueba*, cit., pág. 29.

lograr tanto en el contexto limitado del conocimiento humano, como en el contexto limitado del proceso judicial.

La «verdad» en materia de decisiones judiciales es, cuanto más, de carácter aproximativo o relativo, legitimando la decisión judicial la exigencia de que esa verdad lograda en el proceso, despeje cualquier duda razonable que favorezca al acusado, de manera tal que en éste contexto de elementos el Tribunal debe lograr para fundar una condena penal la convicción de certeza dentro de las limitaciones propias del conocimiento humano, donde el universo valorable es el aportado por las pruebas producidas en el debate durante el juicio y las limitaciones provenientes del mayor o menor poder convictivo de cada una de las pruebas en si misma y en relación a las demás”<sup>405</sup>.

Existen otros fallos que hacen alusión a la “verdad procesal” como fin de la prueba, señalando al respecto:

“El Tribunal no puede basar una decisión en una prueba que haya sido obtenida con inobservancia de las garantías constitucionales atendido que se debe lograr la *verdad procesal* mediante el respecto a las reglas y garantías constitucionales”<sup>406</sup>.

### **3. Nuestra opinión acerca del fin de la prueba**

Llegados a este punto, creemos que no resulta lógico estudiar la finalidad de la prueba en abstracto, sin referencia a un específico

---

<sup>405</sup> STJOP de Angol, 25 mayo 2001, Cdo. 10º, RIT N° 1-2001.

<sup>406</sup> SJG de San Antonio, 22 junio 2005, Cdo. 6º, RIT N° 2274-2004. (La cursiva es nuestra). Otro pronunciamiento jurisprudencial, contenido en la STJOP de Rancagua, 18 noviembre 2004, Cdo. 11º, RIT N° 67-2004, refiriéndose al estándar probatorio exigido por el sistema del CPPCh y comparándolo con el antiguo sistema del CPP de 1906, señala: “... el nuevo estándar no exige esa certeza absoluta ni promueve fórmula alguna de plena prueba que suprima por completo otra versión de aquella por la que se condena”.

ordenamiento jurídico y, sobre todo, al conjunto de normas jurídicas que conforman el sistema probatorio de ese ordenamiento positivo.

Siendo así y atendido lo expuesto en las páginas precedentes, podemos concluir que en el sistema de enjuiciamiento criminal español no cabe duda que dicha finalidad será la convicción psicológica del juez.

Por su parte, en el vigente sistema procesal penal chileno dicha finalidad será la consecución de la convicción judicial, con la advertencia de que tal convicción puede adquirirla el tribunal a través de su propia convicción psicológica derivada de la prueba producida durante el juicio oral o a través de las convenciones probatorias, sin perjuicio de las facultades de interpretación y de su examen de concordancia con las reglas de la sana crítica que ejerce el tribunal respecto de las referidas convenciones en el marco del proceso de apreciación o valoración de la prueba.

En lo referente exclusivamente a la convicción judicial generada a través de la auténtica prueba procesal, de acuerdo al tenor de los ya citados artículos 340 y 297 CPPCh, dos son las limitaciones de dicha convicción:

a) Que el tribunal deberá formarse dicha convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida en el juicio oral, lo cual implica el reconocimiento del legislador chileno a las limitaciones que el contexto procesal impone a la búsqueda de la verdad, derivadas fundamentalmente del respeto a las garantías constitucionales y procesales y a las reglas de procedimientos propias de un juicio y, desde luego, la recepción de una de las más importantes exigencias de la doctrina de la presunción de inocencia como regla probatoria.

b) No contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, con lo cual el legislador chileno intenta erradicar al máximo posible el carácter meramente subjetivo de la convicción judicial. Limitación esta última que, como hemos visto, también resulta aplicable a la convicción judicial alcanzada a través del mecanismo de las convenciones probatorias.

Con todo, creemos que al introducir el legislador chileno las convenciones probatorias como un sistema alternativo de producción de la convicción judicial, habría sido altamente conveniente que en las disposiciones aludidas hubiese incluido expresamente a tales convenciones, señalando, por ejemplo, en el inciso segundo del artículo 340 CPPCh, que el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral o sobre las convenciones probatorias acordadas por las partes y, en el artículo 297 del mismo cuerpo legal citado, tras señalar que el tribunal apreciará la prueba con libertad, pero sin contradecir las reglas de la sana crítica, haber añadido un inciso a continuación que estableciera que igual restricción en orden a respetar dichas reglas rige para las convenciones probatorias, para así dejar claro que el acuerdo de las partes sobre determinados hechos no puede vincular al tribunal sentenciador hasta el límite de lo absurdo, irracional o arbitrario.

Con todo, el tenor del artículo 340 CPPCh en términos que nadie puede ser condenado sino cuando el tribunal adquiera, más allá de toda *duda razonable*, la convicción de que realmente se cometió el delito y que en él le cupo al acusado una participación culpable y penada por la ley, es lo suficientemente amplia para entender que incluye a la convicción judicial formada con base en una convención probatoria, en tanto la exigencia legal de racionalidad de la convicción no efectúa

distinciones ni podría razonablemente hacerlo. Sin embargo, insistimos en las propuestas arriba apuntadas en orden a incorporar al 297 y 340 CPPCh una expresa referencia a las indicadas convenciones.

Señalemos finalmente que cuando hablamos de “convicción judicial” como el fin de la prueba nos referimos, parafraseando a Ortells, a la consecución a través de la actividad probatoria de “un estado subjetivo de convicción en el juez acerca de la correspondencia de la afirmación de hechos con la realidad”<sup>407</sup>, terminología con la cual nosotros concordamos dado que, tal como ya lo hemos señalado en las páginas precedentes, las limitaciones impuestas por las reglas de procedimiento y por el respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales propias de todo procedimiento penal moderno, sólo posibilitan el logro en el proceso de una verdad aproximativa y contextual. Y puesto que el objeto de la prueba no son los hechos en sí mismos sino sólo las afirmaciones que sobre tales hechos efectúan las partes, lo cierto es que lo único a lo que puede aspirarse en el proceso a través de la prueba es a llegar a considerar que una determinada afirmación factual es “verdadera”, entendiendo esta última expresión como equivalente a: “la correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas”<sup>408</sup>.

No pretendemos repetir lo hasta aquí dicho por los autores que hemos citado en este apartado, pero creemos que no se trata simplemente

---

<sup>407</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, en *Derecho procesal civil*, cit., pág. 350.

<sup>408</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pág. 66.

de ponerle apellidos o adjetivos a la verdad, sino de reconocer un hecho incuestionable, cual es el de que no es posible hablar de verdades absolutas prácticamente en ningún área del saber humano ni mucho menos podemos pretender buscar esa verdad en el ámbito del proceso penal donde, con mayor claridad si cabe, existen límites derivados principalmente del respeto a los derechos fundamentales, garantías procesales y reglas de procedimientos propias de un Estado de Derecho.

No obstante lo anterior, también creemos que no es posible renunciar *a priori* a la búsqueda de la verdad en el ámbito procesal penal, aunque sólo se trate de una verdad contextual, aproximativa y relativa. En este orden de ideas, hacemos nuestros los dichos de Muñoz Sabaté: “Excluir el concepto de la verdad del fin práctico que se propone la prueba no significará nunca que renunciemos a obtenerla, de la misma forma que en nuestras aspiraciones particulares apuntamos a lo más alto para quedarnos luego con ciertos logros menores. Más aún: el juez debe hacer con la verdad lo mismo que hace el navegante: enfilarse proa hacia la estrella polar que le servirá de norte aunque jamás piense en amarrar a su vera”<sup>409</sup>.

#### **4. Diferencia entre fin y resultado de la prueba**

En las páginas precedentes hemos analizado la finalidad de la prueba, constatando que la doctrina mayoritaria concluye que aquella está constituida por la convicción psicológica del juez, sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos de fijación de hechos y adquisición de la convicción judicial al margen de la actividad probatoria propiamente tal,

---

<sup>409</sup> MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria*, cit., pág. 60.

cual es el caso del sistema chileno a través del instituto de las convenciones probatorias.

Pero centrándonos tan sólo en la convicción judicial como fin de la prueba, tenemos que aclarar que la misma se erige como el fin abstracto de la prueba, en tanto es una realidad que tal finalidad no siempre se consigue en el ámbito del proceso.

En efecto, tras el proceso de apreciación o valoración de la prueba, usando la terminología de Serra Domínguez<sup>410</sup>, puede suceder que el juez:

a) Alcance la convicción psicológica en orden a que las afirmaciones iniciales de las partes son verdaderas o que no lo son, luego de comparar aquéllas con las afirmaciones instrumentales ya depuradas que ha construido tras la actividad probatoria y su posterior valoración; o

b) No alcance tal convicción al carecer de afirmaciones instrumentales ya depuradas con que comparar las afirmaciones iniciales de las partes, sea porque no se produjo prueba alguna en el juicio, sea porque las pruebas positivas y negativas acerca de alguna afirmación resultaron equivalentes, o sea porque la prueba rendida fue insuficiente para obtener la convicción acerca de la correspondencia de tales afirmaciones de hecho iniciales de las partes con la realidad.

Es precisamente esta última hipótesis la que nos permite dilucidar la diferencia que existe entre las nociones de fin y de resultado de la prueba. Para ilustrar tal diferencia, Carnelutti equipara las pruebas con

---

<sup>410</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Contribución...", en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., pág. 329 y *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., pág. 15. También MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 51-52.

las llaves mediante las cuales el juez trata de abrir las puertas de lo desconocido, para saber lo que no sabe (los hechos que debe juzgar) y así explica: “una es la finalidad y otro es el resultado; sólo en las obras de Dios el segundo se adapta perfectamente a la primera; tratándose de obra de hombres todo lo más que se puede esperar es una aproximación de la finalidad. Alguna vez la puerta se abre de par en par; alguna vez se abre solamente un poco; no es raro que quede cerrada”<sup>411</sup>.

Ya adelantamos que, en términos generales, Carnelutti definió el resultado como “*lo que se logra realizar del fin con los medios disponibles*”<sup>412</sup>. Teniendo presente este concepto general, entenderemos por resultado de la prueba: “la conclusión a que llegue el juez, basado en el conjunto de los medios aportados al proceso, sobre los hechos afirmados o negados en él, y que deben servirle para la aplicación de las normas jurídicas sustanciales o procesales que los regule”<sup>413</sup>.

Una de las principales aportaciones que conlleva la diferenciación entre fin y resultado de la prueba es el de permitir superar la confusión que puede producirse entre concebir la prueba como fin y concebirla como resultado o actividad. Si la prueba se entiende en términos de convicción judicial, al no producirse esta última la noción de prueba caería y la conclusión no podría ser otra que la de que en ese proceso no hubo prueba. Pero si, en cambio, concebimos a la prueba como una actividad o un medio para lograr la antedicha convicción judicial, resulta

---

<sup>411</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. I, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1950 (*Lezioni sul processo penale*, I, Roma, Edizioni dell’Ateneo, 1946), págs. 290-91; y en *La prueba civil*, cit., pág. 52.

<sup>412</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Pruebas civiles y pruebas penales”, en *Estudios de Derecho procesal*, vol. II, cit., pág. 114. (La cursiva es del autor).

<sup>413</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 255.



muy fácil entender que en un determinado proceso tal convicción no se logre, no obstante haber existido actividad probatoria y haber sido ésta valorada por el juez. En el primer caso (prueba=convicción) la prueba sin convicción judicial sería un verdadero sin sentido o una *no prueba*, mientras que en el segundo caso (prueba= medio de consecución de la convicción judicial), tal hipótesis es perfectamente aceptable<sup>414</sup>.

Por otra parte, el resultado probatorio sólo es detectable tras el proceso intelectual de valoración de la totalidad de la prueba, porque para definir si se ha alcanzado la convicción sobre la correspondencia o no de determinadas afirmaciones factuales con la realidad, no bastará con analizar el resultado que cada medio probatorio arroje, sino que habrá que, a continuación de la valoración individual de cada medio de prueba, comparar y apreciar en conjunto el resultado probatorio de todos los que se hayan producidos en el juicio, incluidas las pruebas concurrentes y las pruebas en contrario<sup>415</sup>. Esto es así porque el fin de la prueba también es diferente del fin de su valoración. El primero, como ya hemos visto, es en general la convicción judicial, mientras que el fin de la valoración de la prueba es, al decir de Devis Echandía, “precisar el mérito que ella puede tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción, que puede ser positivo si se obtiene o, por el contrario, negativo si no se logra”, por lo que sólo tras la valoración de la prueba el juez podrá saber si en ese proceso la prueba ha logrado o no su fin o, lo que es lo mismo, si el resultado de la prueba corresponde o no a su fin y, en ambos casos,

---

<sup>414</sup> En tal sentido, véase DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 254; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración...*, cit., pág. 18; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 52.

<sup>415</sup> En este sentido, cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 255.

la valoración probatoria por su parte habrá cumplido con su finalidad específica<sup>416</sup>.

La clara diferenciación entre el fin y el resultado de la prueba se torna también necesaria para determinar los casos en que la presunción de inocencia resulta efectivamente vulnerada, distinguiendo los eventos de condenas en ausencia de una mínima actividad probatoria en el juicio que pueda considerarse objetivamente de cargo de aquellos otros en que, aduciendo una supuesta infracción a la presunción de inocencia, lo que realmente se impugna es la valoración de la prueba propiamente tal que ha efectuado el tribunal sentenciador, cuestión esta última que resulta improcedente en un sistema de libre apreciación de la prueba como ocurre en los procedimientos penales tanto de España como de Chile, salvo en lo tocante a su racionalidad que estimamos sí puede controlarse por la vía recursal, aunque con algunas limitaciones.

## VI. DIFERENCIA ENTRE FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

Otra distinción importante en materia de prueba es la que diferencia entre fuente y medio de prueba, pues se trata de un tema que atraviesa todo el estudio de la prueba procesal.

Fue Carnelutti quien esbozó por vez primera esta distinción<sup>417</sup>, pero fue Sentís Melendo quien, entre nosotros, simplificó la terminología carneluttiana, entendiendo que *fuentes de prueba* eran los elementos probatorios que existían antes del proceso y con independencia de éste y que los *medios de prueba* eran las actuaciones judiciales con las

---

<sup>416</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, N° 1, 1966, pág. 27.

<sup>417</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., págs. 70-71.

cuales las fuentes se incorporaban al proceso y así definió la prueba como la “*verificación de afirmaciones, formuladas por las partes, relativas en general a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios*”<sup>418</sup>.

Más adelante el autor reitera que la *fuentes* es un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde a una realidad anterior y extraña al proceso y que existe con independencia de este último; mientras que el *medio probatorio* es un concepto jurídico y absolutamente procesal, que nace y se forma en el proceso. Se buscan las *fuentes*; y, cuando se tienen, se proponen los *medios* para incorporarlas al proceso. De esta forma constituyen fuentes de prueba el testigo, el documento, el “reo”, la materia u objeto y la cosa reconocida y, respectivamente, constituyen medios de prueba la prueba testimonial, documental, la de absolución de posiciones, la pericial y el reconocimiento judicial<sup>419</sup>.

La indicada distinción posee especial relevancia por cuanto incide en una gran cantidad de aspectos de la prueba procesal — algunos de ellos de carácter fundamental — que, siguiendo la sistematización efectuada por Sentís Melendo<sup>420</sup>, se pueden resumir como sigue:

1) La distinción permite aclarar que cuando se habla de clasificación de las pruebas, lo que en realidad se clasifica son las fuentes de prueba y no los medios probatorios.

---

<sup>418</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., págs. 15-16 y más específicamente en la misma obra a contar de la pág. 141 en “Fuentes y medios de prueba”. (La cursiva es del autor).

<sup>419</sup> Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., pág. 151.

<sup>420</sup> Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., pág. 156.

2) Cuando los códigos o la jurisprudencia crean o admiten un nuevo “medio de prueba” lo que están haciendo en realidad es darle entrada en el proceso a una fuente de prueba que con anterioridad se mantenía fuera de él. De esta manera se puede concluir que el *numerus clausus* no se aplica a las fuentes de prueba porque éstas son infinitas y se encuentran en constante crecimiento dado los avances tecnológicos y científicos. Lo que sí puede ocurrir es que la incorporación de esas “nuevas fuentes” al proceso pueda resultar más o menos difícil, según la normativa que cada código establezca con relación a la “libertad de medios de prueba”. Así por ejemplo, el nuevo CPPCh ha optado por establecer expresamente el principio de *libertad de fuentes de prueba* en sus artículos 295 y 323, principio que también se aplica en el sistema de enjuiciamiento criminal español, a través de la aplicación de los artículos 4, 299.2, 382 LEC y 24.2 CE (derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes).

3) La búsqueda y obtención de las fuentes de prueba no es una actividad probatoria, precisamente porque consiste en averiguar y ya hemos señalado en este trabajo las diferencias existentes entre probar y averiguar. Lo anterior no significa que esta actividad de búsqueda y obtención de fuentes de prueba pueda realizarse al margen de la ley sino, muy por el contrario, en los sistemas procesales modernos se trata de una actividad que también se encuentra regulada por la ley, aunque no sujeta a formas procesales rígidas. Su regulación apunta especialmente a impedir que a través de esta actividad se puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

4) Finalmente, coincidimos con Sentís Melendo en considerar que en materia de valoración de la prueba, lo que realmente se valora no es el medio probatorio en sí, sino su contenido que es la fuente de prueba

propriadamente tal (la declaración del testigo, la actitud corporal y gestos del testigo, su credibilidad, etc.)<sup>421</sup>.

Sobre este tema volveremos en los dos capítulos siguientes, donde profundizaremos en el tema relativo a las diferencias entre la actividad de búsqueda y obtención de fuentes de prueba y la prueba procesal y la regulación que admite una y otra actividad.

## **VII. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PROCESAL**

### **1. Aclaración previa**

Llegados a este punto y habiendo analizado los aspectos más fundamentales de la prueba, corresponde intentar una definición de *prueba procesal* junto con puntualizar algunas de sus principales características.

Para comenzar creemos que, a los fines de elaborar un concepto instrumental de prueba que resulte útil para describir los diversos aspectos que hemos tratado y los que trataremos en las páginas venideras, no es posible realizarlo con total prescindencia del modelo procesal penal al cual se hace referencia, puesto que tal concepto es también un concepto regulado que responde a la específica configuración que de la actividad probatoria haya adoptado la legislación procesal en un lugar y tiempo determinado<sup>422</sup>.

Esta opción nos permite, además, elaborar un concepto de prueba procesal que considere las diferencias que existen entre el sistema

---

<sup>421</sup> Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, cit., pág. 159-69.

<sup>422</sup> En el mismo sentido, MONTERO AROCA, Juan, “Nociones...”, en *La prueba*, cit., pág. 28; y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 33-4.

procesal penal español y el chileno que, a su vez responden, respectivamente, a un modelo acusatorio mixto y a uno acusatorio puro. Las diferencias que existen entre ambos sistemas, fundamentalmente en materia de iniciativa probatoria y en lo relativo a la existencia de sistemas alternativos a la prueba para la fijación de los hechos de la causa en la sentencia (convenciones probatorias), imponen definiciones distintas de la prueba en algunos aspectos.

Aún a riesgo de errar metodológicamente, a continuación se intentará elaborar definiciones paralelas de la prueba procesal con vistas a la realidad procesal penal española y chilena, para luego proceder a enunciar las características más relevante de la actividad probatoria, apuntando — cuando lo consideremos oportuno — las diferencias que procedan a la luz de ambos modelos y sin perjuicio de que algunas de estas características serán analizadas más profundamente en los capítulos siguientes.

## **2. Concepto de prueba procesal en el sistema procesal penal español**

Actividad procesal de las partes y del juez, por medio de la cual se busca obtener un estado subjetivo de convicción en este último acerca de la correspondencia de las afirmaciones de hechos con la realidad, alcanzada a través de medios probatorios obtenidos en forma lícita y practicados con estricto respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales durante el curso del juicio oral y bajo el imperio de los principios de contradicción, igualdad, oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

## **3. Concepto de prueba procesal en el sistema procesal chileno**

Actividad procesal de las partes por medio de la cual se busca obtener un estado subjetivo de convicción en el tribunal acerca de la correspondencia de la afirmaciones de hechos con la realidad, sea que dicha convicción se alcance a través de la práctica de medios probatorios durante el juicio oral o a través del mecanismo de las convenciones probatorias, ambos apreciados conforme a las reglas de la sana crítica y producidos y acordados, respectivamente, en forma lícita, con estricto respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales y bajo el imperio de los principios contradicción, igualdad, oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

#### **4. Características de la prueba procesal**

De los anteriores conceptos podemos extraer algunos rasgos fundamentales que caracterizan a la prueba procesal:

a) Es una *actividad*: la prueba ha sido definida por la doctrina destacando algunos de sus aspectos fundamentales sobre otros y así ha sido concebida como una actividad procesal de las partes y del juez, o con vistas a la finalidad que persigue o bien resaltando la naturaleza misma de la actividad probatoria como actividad de verificación<sup>423</sup>.

Hemos descartado para nuestra definición las posturas finalísticas que son todas aquellas que construyen la noción de prueba centrándola en la consecución de la convicción o certeza judicial porque, tal como lo apuntábamos al referirnos a la diferencia existente entre fin y resultado de la prueba, habrá casos en que, no obstante haber existido actividad probatoria en el juicio, dicha convicción o certeza no se logre. Siendo así,

---

<sup>423</sup> Véase una excelente síntesis de las posturas doctrinales que definen la prueba en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 22-32.

no parece razonable definir la prueba desde su finalidad, por cuanto quedaría fuera de la misma toda aquella actividad probatoria que no consigue tal finalidad y que no por eso deja de constituir prueba procesal.

También hemos desechado la opción, absolutamente válida, de definir la prueba procesal atendiendo a la naturaleza de la misma, o sea, como una actividad de verificación, puesto que pensamos que una definición de ese tipo sólo resalta la actividad que desarrolla el juez al valorar los medios de prueba, al comparar, usando terminología de Serra Domínguez, las afirmaciones iniciales de las partes con las instrumentales depuradas que obtiene el juez tras la prueba, actividad que le permite verificar la correspondencia de las primeras con las segundas y, por tanto, con el grado de realidad que es posible conocer al interior del proceso.

En tal sentido, creemos que una definición de este género deja fuera la actividad que las partes despliegan en el ámbito probatorio, la cual innegablemente forma parte del fenómeno de la prueba procesal y que, específicamente en el caso chileno, no puede ser calificada de secundaria como apunta Miranda Estrampes, aún cuando compartamos con el autor citado la idea de que la prueba procesal, en estricto sentido, se centra más en la actividad de verificación que lleva a cabo el juez que en la actividad de aportación de las partes<sup>424</sup>. No obstante ello, optamos por definirla como actividad de las partes y del juez, con miras a abarcar la mayor cantidad de elementos que, a nuestro juicio, integran el fenómeno de la prueba procesal.

---

<sup>424</sup> Véase MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 24-6.



b) Es una actividad *procesal* porque sólo tiene lugar al interior del proceso y porque se encuentra estrictamente regulada por la ley, fundamentalmente en lo que dice relación con la proposición, admisión, práctica y posterior valoración de los medios probatorios, incluso en los sistemas en que rige la libre apreciación de la prueba. En idéntico orden de ideas Ortells califica la prueba como una actividad jurídica, específicamente jurídico procesal, queriendo con ello poner de relieve que como tal actividad la prueba se encuentra sometida a una ordenación, que supone el establecimiento de limitaciones y condicionamientos, que inclusive alcanzan a las valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad probatoria, puesto que no cualquier medio de información será apto para formar la convicción, sino sólo aquéllos obtenidos e incorporados al proceso con arreglo a la ley y a la Constitución<sup>425</sup>.

c) En lo relativo a los sujetos de la prueba desde el punto de vista activo, en el sistema español la prueba es una actividad preferentemente de las partes y sólo complementariamente del juez, en tanto a este último la LECRIM le asigna algunas facultades autónomas de prueba fundamentalmente en su artículo 729, aunque la doctrina ha llegado a considerarla una facultad abrogada y, en el mejor de los casos, como una iniciativa probatoria *limitada*, única manera de que la misma no vulnere el principio acusatorio ni el derecho a un proceso con todas las garantías, especialmente los de la imparcialidad objetiva y el derecho de defensa<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 317.

<sup>426</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, “Estudio comparado de la iniciativa probatoria del juez penal en el juicio oral. Reflexiones sobre el caso español”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, T. II, cit., págs. 601-14.

En Chile, en cambio, la prueba es una actividad exclusiva de las partes al carecer los tribunales penales de iniciativa en materia probatoria<sup>427</sup>, de ahí que definamos a la prueba procesal penal en Chile como una “actividad de las partes”.

d) En cuanto al objeto de la prueba procesal, ya hemos aclarado en las páginas precedentes que lo que se prueba no son los hechos en sí mismos, sino sólo las afirmaciones que sobre tales hechos efectúan las partes en el juicio. Más específicamente, los datos alegados por las partes, noción más amplia que permite incluir dentro del objeto de la prueba, excepcionalmente, datos jurídicos, como son las normas jurídicas extranjeras, consuetudinarias, estatutarias o históricas.

e) En lo relativo a la finalidad de la prueba, nuevamente hemos de hacer alguna distinción entre el sistema procesal penal chileno y el español. En Chile, la existencia del mecanismo alternativo de fijación de hechos en la sentencia denominado “convenciones probatorias” impide que podamos hablar de que la actividad probatoria sea el único medio por el cual puede alcanzarse la convicción judicial dado que a través de estas convenciones existirán “hechos” que podrán considerarse acreditados al margen de la actividad probatoria, siempre que sean acordes a las reglas de la sana crítica. Siendo así, en el sistema chileno el fin de la prueba será la convicción judicial más allá de toda duda razonable, obtenida ésta a través de la prueba procesal propiamente tal practica en el juicio oral o a través de las convenciones probatorias y, en ambos casos, de acuerdo a

---

<sup>427</sup> A la anterior conclusión se llega con base en lo dispuesto en el artículo 18 COT, que fija la competencia del TJOP, y en los artículos 259 a 280 y 295 a 338 CPPCh todos inclusive, que respectivamente regulan la proposición de la prueba en la audiencia de preparación del juicio oral y su práctica en este último.

los principios de la lógica, máximas de experiencia o conocimientos científicamente afianzados (sana crítica). En España, en cambio, al no existir ningún mecanismo de fijación de hechos en la sentencia en el procedimiento ordinario distinto a la actividad probatoria, la prueba en este sistema se encaminará siempre a la obtención de la convicción judicial conforme a la prueba practicada en el juicio oral y acorde a las reglas de la sana crítica.

f) Caracteriza también a la prueba procesal, con prescindencia del modelo procesal de que se trate, la circunstancia de que tanto la actividad previa de búsqueda y obtención de las fuentes de prueba que, si bien no integra la noción de prueba procesal, le sirve de necesario antecedente, cuanto todo el procedimiento de solicitud, admisión y práctica de los medios probatorios debe efectuarse de manera lícita y con respecto a los derechos fundamentales, dando lugar a una de las principales conquistas del Estado de Derecho, cual es la prohibición de la prueba vulneradora de derechos fundamentales.

g) La prueba es una actividad procesal, además, porque sólo tiene lugar al interior del proceso y, dentro de él, concretamente en la etapa de juicio oral, salvo las excepciones legales que contemplan los distintos ordenamientos<sup>428</sup>. La prueba procesal, para ser considerada como tal y poder ser posteriormente valorada por el tribunal en términos de poder llegar a fundamentar una sentencia, especialmente si ésta es de condena, sólo debe ser la producida en el juicio oral. Toda otra actividad destinada a formar la convicción del juez acerca de la correspondencia de las afirmaciones de hecho con la realidad objetiva queda completamente

---

<sup>428</sup> El CPPCh se refiere a esta regla en sus artículos 296 y 340 inciso 2º; mientras que en España la regla se encuentra regulada en el artículo 741 LECRIM.

prohibida, no tiene efecto alguno, no puede ser valorada por el Tribunal y, a lo más, simplemente constituirá actividad de averiguación que, en ningún caso, puede calificarse de prueba, sino solamente de actividad preparatoria de la prueba procesal. Ello, claro está, salvo las excepciones previstas en la ley.

h) Dado que la finalidad de los procesos penales modernos se encuentra constituida por el castigo del culpable y la absolución del inocente, una de las máximas preocupaciones de estos procesos viene dada por la protección de los derechos del imputado y, desde esta perspectiva, cobran especial relevancia en el ámbito probatorio los principios de igualdad, contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad. Por esta razón es que en los sistemas que responden a un modelo acusatorio, sea éste mixto o puro, toda actividad encaminada a formar la convicción judicial ha de producirse con estricta observancia de estos principios para poder ser calificada de prueba procesal.



## **CAPÍTULO TERCERO: LA PROHIBICIÓN DE LAS FUENTES DE PRUEBA OBTENIDAS CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REQUISITO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESTRUCTORA DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

Una vez analizados los elementos fundamentales que integran la noción de prueba procesal, nos dedicaremos ahora al estudio de los requisitos más esenciales que debe poseer la prueba para poder desvirtuar la presunción de inocencia.

Conforme a la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio de 1981, la actividad probatoria destructora de la presunción de inocencia debe, en primer lugar, haberse obtenido y producido con respeto irrestricto a las garantías constitucionales y legales.

Este requisito que impone la presunción de inocencia como regla probatoria implica la siguiente triple exigencia:

a) Las fuentes de prueba deben ser obtenidas con absoluto respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas;

b) Estas fuentes y sus respectivos medios de prueba deben ser incorporadas y practicados, respectivamente, con absoluto respeto a las garantías procesales del rango constitucional de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad; y

c) Estas fuentes y sus respectivos medios de prueba deben ser obtenidas e incorporadas y practicados, respectivamente, con respeto a

las normas procesales que regulan la actividad probatoria en general y la práctica de cada medio probatorio en particular<sup>429</sup>.

Estas tres exigencias, sobre todo las dos primeras, nos permiten introducirnos en el estudio de la llamada prueba ilícita y revisar los aspectos fundamentales que integran su concepto, el alcance, efectos y consecuencias procesales de su proscripción, así como determinar su exacta relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

## **II. TERMINOLOGÍA, ORÍGENES Y FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA**

### **1. Terminología relativa a la prueba ilícita**

Con ocasión del estudio efectuado en el capítulo anterior acerca del fin de la prueba, ya tuvimos oportunidad de reflexionar acerca del sacrificio que ha de experimentar la búsqueda de la “verdad” en el proceso como consecuencia del respeto irrestricto a los derechos y garantías fundamentales de las personas y a las normas de procedimiento que regulan la obtención de las fuentes de prueba y la práctica de los respectivos medios de prueba, recordando en dicha sede la sentencia del BGH alemán en torno a que el ordenamiento procesal penal no impone la investigación de la verdad a cualquier precio<sup>430</sup>. El precio a que se refería dicho tribunal se encuentra constituido, precisamente, por el respeto de

---

<sup>429</sup> En el mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2004, págs. 89-94.

<sup>430</sup> BGHSt, 14, 358 [1960], citada, entre otros, por ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 191 y GÖSSEL, Kart Heinz, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., pág. 677.

los derechos fundamentales de las personas que se erigen como un límite al poder de persecución penal en un Estado Democrático de Derecho.

En materia de prueba ilícita existe, a nuestro juicio, una importante confusión terminológica como consecuencia de los diversos tratamientos que los ordenamientos procesales y los estudios doctrinales le otorgan al tema. A mayor abundamiento, las divergencias terminológicas e intentos de categorización no sólo varían de un ordenamiento procesal positivo a otro, sino también, como tendremos ocasión de constatar en las páginas venideras, entre distintos autores dentro de un mismo ordenamiento procesal.

Acusamos en primer lugar una confusión o diversidad en la denominación de lo que comúnmente se conoce como prueba ilícita. Desde el Derecho<sup>431</sup> anglosajón, fundamentalmente desde el norteamericano, nos llega la denominación de “*exclusionary rule*”; desde el Derecho alemán la de “*prueba prohibida*”, la cual reconoce su origen en la célebre obra de Ernst Beling titulada *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, de 1903<sup>432</sup>; y desde el italiano la de “*prova illecita*” o “*prova incostituzionale*”, denominación

---

<sup>431</sup> Nos referiremos al “Derecho” anglosajón, alemán e italiano con la salvedad de indicar que la terminología que en estos ordenamientos se utiliza ha sido, en gran medida o de manera prioritaria, aportada por la vía jurisprudencial y doctrinal más que por la vía legislativa.

<sup>432</sup> BELING, Ernst von, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau, Schletter'sche Buchhandlung, 1903 (Las prohibiciones de prueba como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal).



esta última que fue acuñada por la Corte Costituzionale italiana en su sentencia 34/1973<sup>433</sup>.

Ante tal diversidad, nosotros optaremos por la terminología italiana de prueba ilícita dado que, como tendremos ocasión de precisar más adelante, lo que en España y Chile se conoce como “prueba ilícita” no siempre coincidirá con la “*exclusionary rule*” norteamericana<sup>434</sup> ni con las “prohibiciones probatorias” alemanas<sup>435</sup>.

---

<sup>433</sup> Cfr. entre otros, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “¿‘Freedom of proof’? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 52, marzo 2005, pág. 76, nota 9.

Antes de esta sentencia existía una gran diversidad terminológica en Italia. Así encontramos las siguientes denominaciones: a) “prueba ilegítima” en CAPPELLETTI, Mauro, “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de las parte”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 137-65 (Estudio publicado en *Rivista di Diritto Civile*, VII, 1961, I, págs. 556-75 y destinado a la colección de *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, II, Milano, Giuffrè, 1963, págs. 173-202); b) “*prova vietata*” en NUVOLONE, Pietro, “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, págs. 442-75; c) “prove illecite”; CARNELUTTI, Francesco, “Illecita produzione di documenti”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1935, págs. 63-70; CORDERO, Franco, *Tre studi...*, cit., págs. 149-69; VASSALLI, Giuliano, “La protección de la esfera de la personalidad en la era de la técnica”, separata de *Revista de la Facultad de Derecho de Caracas*, 1964, pág. 29; y VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, págs. 64-73.

Con posterioridad a este fallo, existe una mayor adhesión a la denominación “*prova incostituzionale*”, así por ejemplo: ALLENA, Gianni, “Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, págs. 506-28.

<sup>434</sup> No siempre coincidirá porque esta regla integra un conjunto mayor de normas relativas a la admisibilidad probatoria denominadas “reglas de evidencia”, que contemplan diversas causas de inadmisibilidad como impertinencia, falta de confiabilidad o que atienden a la tutela de otros valores ajenos al proceso, como serían los derechos fundamentales; es ahí donde la especie “regla de exclusión” se incorpora al género “reglas de evidencia”. Cfr. GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, págs. 14-15.

<sup>435</sup> En el caso concreto de la denominación alemana de “prueba prohibida” debemos señalar que, además de poseer un marcado acento local derivado

Nuestra opción por la denominación de “prueba ilícita” la efectuamos con conocimiento de las críticas que frecuentemente se esgrimen en contra de la misma, en orden a tratarse de una noción (la de “ilicitud”) *importada* desde el Derecho privado<sup>436</sup>, o de poseer una connotación preferentemente ética antes que jurídica<sup>437</sup> o la de ser una expresión de carácter subjetivo y variable<sup>438</sup>, porque pensamos que tales críticas, o bien han perdido importancia o vigencia, o bien porque serán superadas en la medida que vayamos precisando el concepto de prueba ilícita que utilizaremos en el presente trabajo.

Ya hemos adelantado que una de las principales causas de esta diversidad terminológica puede encontrarse en las distintas vertientes

---

principalmente de la forma casuística en que la materia se encuentra regulada en la StPO, corresponde a una errónea traducción del plural alemán “prohibiciones probatorias” que, como su nombre lo indica, constituyen reglas que contienen *diversos supuestos* de limitaciones relativas a la práctica de la prueba o al aprovechamiento de sus resultados, supuestos que no en todos los casos implican violación de derechos fundamentales. En este último sentido, véase GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985, págs. 133-34.

<sup>436</sup> Acerca del origen privatístico de la noción de ilicitud, véase, entre otros, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 99-102.

<sup>437</sup> Así lo hace presente, por ejemplo, HUERTAS MARÍN, M. Isabel, quien, remitiéndose a las definiciones contenidas en el Diccionario de Real Academia de la Lengua Española de la expresión “ilícito” como algo “no permitido legal o moralmente”, descarta el uso de la misma con el fin de excluir los reproches meramente morales de la actividad procesal y de las eventuales sanciones o consecuencias jurídico-procesales. De ahí que la autora prefiera la denominación “prueba ilegal”, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, Bosch Editor, 1999, pág.132.

<sup>438</sup> CALAMANDREI, Piero, refiriéndose a la labor integradora del juez a la hora de precisar y completar algunas palabras de la ley, advierte que “el legislador, sabiendo que ciertos conceptos varían, al variar las condiciones sociales, y que, por ejemplo, se reputa hoy ilícito lo que ayer no lo era, (...) ha preferido (...) dejar indeterminado el concepto mismo, confiando al juez colmar caso por caso tal indeterminación con el concepto preciso que, en el momento en que juzga, corresponde, según la conciencia general, a la palabra empleada por la ley”, “La génesis...”, en *Estudios...*, cit., pág. 400.

jurídicas en que se origina la teoría de la prueba ilícita, lo cual nos conduce a revisar brevemente tales orígenes desde la óptica de la tradición jurídica anglosajona y de la europea-continental.

## **2. Los orígenes y fundamentos de la teoría de la prueba ilícita**

### **A) En los Estados Unidos de Norteamérica**

El origen indiscutido de esta teoría lo encontramos en Estados Unidos bajo la denominación de regla de exclusión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) y como consecuencia directa de la labor jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema Federal, como es propio en un sistema perteneciente a la tradición jurídica del *Common Law*<sup>439</sup>.

La *exclusionary rule* se puede definir como “aquella regla jurisprudencial según la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el Juzgador en la fase decisoria de los procesos penales

---

<sup>439</sup> En efecto, la Constitución Norteamérica, que data de 1789 y sus Enmiendas I a X, que conforman la originaria *Bill of Rights* (1791) y su posterior Enmienda XIV (1868), sólo se limita a establecer principios más o menos generales relativos a derechos fundamentales, sin descender a la especificación de las consecuencias jurídicas derivadas de la violación de sus mandatos, razón por la cual ha debido ser la Corte Suprema Federal la que ha ido concretando dichas consecuencias en una labor que algunos llegan incluso a calificar de “colegislación” o de “usurpación judicial” de funciones propias de los poderes legislativo y ejecutivo. Cfr. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, págs. 81-82 y 14 y, del mismo autor, “La regla de exclusión de las pruebas inconstitucionalmente

federales o estatales, a los efectos de la determinación o prueba (*proof*) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados”<sup>440</sup>.

El punto de partida de la extensa evolución jurisprudencial<sup>441</sup> de la *exclusionary rule*<sup>442</sup>, aunque suele datarse en 1886, con la sentencia *Boyd v. United States*, existe mayor acuerdo en señalar que fue establecida en la sentencia de 1914 del caso *Weeks v. United States*, donde se excluyó la prueba obtenida en un registro sin orden judicial y en el que había intervenido un agente federal<sup>443</sup>. Desde esta época y hasta

---

obtenidas de los Estados Unidos de América”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 5, mayo 2003, págs. 23-25.

<sup>440</sup> FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, cit., pág. 49.

<sup>441</sup> En la exposición de la evolución de la regla de exclusión norteamericana seguimos especialmente a DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 105- 14.; BAYARRI GARCÍA, Clara E., “La prueba ilícita y sus efectos”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 29, Madrid, CGPJ, 1993, págs. 8-9 (versión electrónica); FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 7, septiembre de 1989, págs. 21-23 y en “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, Madrid, CGPJ, 1996, págs. 6-11 (versión electrónica); y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 63-75, todos autores que, además, describen los vaivenes políticos que han influido en el mayor o menor desarrollo de esta regla en los EEUU.

<sup>442</sup> Aún cuando debemos advertir que en la doctrina norteamericana se discute si se trata de una o varias reglas de exclusión atendido que las diversas Enmiendas que podrían fundar la no admisión de material probatorio se refieren a ámbitos sustantivos muy diversos. Sin embargo, Fidalgo opina que se trata de una regla en tanto, sea cual sea la Enmienda infringida, la consecuencia jurídico-procesal es una sola: la exclusión del material probatorio en el juicio. Cfr. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 77-81.

<sup>443</sup> En ello coinciden, entre otros, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 107-08; FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 107 y ss.; y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, cit., pág. 66.

1961, la indicada regla alcanza su mayor reconocimiento pasando a convertirse en una prohibición de carácter absoluto<sup>444</sup>.

A partir de 1961 y hasta la actualidad se inicia una larga fase de revisión de la *exclusionary rule*, comenzándose a delimitar su ámbito de aplicación por la vía de reducir los supuestos en que se consideran violadas las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta, como asimismo a restringir los supuestos procesales de su aplicación mediante la incorporación de sucesivas excepciones. Tales excepciones partieron con la denominada doctrina del *balancing test* o doctrina de la ponderación de intereses, según la cual el único fundamento de la regla de exclusión es el efecto disuasivo (*deterrent effect*), desplazando de este modo el fundamento de la integridad judicial con que originalmente había nacido la regla<sup>445</sup>. Otra de las excepciones fue la llamada “excepción de buena fe” (*good faith exception*), formulada por la

---

<sup>444</sup> Una revisión en detalle de esta primera etapa de evolución jurisprudencial de la *exclusionary rule*, con extractos de sentencias y análisis de casos judiciales, puede verse en FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 107-90.

<sup>445</sup> A esta doctrina de la ponderación de intereses caso a caso se le llamó *balancing test* y a su formulación se arribó mediante una revisión del carácter constitucional de la regla de exclusión. Fue en el caso *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974), donde la nueva doctrina alcanzó su más clara formulación y en donde se procedió a restarle carácter constitucional a la indicada regla, al concluir la Corte Suprema: “La regla [de exclusión] es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional personal de la parte agraviada”. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., págs. 110-11; FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 207-15 y págs. 284-89 y en “La regla de exclusión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, en *Tribunales de Justicia*, cit., págs. 28-29; y SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho procesal de los Estados Unidos”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, II, 2002, págs. 369-74.

Suprema Corte en el caso *United States v. León*, de 1984<sup>446</sup>, según la cual “puesto que la *exclusionary rule* va a ser aplicada con fines preventivos, no se cumple esta finalidad si se la aplica en aquellos casos en que la policía, al realizar el acto ilícito, para obtener la prueba, creía que lo hacía dentro de la ley, obrando de «buena fe»”<sup>447</sup>.

En síntesis, hasta esta fase la regla de exclusión norteamericana presenta, además de las excepciones que hemos ido exponiendo, cuatro grandes limitaciones<sup>448</sup>:

a) No se aplica a las pruebas ilícitamente obtenidas por particulares<sup>449</sup>, posición jurisprudencial que se ha mantenido inalterable desde la sentencia en *Burdeau v. McDowell* de 1921 hasta la fecha<sup>450</sup>.

---

<sup>446</sup> Si tal efecto disuasivo no era alcanzado carecía de sentido aplicar la regla de exclusión, cuestión que debía resolver la Corte por la vía de sopesar en cada caso si la exclusión de la prueba lograba o no evitar futuras actuaciones ilícitas de la policía.

Véase extractos de la sentencia *United States v. León* [468 U.S. 897 (1984)] y análisis de la excepción de buena fe en FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 444-51 y en SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho procesal de los Estados Unidos”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., págs. 391-96.

<sup>447</sup> Sic. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 112. De manera más específica Fidalgo explica que esta excepción consiste “en que, en aquellos casos en que un agente de Policía haya llevado a cabo un registro y obtenido pruebas confiando de buena fe en la validez de una autorización judicial previamente obtenida que posteriormente es declarada nula, los derechos procesales constitucionales contenidos en la Cuarta Enmienda de la *Bill of Rights* no podrán entenderse violados, y por tanto no procederá aplicar la regla de exclusión”. Sic. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., pág. 445.

<sup>448</sup> Cfr., FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, cit., pág. 23.

<sup>449</sup> Sobre este punto véase VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., págs. 67-68.

<sup>450</sup> En la sentencia que citamos la regla de exclusión fue caracterizada “como una restricción de las actividades de la autoridad soberana y [...] no [...] como una limitación sobre otro sujeto que no sea una institución del Estado”. *Burdeau v.*

b) Desde su creación hasta la actualidad, la regla de exclusión en Estados Unidos no se aplica al proceso civil porque se considera que la “maquinaria estatal de represión de la criminalidad genera unos riesgos, para los derechos de los ciudadanos y para la convivencia en libertad, que reclaman una respuesta distinta y más radical que la vigente en el ámbito del proceso civil, y que justifican que el interés por la averiguación de la verdad pase a un segundo plano por considerarse subordinado a otros fines superiores”<sup>451</sup>.

c) Para aplicarla no basta demostrar la vulneración de un derecho fundamental, sino que además se requiere probar la relación de causalidad que liga esa vulneración a la obtención del material probatorio<sup>452</sup>.

d) No se aplica sobre aquellos datos que habrían sido inevitablemente conocidos por otras vías en el curso de la investigación. Esta limitación, conocida como doctrina del *inevitable discovery* o doctrina de los cursos de investigación hipotéticos, fue consagrada en la sentencia *Nix v. Williams*, de 1984, como una contra excepción a la doctrina norteamericana del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), temas sobre los cuales volveremos más adelante<sup>453</sup>.

---

*McDowell*, 256 U.S. 465 (1921), en FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”*..., cit., págs. 383-95.

<sup>451</sup> FIDALGO GALLARDO, Carlos, “La regla de exclusión...”, en *Tribunales de Justicia*, cit. pág. 22.

<sup>452</sup> Sobre esta limitación y la doctrina de la conexión atenuada (*attenuated connection doctrine*), véase FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”*..., cit., págs. 440-42.

<sup>453</sup> Sobre la doctrina del descubrimiento inevitable, véase FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”*..., cit., págs. 442-43; y SALAS

Desde 1995 a la fecha continúa el proceso de revisión de la *exclusionary rule*. De esta etapa sólo destacaremos dos hitos importantes. El primero de ellos dice relación con que hasta 1995 las excepciones a la *exclusionary rule* habían sido creaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos. Sin embargo, en 1995 el Congreso norteamericano se pronuncia por vez primera sobre la materia con la aprobación de la “*Exclusionary Rule Reform Act*”, mediante la cual se otorga a la regla de exclusión el carácter de garantía objetiva frente a la actuación policial, aunque no el de derecho fundamental, y a las actuaciones de buena fe la condición de una excepción de carácter general a dicha regla<sup>454</sup>.

El segundo hito es el casi desmantelamiento sufrido por la regla de exclusión tras la normativa promulgada con posterioridad a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, especialmente la llamada *USA Patriot Act* o Ley Patriótica, aprobada por el Congreso norteamericano el 24 de octubre de 2001 y que contempló una serie de medidas restrictivas de los derechos fundamentales durante la investigación y juzgamiento de causas relacionadas con actos terroristas<sup>455</sup>.

---

CALERO, Luis, “Aspectos materiales...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., págs. 385-91.

<sup>454</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., pág. 70.

<sup>455</sup> La *USA Patriot Act* fue aprobada, tras un brevísimo debate, por el 107 Congreso de los Estados Unidos, 1ª Sesión, H.R. 3162, bajo el título de “*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*”. Originalmente creada para regir durante cuatro años, pero renovada por primera vez en 2006, la Ley Patriótica regula las actuaciones de entrada y registro, y en su caso, el secuestro e incautación de cualquier objeto material que constituya indicios de un delito previsto en las leyes de los Estados Unidos, estableciendo concretamente una reglamentación que se sustrae del mandato de la Cuarta Enmienda y que permite, bajo determinados supuestos, la posibilidad de que se



Sin adentrarnos en las vicisitudes que ha experimentado esta legislación<sup>456</sup>, sólo señalemos que el Congreso de EEUU aprobó el 26 de mayo de 2011, una prórroga de cuatro años de tres medidas de la *Patriot Act*, autorizando con ello la extensión de los poderes del Gobierno de Estados Unidos para revisar los archivos financieros de presuntos terroristas y realizar escuchas electrónicas sobre objetivos "móviles". Dado este último acontecimiento, no es posible aún determinar el curso que esta legislación tendrá en el futuro ni asegurar su completa

---

retrase la notificación de entrada y registro en un lugar cerrado y ello en cualquier distrito del territorio nacional. Asimismo, esta Ley establece un régimen excepcional para la intervención de las comunicaciones, incluyendo el correo electrónico. Cfr. PÉREZ CEBADERA, M. Ángeles, "La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre", en *Tribunales de Justicia*, Nº 11, noviembre 2002, págs. 1-6.

<sup>456</sup> Junto a la Ley Patriótica el Presidente Bush, en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y mediante una Orden Militar de fecha 13 de noviembre de 2001, procedió a crear Comisiones Militares para procesar a los "enemigos combatientes que violan las leyes de la guerra", o sea, para juzgar a aquellos que, no siendo ciudadanos estadounidenses, sean o hayan sido miembros de *Al Qaeda*, o bien se les atribuya intervención en los atentados del 11-S, ya sea como autores o como partícipes. Las reglas de procedimiento fueron establecidas, por expresa disposición de la referida Orden de Bush, por el Ministro de Defensa con fecha 21 de marzo de 2002, y entre ellas destacan dos que a simple vista se contradicen, en tanto se señala que en estos procedimientos rige la presunción de inocencia, a la vez que más adelante se prevé que "Se admitirá cualquier elemento de prueba, y no regirá en dicho proceso la regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas". *Department of Defense, Military Comisión Order N° 1, 21 de marzo de 2002*, en <http://news.findlaw.com/cnn/docs/terrorism/bushtribunalord111301.html> Véase también PÉREZ CEBADERA, M. Ángeles, "La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre", en *Tribunales de Justicia*, cit., págs. 7-8.

El 17 de octubre de 2006 se promulga la "Ley de Comisiones Militares" (más conocida por su sigla en inglés: *MCA*), que vino a ratificar el sistema de restricción de derechos y garantías procesales de los procesados, cuyo texto puede verse en *109th Congress, 2ª Session, H.R. 6166, An Act, To amend title 10, United States Code, to authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes* en <http://news.findlaw.com/cnn/docs/terrorism/bushtribunalord111301.html>

derogación y, junto con ello, el cierre definitivo de la cárcel de Guantánamo<sup>457</sup>.

## **B) En Europa continental**

En Europa continental, en cambio, la evolución de la teoría de la prueba ilícita ha seguido un camino distinto. El primer estudio acerca de la materia lo constituye la ya citada obra de Beling, de 1903, cuyo título — *Las prohibiciones de prueba como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal* — es un claro indicador de que la prueba ilícita en Europa continental nace como una limitación a la búsqueda de la verdad material en el proceso como consecuencia de la posición prioritaria de los derechos fundamentales de las personas, especialmente del acusado<sup>458</sup> y de la postura jurisprudencial sentada por el Tribunal

---

<sup>457</sup> Sobre la situación de Guantánamo y, en general, sobre la legislación antiterrorista de USA, puede verse, entre muchos otros, Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Estados Unidos de América ¿Justicia postergada y también denegada. Juicios con arreglo a la Ley de Comisiones Militares”, *Informe de 22 de marzo de 2007*, en <http://web.amnesty.org>; BOLLO AROCENA, M<sup>a</sup> Dolores, “*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, 14 de septiembre de 2006, <http://www.reei.org>; FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio F., “Dos respuestas frente al terrorismo: los modelos europeo y estadounidense”, en *Anuario del Centro de Investigación para la Paz*, 2004, págs. 87-92; MILL DE PEREYRA, Rita, “Prueba y sucedáneos de prueba en el proceso penal”, en *Problemas actuales del proceso penal iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, vol. II, Málaga, CEDMA, 2006, págs. 350-66; y SALAS CALERO, Luis, “La Ley Patriótica USA”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CHUSCA, José-Luis, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 255-309.

<sup>458</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 191. En contra de esta diferenciación de fundamento de la prueba ilícita entre una y otra tradición jurídica se pronuncia LÓPEZ ORTEGA, Juan José, para quien “el fundamento último de las reglas de exclusión, o de las prohibiciones probatorias, no es otro que hacer efectiva la garantía de verdad, de justicia y de libertad consistente en asegurar que ninguna persona inocente será castigada como responsable de haber cometido un delito. En definitiva, la existencia de tales reglas se vincula a una *forma determinada de entender el proceso judicial que es común a ambas tradiciones jurídicas*”, “Prueba y proceso penal. El

Supremo Federal de Alemania en orden a que la verdad no es un principio que la StPO impusiera perseguir a cualquier precio<sup>459</sup>.

De esta forma puede afirmarse que, al menos en el caso alemán, la prueba ilícita reconoce un fundamento claramente *ético*, al darle prioridad a ciertos valores superiores del ordenamiento sobre los principios de la persecución penal y de la búsqueda de la verdad material y *no utilitarista* como el llamado efecto disuasivo (*deterrent effect*) norteamericano<sup>460</sup>. Con todo, el tratamiento positivo de la materia en la StPO es completamente *casuista* y por tanto *no rígido*, lo que ha impedido que en dicho país se elabore una doctrina acerca de la prueba ilícita que sea completamente coherente y de general aceptación<sup>461</sup>, llegando incluso algún autor a calificar el tema de las prohibiciones

---

alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999, pág. 128. (La cursiva es nuestra).

<sup>459</sup> BGHSt, 14, 358, 365 [1960], citada, entre otros, por ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 191 y GÖSSEL, Kart Heinz, “La búsqueda...”, en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., pág. 677.

<sup>460</sup> Una interesante reflexión acerca del derecho a un proceso con todas las garantías propio de países de la Europa continental y el efecto disuasivo norteamericano como posibles fundamentos de la prueba ilícita, puede verse en GASCÓN ABELLÁN, Marina, “¿‘Freedom of proof’? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 78-79. Acerca del fundamento ético de la prueba ilícita en Alemania, véase también GÖSSEL, Kart Heinz, “La búsqueda...”, en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., pág. 677; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, cit., pág. 134; y FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 11-12 (versión electrónica).

<sup>461</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., págs. 190-91; y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Santiago (Chile), Colección de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2005, pág. 28.

probatorias de “espectro huidizo” a efectos de su estudio y sistematización por la doctrina<sup>462</sup>.

La prueba ilícita en Alemania se enmarca, en consecuencia, dentro del tema más general integrado por las llamadas *prohibiciones probatorias* que, siguiendo a Roxin, pueden definirse como “todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el proceso penal” y que se dividen en dos grandes categorías: de producción de la prueba<sup>463</sup> y de valoración o aprovechamiento de la prueba<sup>464</sup>. También en Alemania se han elaborado, sobre todo por la vía

---

<sup>462</sup> GÖSSEL, Kart Heinz, “La búsqueda...”, en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., pág. 674.

<sup>463</sup> Dentro de las cuales se suelen incluir normas que prescriben que: a) determinados hechos no puedan ser objeto de la práctica de la prueba (*prohibiciones de temas probatorios*), tales como las que regulan el caso de los secretos de Estado; b) determinados medios de prueba no puedan ser empleados (*prohibiciones de medios probatorios*), por ejemplo el testimonio de cargo de parientes próximos al imputado fuera de los casos autorizados; c) en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos (*prohibiciones de métodos probatorios*), como por ejemplo los métodos de interrogatorio prohibidos contemplados en el §136 letra a) StPO; y d) la obtención de la prueba sólo puede ordenarse o realizarse por determinadas personas (*prohibiciones probatorias relativas*), como por ejemplo la relativa a los exámenes corporales, que sólo pueden ser ordenados por el Juez, el Fiscal o sus funcionarios auxiliares en caso de peligro inminente por la demora y realizadas sólo por un médico, conforme al § 81 letra a) StPO. Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., págs. 190-91 y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso...*, cit., págs. 134-38. En el mismo sentido, GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, cit., pág. 9; y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, cit., págs. 28-29.

<sup>464</sup> Las que engloban, en cambio, a todos aquellos casos en que no han sido observadas las condiciones a las que estaba vinculada la producción de la prueba debiéndose resolver, en consecuencia, si se pueden o no aprovechar los resultados probatorios obtenidos de esa forma o, dicho en términos más simples, si a las prohibiciones de producción de la prueba corresponden necesariamente prohibiciones de valoración de la prueba. Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., págs. 191-92 y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso...*, cit., pág. 135.

jurisprudencial, ciertas excepciones o limitaciones a las prohibiciones probatorias. Las más destacadas son:

a) Las actuaciones privadas: en Alemania existe cierto consenso en orden a establecer que las prescripciones sobre las prohibiciones probatorias se encuentran dirigidas sólo a los órganos de persecución penal, por lo que las pruebas obtenidas ilícitamente por privados son en principio valorables, salvo que se trate de casos de extrema violación de los derechos humanos, como sería la obtención de una confesión por medio de tormentos o que, en general, se trate de prohibiciones de medios de prueba, por cuanto en estas últimas no se distingue quién los ha obtenido<sup>465</sup>.

b) La teoría de los cursos hipotéticos de investigación: esta teoría fue concebida originalmente por los tribunales norteamericanos como una excepción a la regla de exclusión en 1984, en el caso *Nix v. Williams*, bajo la fórmula del *inevitable discovery*. Por obra principalmente de la doctrina de los autores, esta teoría arribó a tierras alemanas bajo la denominación de los *cursos de investigación hipotéticos*. Según la misma, “se debería aceptar la utilización de material probatorio obtenido antijurídicamente en los supuestos en que ese material pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas”<sup>466</sup>. Constatando Roxin la circunstancia de ser esta teoría objeto de muchas adhesiones como también de fuertes críticas<sup>467</sup>,

---

<sup>465</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., págs. 206-07.

<sup>466</sup> JÄGER, Christian, *Problemas fundamentales de Derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2003, págs. 102-03.

<sup>467</sup> En Italia, por ejemplo, uno de los más críticos de esta teoría fue Vigoriti quien, en su momento, sostuvo que no le parecía del todo correcto sostener “*a posteriori*”, que la prueba es admisible porque «se hubiese podido» obtener de modo legítimo; ciertamente, se hubiese podido, pero en el hecho *no se ha obtenido* en modo

propone una solución intermedia que postula la improcedencia de la prohibición probatoria sólo cuando la obtención legítima de la prueba resulte *muy probable* a la luz de las *investigaciones precedentes* y, aún siendo muy probable, la prohibición debe igualmente operar cuando se trata de faltas graves al procedimiento, por ejemplo una escucha telefónica sin orden judicial previa, en tanto sería absurdo poder valorar los resultados probatorios de tales escuchas bajo el pretexto de que se hubiera podido pedir una orden judicial<sup>468</sup>.

Finalmente, en cuanto al alcance que las prohibiciones probatorias admiten en Alemania, se debe anotar que ha existido cierta recepción a la “*fruit of the poisonous tree doctrine*” norteamericana, bajo la denominación de *efecto extensivo y remoto*, según el cual las prohibiciones probatorias extienden sus efectos también a los medios de prueba obtenidos indirectamente; de lo contrario, en opinión de Roxin, dichas prohibiciones podrían ser eludidas muy fácilmente y, por tanto, ser vaciadas de contenido<sup>469</sup>. Sin embargo, hemos de concluir que el BGH en ocasiones ha hecho una aplicación muy restrictiva de esta doctrina, admitiendo pruebas en casos en que parece evidente que correspondía la aplicación del efecto extensivo, como aquel que el mismo Roxin apunta del agente encubierto que ingresa a la celda de un imputado y obtiene de éste el nombre de algunos testigos de cargo. En este caso, el BGH admitió el aprovechamiento de esos testigos, aunque consideró

---

lícito”. VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite...”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., pág. 70. (La cursiva es del autor). (Traducción propia).

<sup>468</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 193.

<sup>469</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 205.

invalorable la declaración del imputado dada la forma en que había sido obtenida<sup>470</sup>.

### III. CONCEPTO Y POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA

#### 1. Concepto de prueba ilícita

Con relación al concepto de prueba ilícita también se ha producido una suerte de inflación terminológica que ha dado lugar a múltiples definiciones, todas las cuales suelen agruparse en dos grandes corrientes según sean amplias o restringidas<sup>471</sup>.

##### A) Concepciones amplias

El paradigma de las concepciones amplias lo encontramos en Devis Echandía, quien define prueba ilícita como: “las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”<sup>472</sup>.

En general, se trata de concepciones que fundamentan la ilicitud de la prueba en los valores de la dignidad humana y la moral. Otro ejemplo de esta clase de conceptos es el contenido en la propuesta de reforma de la LEC elaborada en 1974 por un grupo de profesores universitarios, que postulaba que:

---

<sup>470</sup> BGHSt 34, 362, en ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 206.

<sup>471</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 19-24; y PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch Editor, 1996, págs.283-86.

<sup>472</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Tratado de Derecho procesal civil*, T. VI, Bogotá, Ed. Temis, 1969, pág. 28 y *Teoría...*, T. I, cit., págs. 539-40.

“El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar *reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona*”<sup>473</sup>.

Siempre dentro de esta concepción amplia, existen variantes que van restringiendo el concepto de prueba ilícita a las pruebas contrarias al ordenamiento jurídico en general, sin distinguir la categoría de normas jurídicas cuya infracción acarrearía la ilicitud de la prueba<sup>474</sup>, o que se

---

<sup>473</sup> PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Madrid, Tecnos, 1974, págs. 272-73. (La cursiva es nuestra). En la Exposición de Motivos de este proyecto, los profesores señalan que precisamente para evitar excesos o defectos en la aplicación de la regla de inadmisibilidad contenida en el artículo 549 del mismo, han optado por las “fórmulas de la «moral» y de la «dignidad humana», naturalmente a condición de que esta especie de «blanket» sea hábilmente llenado por el buen criterio de los tribunales”, pág. 105. En sentido similar, Silva Melero, suscribiendo la doctrina alemana sobre este punto, hace derivar la ilicitud probatoria “del principio de rechazar cualquier prueba que pueda ofender la dignidad humana”, constituyendo esta premisa, a su juicio, la que mejor explica las consecuencias de inadmisibilidad de los medios de prueba ilícitos. Cfr. SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 69.

<sup>474</sup> Así, VÉSCOVI, Enrique, señala que la ilicitud “importa la idea de violación de la norma, contrario a derecho” y añade que el concepto de ilicitud es extenso, en tanto incluye la “violación de las normas constitucionales o legales, ya sean procesales o no”, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, núm. 2, 1970, págs. 344-45; DENTI, Vittorio, por su parte, señala que las pruebas son ilícitas “porque fueron obtenidas en violación de derechos protegidos por *normas diversas y en primer lugar por normas constitucionales*”, *Estudios de Derecho probatorio*, cit, pág. 271 (la cursiva es del autor); SENTÍS MELENDO, Santiago, define la prueba ilícita, que él denomina “prueba ilegal”, como la obtenida “en violación de derechos constitucionalmente, o aún legalmente, garantizados”, *La prueba...*, cit., pág. 228; en sentido similar se pronuncia también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, según el cual el rango jerárquico del derecho violado debe ser indiferente para determinar la ilicitud de una prueba, por lo que bien puede tratarse de un derecho fundamental o de uno no fundamental. A la anterior conclusión el autor llega porque hace residir la inadmisión de la prueba ilícita dentro del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, razonando que no se puede estimar pertinente un medio de prueba obtenido violentando alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico español reconoce. Admitir un



remiten sólo a la infracción de normas jurídicas sustanciales o materiales<sup>475</sup>.

Una de las concepciones más amplias de prueba ilícita ha sido la sostenida por Montón Redondo quien, en 1977 y ante la ausencia por ese entonces en España de una norma legal que declarara inadmisibles a esta clase de pruebas, definió la prueba ilícita como aquella dolosamente obtenida, y fundamentó su inadmisibilidad e ineficacia en el proceso en la aplicación de los principios generales del Derecho que disponen que “nadie puede aprovecharse de su propio dolo” y que “los actos dolosos no pueden surtir efecto alguno de derecho contra las personas que son objeto de ellos”,<sup>476</sup>.

Apuntemos que a esta concepción amplia de la prueba ilícita se adscribe, al menos en su tenor literal, el Codice de Procedura Penale de 1988 al disponer:

---

medio de prueba obtenido con violación de un derecho (fundamental o no), continúa el autor, sería contrario a los valores que defiende la Constitución en su artículo 1 y al derecho a un proceso con todas las garantías, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1989, págs. 134-35.

<sup>475</sup> Como lo hace NUVOLONE, Pietro, en tanto señala que las prohibiciones de prueba son de dos tipos: a) de naturaleza procesal: cuando la prohibición está puesta en función de intereses atinentes únicamente a la lógica y a las finalidades del proceso; y b) de naturaleza sustancial: cuando, aún sirviendo mediatamente también intereses procesales, está puesta esencialmente en función de los derechos que ordinariamente se reconocen a los individuos, independientemente del proceso. La violación de la prohibición en ambos casos es una ilegalidad; pero mientras, en el primer caso será sólo un *acto ilegítimo*, en el segundo será también un *acto ilícito*, “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., pág. 470. (Traducción propia).

<sup>476</sup> Cfr. MONTÓN REDONDO, Alberto, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso: (con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1977, págs. 224-37, especialmente págs. 231-32.

“Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”<sup>477</sup>.

En este punto cabe destacar la opinión de algunos autores que se adscriben a una concepción amplia de la prueba ilícita, pero reconocen, de una parte, que el capítulo más importante dentro de ella lo constituye la prueba obtenida o practicada con violación a los derechos fundamentales y, de otra, distinguen las diversas consecuencias jurídicas que se derivan de las distintas causas de ilicitud, en orden a que no todas estas causas acarrearán la inadmisibilidad de la prueba. En este sentido se pronuncia Serra Domínguez, quien, suscribiendo la definición de prueba ilícita de Devis Echandía, señala que la ilicitud de la prueba puede derivar de a) una prohibición legal; b) la infracción durante su práctica de las formalidades legalmente establecidas en garantía de las partes; y c) la obtención o realización del medio de prueba con manifiesta infracción de derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución, distinguiendo dentro de esta última categoría aquellas pruebas que son ilícitas no sólo por no estar previstas en la ley, sino sobre todo porque su misma realización atenta contra los derechos de las personas pudiendo incluso importar un delito, y aquellos medios de prueba que han sido ilícitamente obtenidos pero lícitamente incorporados al juicio<sup>478</sup>.

---

<sup>477</sup> Con todo, el tema es discutido en Italia, ajustándose las actuales definiciones más a la idea de “prova incostituzionale”, entendida ésta como aquella “prova asunta con modalità lesiva dei diritti fondamentali del cittadino garantiti dalla Costituzione”, que es la definición acuñada en la Sentencia de la Corte Costituzionale 6 aprile 1973, n. 34. Cfr. ALLENA, Gianni, “Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 506-07.

<sup>478</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., págs. 84-91. En sentido similar, HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 132-33, quien prefiere referirse a la “prueba ilegal”, señalando que la misma englobaría tres grupos diferenciados: a) Prueba

## B) Concepciones intermedias

Respecto al concepto en estudio, cabe señalar que hay algunas opiniones que podrían calificarse de intermedias, en tanto, reconociendo que la prueba ilícita ha sido definida, al menos en el caso particular de España, como la obtenida con violación a derechos fundamentales, prefieren una concepción más amplia que considere la prueba ilícita como la obtenida de modo contrario a la ética o al derecho, por cuanto “pudiera ocurrir que una fuente de prueba, como es una fotografía lograda violando el derecho a la propia imagen, no sea admisible en un proceso, pero que la misma fotografía robada, violando el derecho de propiedad, sí sea admisible”<sup>479</sup>. En sentido similar se pronuncia Miranda Estampes, quien es partidario de una concepción más amplia de ilicitud probatoria, que abarque las hipótesis de obtención de la prueba con la violación de derechos fundamentales como con infracción de la legalidad procesal ordinaria, aunque se reserve la inadmisibilidad de la prueba sólo a la primera de las hipótesis mencionadas. Lo anterior porque, a juicio del citado autor, “no debe confundirse el concepto de prueba ilícita con las consecuencias jurídico procesales que se derivan de la misma, para lo cual deberá tenerse en cuenta la causa u origen de la ilicitud”<sup>480</sup>.

---

prohibida o interdicción legal de utilización de ciertos métodos para la consecución de resultados probatorios (ej., tortura); b) prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales que, si bien pueden ser restringidos, lo han sido sin sujeción a las previsiones legales para su afectación; y c) prueba irregular, o sea, aquella practicada o asumida con violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o de los principios que rigen la actividad probatoria.

<sup>479</sup> MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, con ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, vol. II, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 229 (citamos esta edición porque en la edición de 2011 el ejemplo ha sido eliminado). En idéntico sentido, HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 166-67.

<sup>480</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 26-27.

En esta última línea encontramos a Gimeno Sendra y Asencio Mellado. El primero de los citados autores distingue entre: a) prueba ilícita, que es la que infringe cualquier ley (Fundamental u ordinaria) y cuya posible sanción es la nulidad y b) prueba prohibida o inconstitucional, que es una especie de prueba ilícita en tanto “surge como consecuencia de la violación, en su adopción o en su ejecución, de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales” y que origina una prohibición de valoración de sus resultados probatorios expresamente contemplada en el artículo 11.1 de la LOPJ<sup>481</sup>.

En sentido muy similar se encuentra Asencio Mellado, quien, a efectos pedagógicos que no científicos, propone distinguir entre una *prueba prohibida en sentido estricto* (la del art. 11.1 de la LOPJ, o sea, obtenida con vulneración de los derechos fundamentales que la Constitución proclama) y una *prueba prohibida en sentido amplio* (la subsumible, en principio, bajo la protección del derecho a la presunción de inocencia)<sup>482</sup>.

### C) Concepciones restrictivas

Frente a estas posturas amplias o intermedias, se encuentran aquellas que, con miras a darle la mayor efectividad posible a la prohibición de la prueba ilícita, restringen su concepto sólo a las pruebas obtenidas o practicadas con violación a derechos fundamentales<sup>483</sup>. Lo

---

<sup>481</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 651.

<sup>482</sup> ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 79. Pensamiento que el autor ya había esbozado en “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2”, en *Poder Judicial*, cit., pág. 38 y en “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, en *Revista Valenciana d’Estudis Autonomics*, núm. 1, 1985, págs. 292-93.

<sup>483</sup> En este sentido, especialmente, PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 285-86, quien añade, más adelante, la necesidad de

anterior en razón de la posición preferente que posee en el ordenamiento jurídico el interés público en que se respeten en todo momento los derechos que recoge la Constitución con carácter de fundamentales sobre los intereses, también públicos, en la averiguación de la verdad y de la tutela judicial, dentro del que se encuentra el derecho de las partes a la prueba<sup>484</sup> y porque, precisamente, los límites al derecho constitucional a la prueba deben suponer “una infracción del mismo nivel, esto es, sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba”<sup>485</sup>.

En España, la gran mayoría de los autores se adscriben a esta concepción restringida de la prueba ilícita, haciéndose eco de la sentencia del TC que en este país sentó la doctrina de la prueba ilícita, STC 114, (Sala Segunda), 29 noviembre 1984, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y del tenor literal de la norma que un año después otorgó consagración legal a dicha teoría, a saber, el artículo 11.1 de la LOPJ, sentencia y disposición legal que analizaremos más adelante<sup>486</sup>.

---

distinguir la prueba ilícita de conceptos afines como el de “prohibiciones probatorias” y de “prueba ilegal o irregular”, págs. 288-91. Pensamiento que el autor ya había adelantado en “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1993, pág. 154.

<sup>484</sup> Cfr. PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Revista Justicia*, núm. 2, 1986, págs. 356-57 y en “La prueba ilegalmente obtenida”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 29, Madrid, CGPJ, 1993, págs. 6-7 (versión electrónica).

<sup>485</sup> GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1990, pág. 31 y 36.

<sup>486</sup> En España se adscriben, entre otros, a esta concepción restringida: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas

En Chile la teoría de la prueba ilícita era prácticamente desconocida hasta antes del nuevo Código Procesal Penal del año 2000 que, en su artículo 276, faculta al Juez de Garantía para excluir, en la audiencia de preparación del juicio oral:

“[L]as pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

Pese a que lo que en realidad establece esta norma, como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle más adelante, es una amplia regla de exclusión, lo cierto es que la mayor parte de la

---

procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto del sumario”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, nota 5, pág. 28; MARTÍN PALLÍN, José Antonio, “Valor de las pruebas ilícitamente obtenidas en el proceso penal”, en *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989, págs. 8-9 (versión electrónica); ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 318; RUÍZ VADILLO, Enrique, *Estudios de Derecho procesal*, cit., pág. 243; AROZAMENA LASO, Cristina, “Prueba ilícita y control en vía casacional”, en *Actualidad Penal*, núm. 31, 28 de agosto a 3 de septiembre de 2000, págs. 155-57; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 100-04 y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, Madrid, Civitas, 2001, pág. 70; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, pág. 43; ECHARRI CASI, Fermín J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, primer trimestre 2003, págs. 1-5 (versión electrónica); FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 37 y ss.; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Prueba ilícita en particular (I)”, en *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, Madrid, CGPJ, 1996, págs. 9-10 (versión electrónica) y DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “(B) El artículo 11.1 de la LOPJ: breve examen”, en *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, con TORRES MORATO, M. Ángel, 3ª ed., Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, págs. 42 y 47; GASCÓN ABELLÁN, Marina, “¿‘Freedom of proof’?...”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 76-77; y CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español”, en *Problemas actuales del proceso penal iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, vol. I, Málaga, CEDMA, 2006, pág. 453.

doctrina distingue en el plano teórico la prueba irregular de la prueba ilícita propiamente tal, decantándose por un concepto restringido de esta última, sin perjuicio de reconocer que, sea por razón de nulidad o de ilicitud, en Chile la consecuencia jurídica será la misma: la exclusión del juicio de ese material probatorio<sup>487</sup>.

## 2. Posiciones doctrinales en torno a la eficacia de la prueba ilícita

Aunque se trate de una discusión en gran medida superada, pasaremos brevemente revista a las diversas posiciones doctrinales acerca de la eficacia o ineficacia de la prueba ilícita.

En este punto nos encontramos con tres posiciones: 1) los que admiten la eficacia de la prueba ilícita, b) los que sostienen posiciones intermedias y c) los que rechazan la eficacia de la prueba ilícita<sup>488</sup>.

---

<sup>487</sup> Así, identifican la prueba ilícita propiamente tal como la obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, entre otros: CAROCCA PÉREZ, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 2, Talca, 1998, págs. 307 y 309-11; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones...*, cit., 138-39 y, especialmente, en “La audiencia de preparación del juicio oral”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pág. 374 y en “De la prueba...”, en *El nuevo proceso...*, cit., 149; LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., págs. 168-69, quien concluye por definir la prueba ilícita como “aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”; ZAPATA GARCÍA, María F., *La prueba ilícita*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2004, págs. 23-24, donde sugiere distinguir con claridad la prueba ilícita propiamente tal, la obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, de otros conceptos afines como la prueba irregular, viciada y clandestina; MINI MASSONI, Mario, *La prueba ...*, cit., pág. 18; CAMPS ZELLER, José L., *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003, pág. 132; y DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Coord. COLOMA CORREA, Rodrigo, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003, págs. 132 y ss.

<sup>488</sup> Una síntesis de estas posturas puede verse en: MONTÓN REDONDO, Alberto, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso: (con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas)*, cit., págs. 184-96; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., págs. 86-114;

## A) Partidarios de la eficacia de la prueba ilícita

Se trata de autores que, en síntesis, consideran indiferente o intrascendente la forma en que la prueba ha llegado al proceso para los efectos de su admisibilidad en el mismo, sin perjuicio de la aplicación de sanciones administrativas, civiles y hasta penales al autor de la infracción de derechos fundamentales que supuso la obtención de esa fuente de prueba. El gran argumento, mas no el único<sup>489</sup>, que esgrimieron los defensores de esta tesis fue la primacía del interés público de la verdad material como fin del proceso y, en consecuencia, de la prueba procesal sobre otros intereses que se catalogaban de particulares<sup>490</sup>.

Emblemática en apoyo de esta tesis es la opinión de Muñoz Sabaté, para quien el tema de la ilicitud debe reducirse al de la admisibilidad, por el evidente efecto contaminante que ejercerá esa prueba en la convicción psicológica del juzgador, pero que, si por cualquier causa esa prueba traspasa la barrera de la admisibilidad y adviene a los autos, el juez debe valorarla como otra prueba cualquiera, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediese si la producción de la prueba ha importado un delito. Sin embargo, este autor añade que él ni siquiera es partidario de la inadmisibilidad de la prueba ilícita en razón del carácter metajurídico de la prueba, en tanto es una actividad que

---

HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 137-47; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 292-97; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 53-7.

<sup>489</sup> Joan Picó i Junoy sistematiza los otros argumentos esgrimidos en pro de la eficacia de la prueba ilícita, a saber: el principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales; el carácter metajurídico de la prueba; el principio “male captum, bene retentum”; la no doble sanción por un mismo acto; y el principio “factum infectum fieri nequit” (lo hecho no puede devenir en no hecho). Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 294-97.

<sup>490</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 53-56.



tiende a trasladar unos hechos a la presencia judicial en un trabajo de reconstrucción cuyos resultados se miden en términos de *verosimilitud* y no de *moralidad*<sup>491</sup>.

Es difícil encontrar autores que en la actualidad sostengan la eficacia de la prueba ilícita<sup>492</sup>, por lo que valga citar, por su rotundidad, la opinión relativamente reciente de Martí Sánchez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, quien señala textualmente:

“No se trata de sancionar sin prueba de cargo, lo que sería aberrante, inconstitucional, antidemocrático, sino de sancionar con prueba, que existe, aún cuando obtenida contraviniendo un derecho fundamental. No utilizar tal prueba comporta, no el absolver a un culpable por tener dudas el Tribunal sobre su culpabilidad — aplicación del principio *in*

---

<sup>491</sup> Es en este punto cuando el autor da como ejemplo el siguiente: “El carácter expropiativo de las innumerables obras de arte egipcio guardadas en los museos de Londres y París no altera para nada las conclusiones históricas que de ellas obtuvieran un Schliemann, un Champollion o un Howard Carter”. MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria*, cit., págs. 73-74. Opinión y ejemplo que es rebatido por Serra Domínguez al señalar: “A lo que cabría oponer que dichas investigaciones habrían podido realizarse, y posiblemente en forma superior, de no haberse producido el expolio...”. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., nota 27, pág. 89.

<sup>492</sup> Entre los partidarios de la eficacia de la prueba ilícita, cuyas opiniones han sido extensamente citadas en diversos trabajos sobre la materia, por lo que no las repetiremos en esta sede, se encuentran: SCHÖNKE, Adolf, “Límites de la prueba en el derecho procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1955, págs. 373-78; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Problemas de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, págs. 248-49; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal penal*, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, cit., pág. 225; y GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, vol. 1, 2ª parte, Madrid, Aguilar, 1947, comentario del artículo 603, pág. 584, para quien, refiriéndose a la prueba documental, lo fundamental es tener la disposición material del documento, sin interesar si esa disposición no se ajusta a derecho ni si para detenerla se cometió un acto ilícito, todo lo cual podrá ser sancionado por la vía civil, penal o disciplinaria pero que para efectos de la prueba procesal son irrelevantes.

*dubio pro reo* — sino una actuación — no menos aberrante, inconstitucional y antidemocrática que la de condenar a un inocente — de absolver a un culpable pese a ser conscientes, a estar convencidos, de su autoría”<sup>493</sup>.

## **B) Partidarios de posiciones intermedias**

Dentro de esta postura encontramos a Cordero<sup>494</sup>, según el cual la eventual inadmisibilidad de una prueba ilícitamente obtenida debe responder a criterios endoprocesales (al igual que la relevancia o pertinencia), es decir, dejando fuera toda referencia al derecho sustancial (legal o constitucional) y, por tanto, atendiendo solamente a la existencia o no de un límite probatorio más o menos explícito. Extraer tales prohibiciones directamente de preceptos constitucionales implica, a juicio del citado autor, un salto lógico por cuanto la admisibilidad de la prueba se juzga según la ley común y la validez de la ley común según la Constitución no tanto porque ésta, en abstracto, no pueda contener normas inmediatamente operativas de situaciones jurídicas o preceptivas, cuanto porque, en este caso concreto y en la época de emisión de esta opinión de Cordero, la Constitución italiana no las contenía<sup>495</sup>.

---

<sup>493</sup> Sic. MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, en *Actualidad Penal*, núm. 7, 16 a 22 febrero 1998, pág. 159. (Magistrado de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 2ª).

<sup>494</sup> Cfr. CORDERO, Franco, *Tre studi...*, cit., págs. 149-54 y, del mismo autor, “Prove illecite nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, págs. 34-39. (Traducciones propias).

<sup>495</sup> Recordemos que en el Derecho español la teoría de la prueba ilícita fue sentada por la STC 114/1984, sin que existiera aún la norma del artículo 11.1 LOPJ. Lo mismo ocurrió en el caso ya revisado de EEUU y también en el caso italiano, donde tal teoría fue introducida por la sentencia de la Corte Costituzionale núm. 34/1973, antes de que la Ley Delegada núm. 98, de 8 de abril de 1974, reformara el Codice di Procedura Penale de 1930, introduciendo los arts. 226 bis y siguientes que recogieron la doctrina sentada por dicha sentencia. Finalmente el CPPi de 1988 incluyó entre sus disposiciones

En definitiva, para Cordero el parámetro que guía la indagación acerca de la admisibilidad o no de una prueba ilícitamente obtenida lo constituyen los poderes y facultades otorgadas al órgano judicial, al cual corresponde la tutela de determinados intereses del ciudadano. De esta forma, la prueba es válida si la ley acuerda el poder de formarla o aprehenderla e inválida si tal poder falta, por lo que en el proceso se puede dar la hipótesis de válida adquisición de una prueba ilícitamente obtenida (*male captum, bene retentum*), e hipótesis de inválida adquisición de prueba obtenida lícitamente.

Con todo, las posiciones intermedias hoy por hoy centran el debate no ya en la existencia o no de una norma procesal expresa, como lo exigía Cordero, sino en la categoría del derecho infringido, restringiendo el concepto de prueba ilícita y el ámbito de aplicación de la regla de exclusión de la misma, sólo a los eventos en que el derecho vulnerado tenga el carácter de derecho fundamental. En el resto de los casos, cuando en la obtención o práctica de la prueba se infrinjan derechos no fundamentales, la consecuencia no debe ser necesariamente la inadmisibilidad de ella, debiéndose ponderar casuísticamente los intereses en conflicto y decidir en consecuencia<sup>496</sup>.

En esta misma línea se encuentra Pastor Borgoñón, quien considera que si lo violado no constituye un derecho fundamental, ello

---

la prohibición expresa de utilizar la prueba ilícitamente obtenida en su art. 191. Cfr. la referencia al caso italiano en ALLENA, Gianni, “Riflessioni...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., especialmente págs. 509 y ss.; SCELLA, Andrea, “L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 1, 1992, págs. 203 y ss.; y también en CORDERO, Franco, *Procedura penale*, 7ª edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2003, págs. 613-15.

<sup>496</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., pág. 291; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 140.

implica que las actividades contrarias a ese derecho no pueden considerarse inconstitucionales, por lo que en “ningún caso se deriva de ellas la inadmisibilidad procesal de los elementos probatorios obtenidos como consecuencia de las mismas, ya que no hay ninguna disposición procesal que así lo establezca”<sup>497</sup>.

Inclinados hacia esta posición intermedia se encuentran la mayoría de los autores que postulan un concepto restrictivo de la prueba ilícita y que hemos ya citado. Entre ellos se encuentra Picó i Junoy, quien limita el alcance de la prueba ilícita sólo a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales y la diferencia de la prueba ilegal o irregular que define como la prueba obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del *status* jurídico privilegiado de los arts. 14 a 29 CE y que incluye tanto las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, por ejemplo, con infracción al derecho a la propiedad, como los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, a condición de que en ambos casos no se haya vulnerado un derecho fundamental. A juicio de este autor, la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas que define como irregulares o ilegales debe decidirse caso a caso mediante la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad o ponderación de los intereses en conflicto. Añade finalmente que en el caso español la prueba ilegal o irregular es en principio admisible y valorable en razón de dos argumentos: el primero derivado de la voluntad del legislador de la LOPJ que limitó la noción de ilicitud sólo a la infracción de derechos

---

<sup>497</sup> PASTOR BORGONÓN, Blanca, “La prueba ilegalmente obtenida”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 6 (versión electrónica) y en “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Revista Justicia*, cit., nota 15 y pág. 349.

fundamentales y, el segundo, porque “el carácter de fundamental que la Constitución otorga al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba ilegal, siempre y cuando se posibilite el derecho de defensa y contradicción al litigante perjudicado por la misma”<sup>498</sup>.

En este mismo sentido ya se había pronunciado Ortells Ramos al indicar que la prueba puede realizarse con infracción a ciertos derechos e intereses, lo que determinará su ilicitud y consecuencias sancionatorias de carácter civil, administrativo o incluso penal, pero no necesariamente la ineficacia procesal de la misma, la que sí se produce cuando la prueba infringe derechos fundamentales y ello en razón de la posición preferente que estos ostentan en el ordenamiento<sup>499</sup>.

Incluso, hay quienes añaden a este debate no sólo la categoría del derecho infringido (fundamental o no fundamental) sino también el momento de la ilicitud, y así restringen la noción de prueba ilícita y su inadmisibilidad sólo a la prueba *obtenida* con infracción de derechos fundamentales, dejando fuera la posible infracción acaecida durante la

---

<sup>498</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 286, 290-91 y 304-05.

<sup>499</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., págs. 317-18. También BAYARRI GARCÍA, Clara E. es bastante explícita en este punto al sostener “que, en principio, la LOPJ en su art. 11.1 sólo habla de vulneración de derechos fundamentales, luego (...) nada obsta para admitir como válida la existencia de una prueba incorporada al proceso de forma irregular o a través de la vulneración de un derecho no fundamental”; más adelante añade que “de mantener la doctrina garantista de que toda irregularidad en la práctica de la prueba o en su incorporación al procedimiento implica vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE produciría una gravísima distorsión...”, “La prueba ilícita y sus efectos”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 5 (versión electrónica).

práctica o producción de la prueba, debate que ha surgido en España con ocasión del tenor literal del artículo 11.1 LOPJ, materia que trataremos con mayor detenimiento al analizar la citada disposición legal.

Apuntemos finalmente dentro de estas posturas intermedias la sostenida por el TEDH, que básicamente se puede sintetizar como sigue: a) El Tribunal (TEDH) no puede excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente sino que sólo le corresponde averiguar si el proceso en cuestión, considerado en su conjunto, fue un proceso justo. Este Tribunal llega a esta conclusión en atención a que el CEDH no regula la admisibilidad de las pruebas como tal, por lo que dicha materia corresponde resolverse a la luz del Derecho interno; y b) Para determinar si el proceso ha sido o no un justo, se debe recurrir a la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto, cuestión que debe ser analizada caso a caso<sup>500</sup>.

---

<sup>500</sup> El TEDH sentó esta doctrina en la sentencia de 12 de julio de 1988, (asunto Schenk contra Confederación Suiza), donde el demandante recurría la sentencia condenatoria del Tribunal Federal de Suiza por a) infracción al derecho al respeto de su vida privada y de la correspondencia, dentro del que se incluye el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 8 CEDH); b) infracción a su derecho a un proceso justo al utilizarse como prueba de cargo una grabación de una conversación telefónica suya obtenida ilegalmente (art. 6.1 y 6.3 CEDH); y c) infracción al principio de la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH). En aquel caso el TEDH, luego de desestimar las infracciones de las letras a) y c) precedentes, procedió a pronunciarse sobre la infracción al derecho a un proceso justo, sentando la doctrina ya referida y, en todo caso, rechazando también esta petición al considerar, dentro de la ponderación de intereses que el tribunal efectuó, que al demandante no se le había conculcado en ningún momento su derecho de defensa, en tanto tuvo conocimiento de la incorporación de la cinta magnetofónica como medio de prueba al proceso y tuvo también la oportunidad de haber impugnado su contenido, sin perjuicio de que dicha cinta no había sido la única prueba de cargo que tuvo en vista el tribunal interno para condenarlo. Sobre este caso y la postura sostenida por el TEDH sobre la ilicitud de la prueba, véase especialmente LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., págs. 101-09 y con una postura más crítica y cita de sentencias recientes, véase MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 57-65.

### **C) Partidarios de la inadmisibilidad o ineficacia de la prueba ilícita**

La ineficacia de la prueba obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales hoy por hoy no es un tema discutido, aún cuando el concepto se restrinja sólo a la infracción de derechos que la Constitución eleva a la categoría de fundamentales, subsistiendo el debate, como hemos podido apreciar, en torno a la admisibilidad o no de la prueba obtenida o practicada con infracción de derechos constitucionales no fundamentales o con infracción de la legalidad procesal ordinaria.

Los argumentos que se han esgrimido para defender la ineficacia de la prueba ilícita *sensu stricto* ya los hemos ido indicando en las líneas precedentes. Para los sistemas europeos-continentales básicamente se trata de la defensa de los derechos fundamentales como pilares de un Estado de Derecho sobre la búsqueda a ultranza de la verdad material y de la posición preferente que los dichos derechos ocupan en el ordenamiento procesal<sup>501</sup>.

Al precedente fundamento que sustenta la ineficacia de la prueba ilícita, se le unen otros tantos que la doctrina ha ido proporcionado con miras a adicionarlo o complementarlo, tales como la aplicación en este ámbito del principio general del derecho de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo<sup>502</sup>, el de la debida sanción al fraude

---

<sup>501</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, cit., pág. 190. En idéntico sentido véase también FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit., págs. 59-61; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., pág. 84.

<sup>502</sup> Cfr. MONTÓN REDONDO, Alberto, *Los nuevos...*, cit., págs. 224-37.

procesal<sup>503</sup> o el de la concepción del proceso como un instrumento de solución de conflictos dentro del respeto al ordenamiento jurídico, argumento este último que incluye la noción del debido proceso<sup>504</sup> y la supremacía en el proceso de los principios de probidad o buena fe procesal<sup>505</sup>.

Más propios de ordenamientos pertenecientes a la tradición jurídica del *Common Law*, particularmente del sistema norteamericano, los fundamentos que se han esgrimido para sostener la aplicación de la regla de exclusión, a juicio de López Masle, son básicamente tres: a) el criterio de la confiabilidad de la evidencia que postula, en síntesis, que si la prueba ha sido obtenida ilícitamente no resulta una prueba fiable en términos de reflejar la verdad ya que precisamente la falta de garantías en su obtención no permite descartar la posibilidad de manipulación del elemento de prueba; b) el criterio de la integridad judicial, que postula la necesidad de que en el logro de un fin estatal, como es la persecución penal, el propio Estado emplee medios lícitos, preservando así la integridad judicial y legitimando a los ojos de los ciudadanos su propio actuar; y c) el criterio de la prevención de actuaciones ilícitas por parte de los agentes oficiales encargados de la persecución penal, en orden a disuadirlos de utilizar procedimientos que violen derechos fundamentales de las personas en la obtención de pruebas de cargo, en tanto dichos

---

<sup>503</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Comentarios...*, T. XVI, vol. 2º, cit., pág. 90.

<sup>504</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., págs. 83-4.

<sup>505</sup> Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría...*, T. I, cit., pág. 539; y también VÉSCOVI, Enrique, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 354.

Una completa síntesis de estos y otros argumentos que se han esgrimido para sostener la ineficacia de la prueba ilícita puede verse en PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 297-304.



elementos probatorios serán excluidos del juicio, argumento que la jurisprudencia norteamericana ha elaborado bajo la denominación de *deterrent effect*<sup>506</sup>.

#### **IV. NUESTRA POSICIÓN ANTE LA PRUEBA ILÍCITA Y UNA PREVIA DISTINCIÓN**

Con base en lo hasta aquí expuesto, conviene precisar nuestra posición acerca del concepto y alcance, en el plano teórico aún, de la prueba ilícita.

Para ello creemos que en esta materia es oportuno efectuar una distinción previa y así diferenciar lo que llamaremos el género “prueba ilegal” de la especie “prueba ilícita”.

Por prueba ilegal, en general, entenderemos la obtenida o practicada con infracción de la legalidad procesal ordinaria o constitucional, afecte o no a derechos fundamentales.

Dentro de este género distinguiremos dos categorías:

1) Prueba ilegal o irregular: aquella en cuya obtención o práctica se ha infringido la legalidad procesal ordinaria o derechos constitucionales pero, en ambos casos, sin llegar a vulnerar derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución.

2) Prueba ilícita *sensu stricto*: aquella obtenida o practicada con infracción de derechos y libertades fundamentales de rango constitucional.

---

<sup>506</sup> Cfr. LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., págs. 180-87.

Para determinar las consecuencias estrictamente procesales de una u otra categoría, nuevamente tendremos que distinguir:

1) En el caso de la prueba ilegal o irregular la sanción dependerá del vicio que afecta a la prueba, y normalmente se asociará a la nulidad procesal, dentro de la cual se suele exportar la distinción privatista entre nulidad absoluta (para algunos también la inexistencia), insubsanable y no convalidable, y la relativa, que es subsanable y convalidable. Ahora, la suerte que corra en el proceso esa prueba declarada nula, sea absoluta o relativamente, dependerá de la regulación que en cada ordenamiento procesal positivo reconozca la nulidad procesal, pero normalmente y con base en principios generales del Derecho, las pruebas declaradas nulas absolutamente no son admisibles en el proceso y resultan, en todo caso, inaprovechables sus resultados probatorios a efectos de la valoración de la prueba con miras a la fundamentación de la sentencia definitiva.

2) En el caso de la prueba ilícita *sensu stricto*, la sanción en todos los ordenamientos estudiados es, en principio, la inadmisibilidad del medio de prueba y, en todo caso, la inaprovechabilidad o inutilizabilidad de sus resultados probatorios.

Con todo, en materia de prueba ilícita *sensu stricto* creemos que debe hacerse una nueva subdistinción, siguiendo en este punto a Ortells Ramos<sup>507</sup> y a Montero Aroca<sup>508</sup>, entre las siguientes posibles hipótesis

---

<sup>507</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., págs. 318-19.

<sup>508</sup> MONTERO AROCA, Juan, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, 1991, cit., págs. 229-31. Actualmente la materia se encuentra tratada en esta obra por BARONA VILLAR, Silvia, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, con GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto (†) y MONTERO AROCA, Juan, vol. II, 19ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 316.

relacionadas con la naturaleza del derecho fundamental vulnerado:

a) Derechos fundamentales absolutos: se trata de todos aquellos derechos fundamentales que no pueden ser en ningún caso afectados, como lo son los derechos reconocidos en el artículo 15 CE, es decir, el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica, siendo inadmisibles la tortura o el trato inhumano o degradante. Tales derechos no pueden ser objeto de limitación alguna ni por los particulares, ni por la policía ni por el juez<sup>509</sup>. Con todo, cabe aclarar respecto de esta clase de derechos, que no todo tratamiento del cuerpo de una persona con fines probatorios implica una afectación del derecho fundamental a la vida e integridad física. En este sentido, las pruebas de alcoholemia, análisis de sangre u otras inspecciones corporales respetuosas de la dignidad de la persona, ejecutadas por decisión judicial y con estricto respeto a los requisitos y formalidades establecidas por la ley se entiende que no afectarían el derecho a la integridad física<sup>510</sup>. Además está señalado que la fuente de prueba obtenida con vulneración de esta clase de derechos no será admisible y los resultados probatorios del respectivo medio de prueba no serán aprovechables en el supuesto de que eventualmente se haya admitido su práctica.

b) Derechos fundamentales relativos: normalmente los diversos ordenamientos procesales admiten la afectación de este tipo de derechos siempre que se cumplan con rigurosidad las condiciones y límites constitucionales y legales o que el titular del mismo haya dispuesto del

---

<sup>509</sup> Cfr. BARONA VILLAR, Silvia, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, pág. 316.

<sup>510</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., págs. 318-19. En igual sentido, cfr. BARONA VILLAR, Silvia, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 316.

derecho, pues se trata siempre de derechos que son renunciables. En consecuencia, de cumplirse las condiciones fijadas en la Constitución y la ley procesal para la afectación de esta clase de derechos o habiendo dispuesto del mismo su titular, el medio de prueba será admisible y sus resultados probatorios aprovechables. El ejemplo más clásico de este tipo de derechos es el de la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones cuyas reglas y límites de afectación se encuentran ampliamente regulados en los ordenamientos procesales estudiados.

## V. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

### 1. Hasta la LOPJ de 1985

Como hemos podido apreciar al referirnos a las diversas posiciones doctrinales sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ilícita, tradicionalmente la doctrina española admitía la eficacia de la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, sin perjuicio de las sanciones civiles, penales y disciplinarias que pudiesen ser aplicables al autor de dicha infracción<sup>511</sup>. Ya hemos comentado también que en 1974 hubo un claro intento de introducir en España la teoría de la prueba ilícita, protagonizado por un grupo de profesores de Derecho procesal en un proyecto de reforma de la LEC en el que

---

<sup>511</sup> Esta era la opinión, entre otros, de los siguientes autores: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Problemas de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 248-49; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal penal*, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, cit., pág. 225; MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria*, cit., págs. 73-74.; y GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, vol. 1, 2ª parte, cit., pág. 584.

contemplaban una disposición especial referida al tema, el artículo 549<sup>512</sup>.

Salvo un pronunciamiento del TS en 1982, contenido en la STS 697/1982 (Sala Penal), de 22 de mayo, Ponente D. Juan Latour Brotons, acerca de la inadmisibilidad del uso del “pentotal” en razón de “la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entraña” y porque su uso indiscriminado “supondría una forma indirecta y torcida de obtener la confesión del reo, y, a la postre, porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano” (FJ. 5º)<sup>513</sup>, lo cierto es que la opinión doctrinal que consideraba eficaz la prueba ilícita se mantuvo hasta 1984 y fue ampliamente respaldada por la jurisprudencia de los altos tribunales.

Buena muestra de este respaldo son los autos del TC 173/1984, de 21 de marzo y 289/1984, de 16 de mayo, pronunciados ambos sobre el caso conocido como “Rumasa”. En este asunto se recurría en amparo invocando la violación del derecho a la presunción de inocencia al fundar el auto de procesamiento en elementos de prueba cuya apreciación le era prohibida al tribunal en razón del principio general del Derecho que

---

<sup>512</sup> Artículo 549: “El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar *reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona*”, en PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, cit., págs. 272-73.

<sup>513</sup> Esta sentencia recayó en un recurso de casación interpuesto, al amparo del núm. 1 del art. 850 LECRIM por denegación de prueba, en contra de la sentencia definitiva que condenaba al recurrente por el delito de homicidio. La denegación de prueba a juicio del recurrente se fundaba en la denegación de su solicitud de someterse a la confesión bajo los estímulos de la administración del pentotal sódico para demostrar su inocencia.

impone al juez la prohibición de utilizar medios de prueba o piezas de convicción ilícitamente obtenidas o empleando procedimientos reprobables moralmente. En el caso de autos el recurrente alegaba que los documentos en que se fundó la resolución impugnada habían sido ilegalmente sustraídos. El TC sostuvo la admisibilidad y eficacia de la prueba así obtenida, rechazando la teoría de la prueba ilícita en razón de los siguientes argumentos: 1) Porque dicha teoría y, por tanto la solicitud de exclusión de la prueba ilícita, no se apoyaba en ninguna norma legal o constitucional, no existiendo, en consecuencia, norma positiva alguna que impidiera a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que hubiese sido su origen; 2) Porque el principio general del Derecho invocado no se encontraba reconocido por la jurisprudencia, tratándose sólo de una mera aspiración de *lege ferenda* patrocinada por algunos juristas; y 3) Porque para excluir dicho material probatorio como solicitaba el recurrente, hubiesen sido necesarias expresas declaraciones de los Tribunales competentes sobre la existencia de la sustracción de documentos de carácter delictivo o ilícito que pudiera servir de soporte fáctico-judicial sobre el que poder apoyar tal exclusión<sup>514</sup>.

Esta posición jurisprudencial cambió radicalmente tan sólo unos meses después del pronunciamiento de los antedichos autos, sentando una importante doctrina que vino a introducir la teoría de la prueba ilícita en España. Nos referimos a la STC 114/1984, (Sala Segunda), de 29 de noviembre, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León<sup>515</sup>,

---

<sup>514</sup> Cfr. AATC 173/1984 (Sala Primera, Sección 2ª), 21 marzo, FJ 3º y 289/1984 (Sala Primera, Sección Primera), 16 mayo, FJ 3º.

<sup>515</sup> Los hechos que dieron origen a esta importante sentencia se refieren a un trabajador y periodista de un periódico de la ciudad de Alicante que mantuvo una conversación telefónica con un alto funcionario del Gabinete del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en la que le pedía ser nombrado redactor de la Sección

pronunciada resolviendo un recurso de amparo interpuesto en contra de una sentencia en materia de despido de la Magistratura del Trabajo y otra del TS en casación. El recurrente invocaba la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a un proceso judicial con todas las garantías (artículos 18.3 y 24.2 CE, respectivamente). Tal infracción se habría producido, a juicio del recurrente, porque ambas sentencias se habrían fundado exclusivamente en la grabación en cinta magnetofónica de una conversación sostenida por él y un tercero, grabación efectuada sin su conocimiento y, evidentemente, sin su consentimiento. El TC declaró:

1) Inexistencia de un derecho fundamental a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico (FJ 2<sup>a</sup>)<sup>516</sup>.

---

Política del periódico, solicitándole su intervención en este ascenso bajo la amenaza de difundir noticias que podrían perjudicar al Ministro del ramo. Esta conversación fue grabada por el interlocutor del recurrente y dadas a conocer a los superiores del periódico provocando su despido por deslealtad y falta de buena fe para con la empresa. Este despido fue ratificado por la Magistratura del Trabajo y denegada la casación ante el TS.

<sup>516</sup> “La imposibilidad de estimación procesal de una prueba ilícitamente obtenida 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” (FJ 2<sup>o</sup>).

Ya anteriormente el TC había desarrollado la doctrina de los derechos fundamentales, en la STC 25/1981 (Pleno), 14 julio, FJ. 5<sup>o</sup>, Ponente D. Antonio Truyol Serra, señalando el doble carácter que tienen al ser, de una parte “derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”. Y de ser, de otra parte “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)”.

2) Distinción entre pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales y pruebas obtenidas vulnerando otras normas constitucionales o legales y proposición de la aplicación de la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto en los casos de infracción de derechos no fundamentales o normas de la legalidad procesal ordinaria<sup>517</sup>.

3) La admisión de la prueba ilícitamente obtenida vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y el derecho a la igualdad (artículos 24.2 y 14 CE, respectivamente) y no el derecho fundamental lesionado extraprocesalmente. En este sentido el TC declaró que la admisión de una prueba ilícitamente obtenida no vulneraba el derecho fundamental originalmente afectado (en el caso de autos, el secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE) porque no existe:

“[U]na consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su [el del recurrente] derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión” (FJ 1º).

Esto no quería decir, según el TC, que la afectación y posible lesión de estos derechos resulte indiferente, sino que se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el proceso (artículo 24.2 CE) (FJ 2º).

---

<sup>517</sup> “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



A mayor abundamiento, el TC señaló:

“[C]onstatada 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” (FJ 5º)<sup>518</sup>.

Con relación a la interpretación de esta sentencia así como para analizar la evolución jurisprudencial que desde 1984 ha ido experimentado la teoría de la prueba ilícita en España, es interesante tener presente que, como apunta González Montes<sup>519</sup>, en la sentencia

---

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” (FJ. 4º).

<sup>518</sup> Prácticamente todos los autores españoles que estudian el tema de la prueba ilícita dedican algunas páginas al análisis de esta sentencia, pero para un estudio más detallado de dicha sentencia recomendamos: ASECIO MELLADO, José María, “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, en *Revista Valenciana d’Estudis Autonomics*, cit., págs. 289 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto del sumario”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, cit., págs. 23-33; PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., 337 y ss; y GONZÁLEZ MONTES, Luis, “Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita”, en *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, Ed. Gonzáles Montes, Granada, Universidad de Granada, 1994, págs. 95-103.

<sup>519</sup> Cfr. GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pág. 37.

114/1984 el TC no pretendió “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” (FJ 4º). Con idénticos fines de interpretación y análisis de la evolución posterior, López Barja de Quiroga recomienda no olvidar que la tarea del TC es la de dotar de contenido a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, labor que era todavía más acuciante en 1984; que para introducir la doctrina de la prueba ilícita en aquella época, 1984, el TC carecía de una norma procesal expresa a la que poder recurrir, debiendo extraer la fundamentación de principios abstractos; y que al TC le corresponde establecer en esta materia un marco de mínimos, nunca de máximos, cuestión que permite entender mejor el desarrollo legislativo posterior a esta sentencia que sobre la materia ha habido en España y que, desde luego, no debe considerarse como modificativo de este primer pronunciamiento jurisprudencial, sino más bien complementario del mismo<sup>520</sup>.

## **2. A partir de la LOPJ de 1985**

Fue la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>521</sup>, la que introdujo en España una disposición expresamente referida a la inadmisión de la prueba ilícita y que posee el carácter de una norma de general aplicación. Nos referimos al artículo 11.1 de esta ley, el cual prescribe:

“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

---

<sup>520</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., págs. 136-37.

<sup>521</sup> Publicada en el B.O.E. núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Con base en la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, se ha concluido que hubo de parte del legislador, de un lado, la intención de ir restringiendo paulatinamente el concepto de prueba ilícita hacia la infracción sólo de derechos fundamentales y, de otro, la voluntad de recoger la reciente doctrina formulada por el TC, aspectos que no deben olvidarse a la hora de aplicarla e interpretarla<sup>522</sup>.

Procederemos en las líneas venideras a analizar el citado artículo 11.1 LOPJ que, pese a la brevedad de su tenor literal y tal vez por ello mismo, ha generado bastante polémica en la doctrina española.

#### **A) “Pruebas obtenidas”**

Estimamos, con Asencio Mellado, que la palabra “pruebas” utilizada por la disposición en estudio ha de entenderse en sentido amplio, esto es, no sólo como fuente de prueba sino también como “toda actuación que se realiza sobre tal fuente y el propio resultado de dicha labor”<sup>523</sup>.

---

<sup>522</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 311-13. Esto lo señala el autor porque el proyecto original no contemplaba un artículo sobre la materia. La norma en estudio fue incorporada por iniciativa del Grupo Popular pero en términos de excluir las pruebas “obtenidas, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho”, es decir, recogiendo los términos amplios propuestos por profesores de universidades españolas en su proyecto de reforma a la LEC; más tarde el Grupo Socialista propuso recoger la nueva doctrina del TC sobre la materia y mejorar la técnica legislativa en la redacción del artículo, quedando finalmente en los términos en que fue aprobado.

Algunas síntesis de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 11.1 LOPJ, pueden verse en GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., págs. 48-51; y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, agosto-septiembre 2003, págs. 1-3.

<sup>523</sup> ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 82. En igual sentido se pronuncia PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., pág. 353 y nota 232 de la misma página.

En cuanto a la expresión “obtención” hemos de señalar que su significado puede abordarse desde tres perspectivas distintas: a) Con referencia al momento procesal o preprocesal en que se produce la infracción del derecho fundamental; b) Con referencia a la necesaria relación de causalidad entre la lesión del derecho fundamental y la actividad probatoria; y c) Con referencia a la naturaleza sustantiva o procesal del derecho fundamental vulnerado.

**a) Desde el punto de vista del momento procesal o preprocesal en que se produce la infracción del derecho fundamental**

El tema no es pacífico. Para algunos la expresión “obtención” debe ser entendido de manera literal, restringiéndose en consecuencia el ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ sólo a la labor de búsqueda y recogida de fuentes de prueba<sup>524</sup>. Para otros debe ser entendido en términos amplios, no sólo como obtención de fuentes de prueba sino también como proposición, admisión y práctica de correspondiente medio de prueba y aprovechamiento de los resultados probatorios del medio de prueba practicado, aunque, claro está, es más fácil que se produzcan vulneraciones a derechos fundamentales en la primera de estas actividades que en la práctica misma del medio de prueba<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> Véase en este sentido GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pág. 36; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas...”, en *La prueba ... (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 30 (versión electrónica) y en “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, cit., pág. 31; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002, págs. 123-25; TOMÉ GARCÍA, José Antonio, “Fase Decisoria (II)...”, en *Derecho procesal penal*, cit., págs. 495-96; y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., pág. 43.

<sup>525</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, afirma que la mayoría de los derechos fundamentales se lesionan extraprocesalmente, aunque no son descartables supuestos de

En este último sentido se pronuncia Asencio Mellado quien, al hilo de su noción amplia de la expresión “pruebas” del artículo 11.1 LOPJ, señala que por “obtención de la prueba” debe entenderse: a) la actividad de búsqueda e investigación de fuentes de prueba; y b) la labor de obtención de un resultado probatorio a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto violadores de derechos fundamentales, y que abarca los supuestos de aplicación a la fuente de un método ilícito, como la extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial<sup>526</sup>.

Con todo, hemos de señalar que en apoyo de la tesis restrictiva acerca del significado de la expresión “obtención” existen dos argumentos de peso:

- a) El tenor literal del artículo en estudio, que no deja lugar a mayores dudas sobre el punto.
- b) La doctrina sentada por el TC con posterioridad a la promulgación y entrada en vigor de la LOPJ en la sentencia 64/1986 (Sala Primera), de 21 de mayo, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, donde se señaló que la inadmisibilidad de las pruebas por violación de derechos fundamentales sólo puede alegarse respecto de pruebas en cuya “obtención” se han vulnerados derechos fundamentales, mientras que la vulneración de derechos fundamentales producida en el momento de su

---

violación de tales derechos en actuaciones desarrolladas en las vistas que entran de lleno en el artículo 11.1 LOPJ; reconoce sin embargo que estos últimos casos son en la realidad forense “hipótesis más bien de laboratorio”, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 23.

<sup>526</sup> Cfr. ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 82.

admisión en el proceso o de su práctica en él ha de reconducirse a la regla de interdicción de la indefensión, entendiendo por esta última “una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos jurisdiccionales” (FJ. 2º-3º).

Es decir, fue el propio TC quien distinguió la ilicitud extraprocesal o preprocesal de la endoprocesal o estrictamente procesal y las sometió a regímenes jurídicos distintos: a la primera se le aplica la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, mientras que las ilicitudes endoprocesales se las reconduce al régimen de nulidad del art. 238.3 LOPJ y condicionada a la producción de efectiva indefensión.

Conforme a los dos argumentos antes referidos, Díaz Cabiale concluye que: “la posible infracción de derechos fundamentales en la producción misma de la prueba en el juicio oral no puede ser alegada a través del artículo mencionado (art. 11.1 LOPJ)” y más adelante sugiere de *lege ferenda* que hubiese sido preferible aglutinar todos estos supuestos en el referido art. 11.1, aunque termina reconociendo que dicha posibilidad igual se produce actualmente a través de la alegación en todos estos casos de la infracción a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE<sup>527</sup>.

Con todo, hemos de señalar que una parte importante de la doctrina sostiene una opinión crítica frente a la postura restrictiva de la STC 64/1986 y abogan por una interpretación amplia del término

---

<sup>527</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 121 y en *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 23-4.

“obtención” utilizado por el artículo 11.1 LOPJ<sup>528</sup>, opinión mayoritaria con la que nosotros coincidimos. Así, por ejemplo, para Vegas Torres, la tesis restrictiva nace de la distinción ya comentada en su momento entre fuentes y medios de prueba, de lo cual se colige que las *fuentes* se obtienen mientras que los *medios de prueba* se proponen, admiten y practican. Sin embargo, el autor considera que el legislador de la LOPJ no habría hilado tan fino en la redacción del artículo en estudio<sup>529</sup>, utilizando el término “obtención” en sentido amplio, como sinónimo tanto de búsqueda y consecución de fuentes cuanto de incorporación de dichas fuentes al proceso mediante la práctica de los medios de prueba. Esto es así, según Vegas Torres, sobre todo si se considera que, “tras la entrada en vigor de la LOPJ, sea cual fuere el momento del *iter*

---

<sup>528</sup> Alineados en una noción amplia del término “obtención” del art. 11.1 LOPJ se encuentran: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., pág. 99; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, nota núm. 57, pág. 333; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 70-1; y también, a nuestro juicio, PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., pág. 339 y en “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 1-2 (versión electrónica) quien, tras distinguir con base en la STC 64/1986 (Sala Primera), 21 mayo, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, entre prohibiciones probatorias de investigación (relativas a la búsqueda y recogida de fuentes de prueba) y prohibiciones probatorias relacionadas con la incorporación de las fuentes al proceso (admisión y práctica de los medios de prueba), concluye que dicha sentencia hace aplicable el régimen de exclusión del art. 11.1 LOPJ sólo a las primeras prohibiciones, pero más adelante añade que “parece más adecuado englobar todos los supuestos en la doctrina de las prohibiciones de prueba, cuyo denominador común es la búsqueda de un proceso con todas las garantías”.

<sup>529</sup> Esta afirmación parece refrendada por el apunte hecho por PICÓ I JUNOY, Joan, en orden a los constantes e injustificados cambios de terminología que se aprecian durante la redacción del artículo 11.1 LOPJ, como por ejemplo, el sucedido con la palabra “prueba” de esta norma, en tanto “hasta el texto aprobado por el Congreso de los Diputados se hacía referencia a los «medios de prueba», mientras que con posterioridad se utilizó ya, exclusivamente, el concepto general de «prueba»”, *El derecho...*, cit., pág. 353 y nota 232 de la misma página.

probatorio en el que se haya producido la lesión de un derecho fundamental, la prueba queda privada de eficacia”<sup>530</sup>.

A lo anterior, se une el argumento dado por Pastor Borgoñón en orden a que la indefensión sólo se produce cuando la admisión o práctica de los medios de prueba atenta contra el principio de igualdad o el de contradicción, pero no en los demás casos, en que la incorrecta actividad probatoria no supone indefensión, sino falta de garantías del proceso<sup>531</sup>.

Por último, Gálvez Muñoz añade otra razón en apoyo de la interpretación amplia del término “obtención”, en tanto considera que la postura del TC conduciría a la situación absurda de que la violación de un mismo derecho fundamental tuviera un régimen jurídico distinto según sea el momento en que se produce la infracción, señalando como ejemplo la infracción del derecho a la integridad física o moral cometida por el Fiscal en fase de juicio oral al amenazar a un testigo e idéntica infracción pero cometida en fase sumarial por la policía. El primer caso se reconduciría a la nulidad e interdicción de la indefensión mientras que al segundo se le aplicaría la regla de exclusión<sup>532</sup>.

En definitiva, si bien en el plano dogmático es correcto concluir que la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ debe también aplicarse a las vulneraciones de derechos fundamentales producidas durante la admisión y práctica de la prueba, no es menos cierto advertir que estas

---

<sup>530</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 120-22 y nota 128. Véase también en este sentido a VÉSCOVI, Enrique, “Premisas...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 347.

<sup>531</sup> Cfr. PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., pág. 339 y en “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 2 (versión electrónica).

<sup>532</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 101.



últimas vulneraciones son menos frecuentes que las producidas durante la fase preprocesal<sup>533</sup>.

Los resultados de nuestra búsqueda, corroborados por el trabajo de Martín Pastor sobre la jurisprudencia constitucional<sup>534</sup>, arrojan sólo un caso en que se consideró lesionado un derecho fundamental en fase procesal, contenido en la sentencia del TC 7/2004 (Sala Primera), de 9 de febrero, Ponente D. Pablo García Manzano. El asunto versó sobre unos acusados que prestaron declaración ante el Juez de Instrucción inmediatamente después de haber cesado sus incomunicaciones de cinco días y de haber sido durante ese período sometidos a tratos degradantes y torturas debidamente acreditadas en el proceso. Lo interesante de esta sentencia es que se establece la ilicitud de esas declaraciones no como efecto reflejo o derivado de las torturas previas (doctrina de los frutos del árbol envenenado), sino porque se estimó que la vulneración a la integridad física y moral de los imputados fue directa, dado que los efectos de esas torturas estaban presentes aún en el momento de las declaraciones sin que el Juez hubiese tomado las medidas necesarias para garantizar la libertad de tal declaración, como habría sido, por ejemplo, retrasar suficientemente la toma de declaración, permitir la entrevista previa con los abogados o recabar informes médicos y psicológicos adicionales sobre el estado de salud física y moral del imputado<sup>535</sup>.

---

<sup>533</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 101-02; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 319.

<sup>534</sup> MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes de prueba obtenidas con violación de derechos fundamentales”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, pág. 603.

<sup>535</sup> Todas medidas que sí fueron tomadas respecto del caso conocido mediáticamente como el del “talibán español” y que se refirió a un ciudadano español

Reproducimos tan sólo la conclusión a que llega el TC en este caso al final del FJ. 9º de la citada sentencia 7/2004:

“Por tanto, debemos concluir que las declaraciones prestadas ante el Juez Central de Instrucción, inmediatamente posteriores al cese de la incomunicación, están también viciadas por la tortura previamente ejercida sobre los imputados declarantes, en la medida en que su efecto coactivo podía seguir incidiendo en la libertad de éstos, y sin que ello se viese eficazmente contrarrestado por la obtención por el Juez de garantías materiales. No se trata, como plantean los recurrentes, de un problema de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida, cuya nulidad derivaría de su conexión con la anterior, sino de una prueba nula en sí misma al no haber sido practicada con las suficientes garantías materiales, lo que la invalidaría para su consideración como prueba de cargo”.

**b) Desde el punto de vista de la necesaria relación de causalidad entre la lesión del derecho fundamental y la actividad probatoria**

En esta segunda perspectiva desde la cual puede analizarse el significado de la expresión “pruebas obtenidas” utilizada por el artículo 11.1 LOPJ, la cuestión a dilucidar es si para aplicar la citada regla de exclusión es necesario que las pruebas cuestionadas de ilicitud sean el

---

detenido y hecho prisionero en la base militar de Guantánamo y luego puesto a disposición de la jurisdicción penal española. Todas las aludidas medidas que fueron adoptadas por el respectivo Juzgado Central de Instrucción permitieron al TS dar validez a las declaraciones autoinculpatorias del imputado en el juicio, atendido que su salud física y mental quedó acreditada en el juicio por dos informes médicos y psiquiátricos y porque se consideró desconectada con las otras pruebas del juicio que sí fueron declaradas nulas como, por ejemplo, la declaración, en calidad de testigos de referencia, de los agentes de la Unidad Central de Información Exterior de España que habían interrogado al imputado cuando éste se encontraba recluido en Guantánamo. STS 829/2006 (Sala Penal), 20 julio, FJ. 7º-9º, Ponente D. Joaquín Giménez García.

resultado o consecuencia de la violación de un derecho fundamental o, por el contrario, si basta simplemente con que en la actividad probatoria cuestionada haya habido lesión de un derecho fundamental.

Existe cierto acuerdo en que para aplicar la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ no basta la existencia de una actividad probatoria y un menoscabo de un derecho fundamental, sino que es necesario, además, que concurra una *relación de causalidad* entre ambos. Es decir, se requiere que la prueba sea el *resultado* o la *consecuencia* de la lesión del derecho fundamental o, dicho en otros términos, que la lesión del derecho fundamental sea la *causa* de la prueba que se cuestiona<sup>536</sup>. Lo anterior significa dos cosas:

a') Que puede haber violación de un derecho fundamental y actividad probatoria y, no obstante, no tener aplicación la regla de exclusión. Ejemplo: incomparecencia de un testigo clave al juicio oral y orden de reproducción de su declaración, prestada con todas las garantías, ante el juez de instrucción. La declaración reproducida de ese testigo (actividad probatoria) no es consecuencia o resultado de la lesión del derecho fundamental de defensa derivada de la falta de contradicción que se ha producido.

b') Esa actividad probatoria que no ha sido consecuencia de la lesión del derecho fundamental igual puede llegar a ser ineficaz pero no por ilicitud sino por no estar revestida de todas las garantías constitucionales de la prueba. En este caso la ineficacia no se logra por la

---

<sup>536</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 94. En el mismo sentido, entre otros: DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 22; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 82-3; y VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 123.

vía del artículo 11.1 LOPJ sino por la del artículo 238.3 del mismo cuerpo legal citado, pues podría constituir un evento de nulidad por infracción de los principios de contradicción, inmediación y derecho de defensa que ocasiona, a su vez, indefensión<sup>537</sup>.

**c) Desde el punto de vista de la naturaleza sustantiva o procesal del derecho fundamental vulnerado**

En este caso se trata de dilucidar si la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ se aplica sólo a la infracción de derechos fundamentales de carácter sustantivo, como sería el derecho a la integridad física y moral o si, por el contrario, también se aplica a la vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, como son los derechos del artículo 24 CE. Es evidente que la discusión tiene que ver con el momento en que se produce la ilicitud, porque los derechos del artículo 24 CE normalmente sólo podrán ser vulnerados en fase procesal propiamente tal y no extraprocesal. Sin embargo, los criterios momento de la ilicitud y naturaleza jurídica del derecho fundamental no son siempre sinónimos porque, aunque es difícil, no es absolutamente imposible pensar en una hipótesis de vulneración de un derecho fundamental sustantivo en fase procesal, por ejemplo, amenazando a un testigo en la vista del juicio oral (derecho a la integridad moral o psicológica).

---

<sup>537</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 94-5. En el mismo sentido, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 123, señalando que esto ocurre cuando el tribunal valora como prueba de cargo documentos que dan cuenta de actuaciones policiales o sumariales que habrían podido ser reproducidas en el juicio oral. En este caso, señala el autor, la lesión de las garantías constitucionales de la prueba no arranca de la obtención ilícita de la misma, por lo que la prohibición de su valoración no deriva de la aplicación de la regla de exclusión por ilicitud, sino de circunstancia de

Por esta razón, es decir, porque no siempre la naturaleza sustantiva o procesal del derecho fundamental se encuentra estrictamente relacionada con el momento de la ilicitud, el estudio de esta temática y la consiguiente conclusión a que puede llegarse en torno a la aplicación o no de la regla de exclusión, la incluiremos en el estudio que realizaremos más adelante sobre el significado de la expresión “derechos fundamentales” que utiliza el artículo 11.1 LOPJ.

### **B) “Directa o indirectamente”**

La expresión “directa o indirectamente” ha dado lugar a una cierta polémica en torno a los efectos extensivos de la ineficacia de las pruebas obtenidas o practicadas con vulneración de derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, en torno al alcance de la prohibición probatoria o regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ.

Concretamente nos referimos a la polémica que suscita esta expresión en orden a si con ella el legislador español acogió o no la *fruit of the poisonous tree doctrine* o doctrina de los frutos del árbol envenenado de creación norteamericana, según la cual “la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que si bien en sí mismas son legales, se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas puedan ser admitidas”<sup>538</sup>.

Dado que el tema no es de fácil solución, abordaremos su estudio más adelante en un apartado especial para su mejor exposición.

### **C) “Violentando”**

---

tratarse de pruebas desprovistas de las debidas garantías constitucionales que rigen la actividad probatoria.

<sup>538</sup> BAYARRI GARCÍA, Clara E., “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 6 (versión electrónica).

Desde un aspecto meramente terminológico llama la atención la utilización de la expresión “violentando” por parte del artículo 11.1 LOPJ, en razón de ser poco frecuente en el ámbito jurídico, donde es más propio hablar de violación o vulneración. En este sentido, es fácil coincidir con Fidalgo en orden a que simplemente se trata de que el legislador optó por mantener la misma expresión utilizada por el TC en el FJ. 4º de su sentencia 114/1984. Con todo, el citado autor

aclara que estas palabras no son sinónimas en cuanto que la expresión “violentando” admite gradación de la conducta atentatoria del derecho o libertad fundamental, mientras que «violando» o «vulnerando» no admiten tal escalonamiento<sup>539</sup>.

De mayor trascendencia jurídica es la discusión en torno a determinar qué es lo que debe violarse para entender aplicable la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ: si sólo la regulación constitucional del derecho fundamental o también su desarrollo legal.

La discusión tiene gran relevancia práctica dado que es propio de las normas constitucionales su abstracción y brevedad frente a la mayor minuciosidad de las normas pertenecientes a la legalidad procesal ordinaria. Así por ejemplo, el artículo 18.2 CE establece la inviolabilidad del domicilio y luego los artículos 545 a 578 LECRIM regulan en detalle la diligencia de entrada y registro domiciliario.

---

<sup>539</sup> FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., pág. 37. Opinión que guarda cierta coherencia con los significados atribuido a los indicados términos por el Diccionario de la Real academia de la Lengua Española, según el cual la palabra “violentar” significa “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”, mientras que “violar” significa “infringir o quebrantar una ley, un tratado, un precepto, una promesa, etc.”, y “vulnerar” corresponde a “transgredir, quebrantar, violar una ley o un precepto”.

Para Gálvez Muñoz existen sobre el punto dos opciones, una restrictiva que implica la exclusiva vulneración de la regulación constitucional, y otra amplia que incluye también la infracción de normas de desarrollo de la legalidad ordinaria, inclinándose él mismo por la opción restrictiva en tanto considera que lo que protege la regla de exclusión es el *contenido constitucional* de determinados derechos subjetivos considerados como fundamentales, pero no su desarrollo normativo por medio de disposiciones infraconstitucionales, sean éstas legales, reglamentarias o jurisprudenciales. Lo anterior el autor lo sustenta con base en dos argumentos: a) La interpretación gramatical y sistemática del artículo 11.1 LOPJ; y b) El hecho que una concepción tan amplia del artículo 11.1 LOPJ implicaría, por una parte, un sacrificio muchas veces desmesurado de la verdad en el proceso que también es un bien jurídico constitucionalmente protegido y, por otra, la casi imposibilidad de aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, dado que cualquier infracción de normas legales de desarrollo de un derecho fundamental daría lugar a la actuación de la regla de exclusión, sea cual fuera la trascendencia de dicha norma<sup>540</sup>.

Esta también es la posición sustentada invariablemente por la jurisprudencia constitucional a partir incluso de la propia STC 114/1984 cuando señala, en su FJ. 4º, que en la encrucijada de intereses que impone la prueba ilícita las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos *acaso* puedan ceder ante la exigencia de la verdad en el

---

<sup>540</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 82-4. Para Gálvez un ejemplo de la concepción amplia consistiría en que la omisión del Secretario Judicial de estampar en la correspondencia regularmente intervenida el sello del juzgado conllevaría a la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la aplicación de la regla de exclusión (art. 586.2 LECRIM), conclusión en que coincidimos con el autor en no considerarla jurídicamente razonable.

proceso cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales de rango constitucional. En este sentido la jurisprudencia ha distinguido reiteradamente que en el caso del artículo 18.2 CE debe distinguirse los supuestos en que falta el elemento imprescindible de la autorización judicial para invadir el domicilio de una persona de aquellos otros en que, existiendo dicha autorización, en la realización del acto se produce un incumplimiento de las normas procesales que lo regulan. Al respecto el TS ha señalado que en el primer caso el acto es ilícito así como también lo es la prueba obtenida en el mismo, mientras que en el segundo caso, el acto sólo sería irregular y, por tanto, nulo procesalmente, razón por la cual la prueba así obtenida tampoco podrá producir los efectos probatorios que le serían propios de haberse cumplido todas las formalidades procesales<sup>541</sup>.

En idéntico sentido se pronuncian Díaz Cabiale y Martín Morales pero advierten que, salvo el contenido de cada derecho fundamental fijado manifiestamente por la CE, no siempre es fácil distinguir cuál es el contenido constitucional restante. Para aclarar este punto los citados autores señalan que pueden darse tres hipótesis:

a) Casos en que la infracción de la legalidad ordinaria de desarrollo implica también infracción constitucional: serán todos los casos en que se vulneren las condiciones o requisitos en que puede afectarse un derecho fundamental relativo. Por ejemplo: entrada no

---

<sup>541</sup> STS 635/1993 (Sala Penal), 18 marzo, FJ. Único, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Sobre esta distinción véase anteriormente ATC 349/1988 (Sala segunda), 16 marzo, FJ. 1º y 2º; STC 52/1989 (Sala Segunda), 22 febrero 1989, FJ. 2º, Ponente Dª. Gloria Begué Cantón; y STS 84/1993 (Sala Penal), 28 enero 1993, FJ. 1º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.



consentida en morada ajena sin concurrir ninguna de las excepciones del artículo 18.2 CE.

b) Casos en que la infracción de la legalidad ordinaria de desarrollo no implica también infracción constitucional: por ejemplo, el ya citado caso de la ausencia de sello del juzgado en la correspondencia intervenida.

c) Casos en que lo anterior, positiva o negativamente, no es tan evidente: aquí los autores citados incluyen como ejemplo el extenso debate que tanto ocupó a la jurisprudencia española en torno a si la presencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro domiciliario era un requisito constitucional o legal, hasta concluir que se trataba sólo de una exigencia de mera legalidad, de manera que la ausencia de tal funcionario en aquella diligencia no hacía aplicable la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ<sup>542</sup>.

Con la finalidad de identificar la ubicación de la línea divisoria entre los planos de constitucionalidad y de legalidad, puesto que, dada la abstracción de las normas constitucionales, no será muy difícil terminar concluyendo que en toda infracción de la legalidad ordinaria de desarrollo de un derecho fundamental habrá también una infracción a nivel constitucional, los autores citados proponen, acertadamente a nuestro juicio, la utilización conjunta de dos criterios: a) el de la *correspondencia específica*, como por ejemplo la que se da entre el

---

<sup>542</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 208-11.

Véase también, entre otros pronunciamientos, el ya citado ATC 349/1988 (Sala Segunda), 16 marzo, FJ. 1º y 2º; STS 2444/1993 (Sala Penal), 2 noviembre, FJ. 1º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro; y STC 133/1995 (Sala Segunda), 25 septiembre, FJ. 4º, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende.

artículo 18.2 CE (inviolabilidad de domicilio) y el 569 LECRIM (que regula la presencia del interesado o quien lo represente en la práctica de la diligencia de entrada y registro domiciliario) y b) el de la *intensidad constitucional*, que determina que no basta la existencia de correspondencia específica para que se entienda vulnerado el derecho fundamental cuando se infringe una norma de la legalidad ordinaria que lo desarrolla, sino que es necesario además que exista suficiente intensidad constitucional en esa infracción, es decir, que se compruebe que la infracción infraconstitucional tiene trascendencia en la resolución definitiva. Para los autores, por ejemplo, la infracción del artículo 558 LECRIM (invasión domiciliaria sin previa autorización judicial) es un caso en que claramente concurren ambos criterios porque, de una parte hay correspondencia específica entre el artículo 558 LECRIM y el 18.2 CE y, por otra, la quiebra del principio de reserva de intervención judicial reviste la suficiente intensidad constitucional. Por el contrario, la infracción del artículo 586 LECRIM constituido por el simple olvido de estampar el sello del juzgado en la correspondencia intervenida judicialmente representa un caso de concurrencia de correspondencia específica entre dicha norma y el artículo 18.3 CE (secreto de las comunicaciones o correspondencia), pero de clara ausencia de suficiente intensidad constitucional<sup>543</sup>.

---

<sup>543</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 211-22 y especialmente págs. 216-17 y nota 75 de las mismas páginas. Véase también el ya citado ATC 349/1988 (Sala Segunda), que en su FJ. 1º concluye que no concurren los referidos criterios analizando un caso idéntico a los ejemplos dados por Díaz Cabiale.

Sobre este punto restan por efectuar dos acotaciones finales apuntadas certeramente por Gálvez Muñoz<sup>544</sup>:

a) Las infracciones de normas de la legalidad procesal ordinaria, como ya hemos visto, no son indiferentes al ordenamiento procesal y así, mediante la ponderación caso a caso, podrán dar lugar a la nulidad del artículo 238.3 LOPJ y, por tanto, a la exclusión por esta vía de las fuentes de pruebas y a los medios de prueba obtenidas y practicados, respectivamente, con esta clase de infracciones.

b) Como también hemos tenido oportunidad ya de señalar, el alcance de la ineficacia es mayor en la hipótesis de ilicitud probatoria del artículo 11.1 LOPJ que en la de la nulidad del 238.3 LOPJ, en tanto sólo en el primer caso habrá lugar a la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado<sup>545</sup>. Así También lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia:

“Las consecuencias de una y otra clase de infracción son distintas, dada la diferente naturaleza de las normas infringidas: cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Por el contrario, si la infracción es sólo de las normas de

---

<sup>544</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 84-91, con amplias citas jurisprudenciales.

<sup>545</sup> Sobre el mismo punto véase los siguientes autores: SANZ MARQUES, Luis, “Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal”, con ALMELA VICH, Carlos, en *Actualidad Penal*, núm. 33, septiembre 1996, págs. 628-29; y VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina y limitaciones a la teoría del «fruto del árbol envenenado» en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, en *Revista General del Derecho*, año LII, núm. 624, septiembre 1996, págs. 10.166 y ss. y, del mismo autor, “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del «fruto del árbol envenenado»: correcciones actuales y tendencias de

legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, éste deviene irregular o procesalmente inválido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto inválido hubiera acreditado por sí mismo”<sup>546</sup>.

#### **D) “Derechos y libertades fundamentales”**

En este punto la gran mayoría de la doctrina española está de acuerdo en que la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ se aplica sólo a los casos de violación de derechos o libertades fundamentales, adoptando el legislador en consecuencia un concepto restringido de prueba ilícita, según ya hemos tenido ocasión de revisar.

Sin embargo, la discusión se centra básicamente en otras dos cuestiones de no menor relevancia, a saber: 1) qué debe entenderse por

---

futuro”, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, Madrid, CGPJ, 1996, págs. 13 y ss. (versión electrónica).

<sup>546</sup> STS 2444/1993 (Sala Penal), 2 noviembre, FJ. 1º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Esta doctrina es reiterada en la STS 448/1997 (Sala Penal), 4 marzo, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, cuyo FJ. 2º señala: “La enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1.º de la LOPJ determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los supuestos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que como dispone expresamente el citado precepto y ha reiterado la doctrina jurisprudencial de esta Sala (...) se concretan en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, y no se extienden a los supuestos de infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aun por la vía de calificarlos de infracciones «indirectas» del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la CE pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal”.

Sobre este punto véase también ATS 6102/1992 (Sala Penal), 18 junio, FJ. 9º; y SSTs (Sala Penal) 84/1993, 28 enero, FJ. 1º; 635/1993, 18 marzo, FJ. Único, Ponente en estas dos primeras sentencias D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro; 2783/1993, 13 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid; y 588/2002 (Sala Penal), 4 abril, FJ. Preliminar, Ponente D. José Manuel Maza Martín.

derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español y 2) si la naturaleza sustantiva o procesal del derecho fundamental influye o no a la hora de aplicar la regla de exclusión del artículo en estudio.

**a) Alcance o cobertura de la expresión “derechos o libertades fundamentales”**

Esta discusión surge porque la expresión “derechos fundamentales” no siempre ha tenido una lectura unívoca, y así no queda claro si se trata de todos los derechos incluidos en el Título I de la CE, artículos 10 a 55; o si sólo se refiere a los derechos susceptibles de amparo constitucional, esto es, los de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Primero (artículos 15 a 29), más el derecho a la igualdad ante la ley del artículo 14 y el de objeción de conciencia del 30.2 CE; o si, finalmente, son los de las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo Segundo del Título Primero, más el derecho a la igualdad ante la ley, o sea, los artículos 14 a 38 CE, con independencia de si son o no recurribles en amparo.

La discusión ha surgido, en opinión de Gálvez Muñoz, porque no siempre la dogmática constitucional, la legislación y la jurisprudencia han sido claras en este punto<sup>547</sup>. En efecto, la escasa jurisprudencia constitucional que ha recaído sobre este específico punto ha sido poco uniforme y ha sostenido, por una parte, que la prueba ilícita es aquella que atenta contra los derechos de la Sección 1ª solamente (artículos 15 a

---

<sup>547</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 80-81. A lo que hay que añadir la amplia discusión que tan sólo se centra en determinar cuáles y cuántos son los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 CE. En este último sentido, véase, entre muchos, DÍEZ –PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: breve reflexión sobre algunas

29)<sup>548</sup> y, por otra, que tal prueba se refiere a los derechos del Capítulo Segundo del Título Primero, esto es, los artículos 14 a 38 CE<sup>549</sup>. A ello se une la ausencia de uniformidad terminológica del legislador a la hora de concretar el alcance de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, llamando especialmente la atención que el legislador en esta norma utilizara una expresión — derechos o libertades fundamentales — que no coincide con ninguno de los epígrafes utilizados en el Título Primero de la Constitución y ni en otras leyes que, en cambio, utilizan otras expresiones semejantes como “derechos fundamentales” o “derechos fundamentales o libertades públicas”<sup>550</sup>.

En doctrina, obviamente, no existe consenso en este punto y así hay autores que, con base en la ya citada STC 114/1984, entienden que la regla de exclusión sólo se aplicaría a la infracción de los derechos de los artículos 14 a 29 CE<sup>551</sup>. En este último sentido se pronuncia Picó i Junoy

---

cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 6, junio 1998, págs. 615-25.

<sup>548</sup> SSTC 114/1984 (Sala Segunda), 29 noviembre, FJ. 4º, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León y 127/1996 (Sala Primera), 9 julio, FJ. 3º, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

<sup>549</sup> Así, por ejemplo, STC 85/1994 (Sala Primera), 14 marzo, FJ 4º, Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral.

<sup>550</sup> En otras leyes, en cambio, el legislador ha utilizado otras tantas expresiones, tales como la de “derechos fundamentales” en los arts. 287 LEC y 36 de la Ley Orgánica 5/1995, 22 mayo, del Tribunal del Jurado; o “derechos fundamentales o libertades públicas” en la Ley de Procedimiento Laboral (art. 90 RD Legislativo 2/1995, de 7 abril). Cfr. también GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 81; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., notas 52 a 55, pág. 203; y FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 40-44.

<sup>551</sup> En este sentido, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Cuatro sentencias ...”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, cit., nota 5, pág. 28; PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., págs. 355-57 y en “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 10-11 (versión electrónica); MORENO CATENA, Víctor, “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. especial

con base en dos argumentos: a) Porque así lo interpretó el TC tras efectuar un juicio de proporcionalidad entre los intereses en conflicto de proteger los derechos a la efectiva tutela judicial y a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa y el de salvaguardar los derechos fundamentales infringidos con la obtención o práctica de la prueba; y b) Porque la configuración del derecho también fundamental a la prueba que consagra la CE obliga a realizar una lectura estricta de sus límites, sin perjuicio de que la prueba obtenida con infracción de otros derechos de inferior rango normativo pueda ser ineficaz por otras vías distintas de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ<sup>552</sup>.

Sin embargo, otro importante sector doctrinal considera — acertadamente a nuestro juicio — que el concepto de derechos fundamentales utilizado por la norma en estudio debe construirse con independencia de la superprotección que otorga el recurso de amparo y

---

II: “Justicia Penal”, 1988, pág. 2 (versión electrónica), donde en su concepción de derechos fundamentales prefiere adherir a lo que la Constitucional denomina “derechos fundamentales y libertades públicas”, esto es, solamente los de la sección 1ª del Capítulo Segundo; GARCÍA TORRES, Jesús, “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 10, junio 1988, pág. 2 (versión electrónica) donde señala que “Para el supremo intérprete de la Constitución, derechos fundamentales son únicamente los reconocidos como tales en la sección 1ª del capítulo segundo del título primero de la Constitución, sección que comprende los artículos 15 a 29 de la norma fundamental, o quizás estos derechos y el de igualdad del artículo 14, pero no el de objeción de conciencia aunque éste sea accionable en amparo constitucional”; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 37-38; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 339-40, aunque reconoce que cabría considerar que la infracción de incluso normas de rango ordinario podrían dar lugar a una prohibición de valoración de la prueba por infracción a “un proceso con todas las garantías”, cuestión que debiera resolverse a la luz de la ponderación caso a caso de los intereses en conflicto; y CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español”, en *Problemas actuales del proceso penal iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, cit., pág. 455.

<sup>552</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 366-67.

que, en consecuencia, nada obsta para que dentro de dicho concepto se incluyan todos aquellos derechos mencionados en el Capítulo Segundo del Título Primero, esto es, los artículos 14 a 38, ambos inclusive de la CE, en tanto todos ellos detentan la condición de derechos fundamentales, al margen de las concretas vías procesales de protección que en cada caso establece el propio texto constitucional<sup>553</sup>. A mayor abundamiento, Gálvez Muñoz sugiere al respecto recordar “que la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, clave para la formulación de la regla de exclusión, se manifiesta claramente en la declaración de inviolabilidad de los mismos que hace el artículo 10.1 de la Constitución, y que este artículo se erige en el eje de todo el Título Primero y no sólo de una parte del mismo”<sup>554</sup>.

**b) Naturaleza sustantiva o procesal del derecho fundamental violado**

Cuando analizamos el momento en que puede producirse la ilicitud probatoria (infracción de derecho fundamental) postergamos el análisis de un tema que guarda gran conexión con aquél y que es el referente a si tiene o no influencia la naturaleza sustantiva o procesal del

---

<sup>553</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 68. Alineados en esta concepción amplia de la expresión “derechos o libertades fundamentales” del artículo 11.1 LOPJ se encuentran, entre otros: CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, especialmente pág. 39; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 204-05; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “B) El artículo 11.1 de la LOPJ: breve examen”, en *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, cit., pág. 47; y FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 38-39.

<sup>554</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 81-2, aunque el autor aclara “que esta solución excluye, sin embargo, a los principios rectores de la política social y económica del Capítulo Tercero, por no ser, en sentido estricto, derechos subjetivos”.



derecho fundamental lesionado para la aplicación de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ.

A continuación expondremos brevemente las posturas doctrinales y jurisprudenciales que se han sostenido sobre la materia.

**a') Teoría de la naturaleza sustantiva del derecho fundamental vulnerado por la prueba ilícita**

En España el tema surgió porque el TC cambió el criterio expuesto en la ya citada STC 64/1986 en orden a considerar determinante para la aplicación de la regla de exclusión el momento de producción de la ilicitud, por el de la naturaleza jurídica del derecho fundamental lesionado, cambio de criterio que se plasmó en la STC 81/1998 (Pleno), de 2 de abril, Ponente D. Tomás S. Vives Antón.

Esta última sentencia señaló en su FJ. 2º que era necesario distinguir entre los derechos fundamentales sustantivos, como por ejemplo, el derivado del art. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas) y los procesales, que son aquellos que derivan del artículo 24 CE. A continuación el TC aclaró que todos los derechos fundamentales ostentan el doble carácter de ser derechos subjetivos y, al mismo tiempo, ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho. Sobre este punto agregó el TC que esta última característica en el caso de los derechos fundamentales sustantivos tenía una consecuencia específica consistente en que los mismos adquieren una dimensión procedimental, cual es la de constituir reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente

legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones. Con base en este razonamiento, el TC termina por concluir que:

“[A]unque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales...”.

Ya hemos advertido que los criterios utilizados por el TC para determinar la aplicación o no de la regla de exclusión: momento de la ilicitud (STC 64/1986) y naturaleza jurídica del derecho violado (STC 81/1998), no son criterios sinónimos, porque, si bien los derechos fundamentales procesales normalmente sólo podrán ser lesionados en fase procesal propiamente tal, los de naturaleza sustantivas podrán ser lesionados no sólo fase preprocesal sino también y aunque muy excepcionalmente, en fase procesal propiamente tal, como sería el ya citado caso en que el fiscal dirigiera amenazas al testigo durante su declaración en el juicio oral (derecho a integridad psíquica o moral)<sup>555</sup>.

#### **b’) Teoría de la naturaleza sustantiva o procesal del derecho fundamental vulnerado por la prueba ilícita**

En contra de la tesis expuesta en el apartado anterior se ha señalado que el artículo 11.1 LOPJ no distingue el tipo de derecho fundamental lesionado en cuanto a su naturaleza jurídica, por lo que la regla de exclusión que la norma contiene resulta aplicable a los casos de

---

<sup>555</sup> Cfr. en este sentido, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 104.

pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sea cual fuera la naturaleza de estos últimos<sup>556</sup>.

Tal como ya lo hemos indicado, la palabra “obtención” utilizada por el artículo 11.1 LOPJ se refiere tanto a la actividad de búsqueda de las fuentes de prueba como a la práctica del correspondiente medio de prueba abarcando, en consecuencia, no sólo a la labor de obtención de la fuente de prueba, sino también, como lo señala Asencio Mellado, a la de “obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto que violan derechos fundamentales, actuación ésta que implica tanto la aplicación a la fuente de un método ilícito, como la extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”<sup>557</sup>.

#### **c’) Teoría intermedia en torno a la naturaleza jurídica del derecho fundamental vulnerado por la prueba ilícita**

En una posición más bien intermedia sobre este punto se encuentran Díaz Cabiale y Martín Morales, para quienes por regla general la infracción de derechos fundamentales de naturaleza procesal del artículo 24 CE no supone un caso de ilicitud probatoria, sin perjuicio de que no pueda otorgarse la consideración de prueba a la actuación que lesionó ese derecho fundamental. Sólo excepcionalmente habrá casos de lesión de derechos fundamentales de carácter procesal que den lugar a la aplicación de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, esto ocurrirá cuando se infrinjan los derechos “a ser informado de la acusación formulada, a la defensa de letrado, a no declarar contra uno mismo, a no

---

<sup>556</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., nota 128, pág. 122; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 70-71.

<sup>557</sup> ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 82-83.

confesarse culpable y a no declarar por razones de parentesco o secreto”. En todos los demás casos el régimen aplicable es el del artículo 238.3 LOPJ, esto es, la nulidad por causa de prescindencia total y absoluta de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión<sup>558</sup>. También Ortells comparte esta opinión pero advierte que no se trata de afirmar la intrascendencia de la violación de derechos fundamentales de carácter procesal, sino de “constatar que su incidencia en la ineficacia de la prueba no precisa de la interpretación constitucional que ha dado lugar al art. 11.1 LOPJ, sino que se apoya directamente en los derechos reconocidos en el art. 24 CE”<sup>559</sup>.

Díaz Cabiale y Martín Morales señalan, además y con acierto a nuestro juicio, que la causa de este tratamiento procesal distinto no deriva de la falta de “fundamentalidad” de los derechos constitucionales de carácter procesal, que son tan fundamentales como los de carácter sustantivo, sino en la *falta de relación o conexión de causalidad* entre la lesión de un derecho fundamental de carácter procesal y la obtención de la fuente de prueba. El ejemplo dado por los autores aclara el punto: un registro domiciliario sin orden judicial y otro con orden judicial pero sin la presencia del imputado o su representante. En este segundo caso la obtención de la fuente de prueba sin contar con la presencia del imputado o su representante no es consecuencia de la lesión del 18.2 CE,

---

<sup>558</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 25-26 y 167-68. En sentido similar, GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pág. 36; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 151.

<sup>559</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 319.

concluyendo que lo que supone dicha ausencia es la perfección de la vulneración del derecho de defensa<sup>560</sup>.

Al ser distinto el supuesto de hecho que lleva a aplicar la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ y el régimen de nulidad del artículo 238.3 LOPJ, es claro para Díaz Cabiale y Martín Morales que la lesión de un derecho fundamental de carácter procesal lleve aparejada la nulidad absoluta del acto, el cual se considera inexistente e inconvaleable. Es decir, en el ejemplo dado, ese registro domiciliario sin presencia del imputado que pretenda proponerse como prueba en la etapa procesal oportuna será declarado nulo y no podrá ser convalidado con, por ejemplo, la declaración de los policías que lo practicaron. Con todo, la gran diferencia que existe con el régimen de la regla de exclusión, es que en el caso de nulidad del 238.3 LOPJ no tienen aplicación los efectos de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, por lo que en el ejemplo propuesto sería admisible la confesión del imputado acerca de la propia pertenencia de los objetos hallados en el registro y lo encontrado ahí

---

<sup>560</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 168-69. Más adelante, págs. 171-72, los autores señalan que la ausencia de relación de causalidad se aprecia mejor al dejar sentado que la exigencia de la presencia del titular del domicilio no se fundamenta en el derecho a la intimidad domiciliaria del artículo 18 CE, sino en el derecho de defensa del artículo 24 CE. Que en el caso que se comenta lo que se protege es el derecho de defensa y no la “intimidad domiciliaria” queda patente si se analiza el 569 LECRIM que permite sustituir la presencia del titular domiciliario por el de “dos testigos vecinos del mismo pueblo”.

En idéntico sentido se pronuncia GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 105-06, para quien lo único relevante a la hora de aplicar la regla de exclusión es la existencia o no de una relación de causalidad entre la actividad probatoria y la lesión del derecho fundamental, aunque más adelante reconoce que dicha relación es precisamente menos frecuente en casos de lesión de derechos fundamentales de carácter procesal.

puede utilizarse para obtener otros medios de prueba o iniciar otra línea de investigación<sup>561</sup>.

Lo mismo ocurrirá, a juicio de Díaz Cabiale y Martín Morales, cuando en la incorporación de las fuentes de prueba al juicio oral se produzca la lesión de los principios de contradicción y defensa, puesto que lo que aquí se infringirá serán las exigencias constitucionales del derecho de defensa en la práctica de la prueba (artículo 24.2 CE). En este caso de lesión de derechos fundamentales de carácter procesal en fase endoprosesal tampoco tendrá lugar la aplicación de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, puesto que al tratarse del simple quebranto de las normas procesales que regulan la prueba su tratamiento procesal será el de la nulidad del artículo 238.3 LOPJ, con la misma ausencia ya comentada de los efectos reflejos propios de la prueba ilícita, porque al no entrar en juego el artículo 11.1 LOPJ no hay peligro de contaminación alguna<sup>562</sup>.

**E) “No surtirán efecto”**

---

<sup>561</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 169-70. Sobre la no aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado a los casos de nulidad del artículo 238, véase SANZ MARQUES, Luis, “Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal”, con ALMELA VICH, Carlos, en *Actualidad Penal*, cit., págs. 628-29; y VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina y limitaciones a la teoría del «fruto del árbol envenenado» en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, en *Revista General del Derecho*, cit., págs. 10.166 y ss. y en “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del «fruto del árbol envenenado»: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 13 y ss. (versión electrónica).

<sup>562</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 172-73.

**a) Significado: ¿es una prohibición de admisibilidad o de no valoración o inaprovechabilidad de los resultados de la prueba ilícita?**

En la doctrina española existe amplio consenso en torno a que la expresión “no surtirán efecto” utilizada por el artículo 11.1 LOPJ significa que la prueba ilícita no sólo no debe ser valorada por el juzgador a la hora de fundar el *factum* de la sentencia definitiva, sino que ni siquiera debe ser admitida en el proceso, erigiéndose la citada norma en una prohibición de admisión y de valoración de la prueba ilícitamente obtenida<sup>563</sup>.

En nuestra opinión la expresión “no surtirán efecto” significa de manera prioritaria una prohibición de admisión de la prueba ilícita y sólo

---

<sup>563</sup> Consideran que la expresión “no surtirán efecto” del art. 11.1 LOPJ significa no admisión y no valoración: PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., págs. 362-63 y en “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 12-3 (versión electrónica); ASENIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 85; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., pág. 146; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 40-2 y en “Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita”, en *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, cit., págs. 103-04; ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 319; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 125; CARMONA, Miguel, “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 25, marzo 1996, pág. 97; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas...”, en *La prueba...(II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 44-5 (versión electrónica); PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., pág. 315 y ss.; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 150-51, aunque advierte que la inadmisibilidad no siempre es factible, por lo que el art. 11.1 debe entenderse sobre todo como una sanción de ineficacia para las pruebas ilícitas, o sea, como prohibición de valoración; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., pág. 105; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “(B) El artículo 11.1...”, en *La prueba...*, cit., pág. 44; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 217; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 95 y ss.; y BARONA VILLAR, Silvia, “La prueba (I)”, en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 317.

si por alguna causa esta prueba logra traspasar dicha fase de admisión, por ejemplo, por ser desconocida la ilicitud en fase de admisión, esa prueba no debe practicarse. De igual manera si la ilicitud se conoce tras la práctica de la prueba, evidentemente dicha prueba no debe valorarse, obrando entonces la prohibición del artículo 11.1 LOPJ en este último caso como una prohibición de valoración, lo cual significa que la prueba ilícita no producirá el efecto propio de la prueba entendida ésta como resultado, cual es el de contribuir a formar la convicción judicial.

Este doble rol de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ ya había sido sugerido por la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley y así Silva Melero expresaba sobre el tema que “cuando los medios de prueba son ilícitos, no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta”<sup>564</sup> y los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas lo contemplaron en la redacción del artículo 549 de su proyecto, en cuyo punto I se establecía la prohibición de admisión de la prueba ilícita y en el II se señalaba lo siguiente:

“En el caso de que cualquiera de los medios expresados se hubiera admitido y resultase que se hallan comprendidos en la prohibición del presente artículo, el tribunal los tendrá como no propuestos, mandando devolverlos al presentante si se tratara de documentos o de alguno de los medios del artículo 547, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que se hubiese contraído”<sup>565</sup>.

---

<sup>564</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 70.

<sup>565</sup> Sic. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección...*, T. II, cit, pág. 273. Ver también pág. 105 de la Exposición de Motivos de este proyecto.



Con todo, existen autores que discrepan de este doble rol, decantándose unos sólo por la inadmisibilidad y otros, sólo por la inapreciabilidad o no valoración.

Entre los primeros, encontramos a Díaz Cabiale y Martín Morales, quienes sostienen que la indicada expresión del art. 11.1 LOPJ debe entenderse referida a una prohibición de admisión ya que la ilicitud de la prueba deriva de la circunstancia de que la infracción a los derechos fundamentales sea la causa de la “obtención” de la fuente de prueba, relación causa-efecto que es poco probable que ocurra durante la práctica del medio probatorio, como sería el caso de la infracción del derecho a la integridad física o moral de un testigo producida en el interrogatorio llevado a cabo durante el juicio oral. En todos los demás supuestos — continúan los autores — en que la lesión del derecho fundamental no es la causa de la obtención de la prueba, como sería el caso de infracciones a los principios reguladores de la prueba (contradicción, defensa, etc.), nos enfrentamos a supuestos de nulidad prevista en los artículos 238 y siguientes de la LOPJ y no propiamente a hipótesis de ilicitud de la prueba regidos por el artículo 11 del mismo cuerpo legal<sup>566</sup>.

---

<sup>566</sup> Con todo, la opinión de estos autores no implica que ellos acepten la valoración de la prueba que, a pesar de ser inadmisibile, logre ingresar al proceso, por cuanto se muestran radicalmente contrarios a la valoración de cualquier medio de prueba que tenga su causa en la vulneración de derechos fundamentales, postura que podremos apreciar con toda claridad en el acápite relativo al significado de las expresiones “directa o indirectamente” que también utiliza la norma en estudio. Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 22-24 y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 70 donde, además, el autor aclara que la expresión “no surtirán efecto” se debe a una “desafortunada redacción” que tiene su origen en la enmienda del Grupo Popular que se intentó introducir al proyecto y que, con un claro corte privatista al hacer referencia a la ilicitud en términos de ética, no hizo sino traspasar al ámbito procesal la expresión del artículo 1.275 del Código Civil sobre la ilicitud de la causa «no producen efecto

Entre los autores que se decantan por la inapreciabilidad o prohibición de valoración como significado de la expresión en estudio, encontramos a Bayarri García quien fundamenta su opinión en los siguientes cuatro argumentos: a) tenor literal del artículo 11.1 LOPJ; b) la imposibilidad de prever, antes de la admisión de una prueba al proceso, la ilicitud de su origen; c) que aún siendo dicho origen previsible, su constancia física en los autos es inevitable, con el consecuente efecto contaminante; y d) la exclusión de plano de una prueba cuyo origen se sospecha ilícito obstaría a la averiguación de la verdad en el procedimiento principal o requeriría de un procedimiento paralelo de indagación acerca de esa ilicitud, ocasionando dilaciones indebidas en el curso del juicio, con lo cual igual se terminaría vulnerando el artículo 24 CE<sup>567</sup>.

Reiteramos sobre este punto que, en nuestra opinión, la expresión “no surtirán efecto” que estamos estudiando no puede sino ser entendida en los términos más amplios posibles, tanto como causa de inadmisión y de práctica cuanto de no valoración de la prueba ilícita a la hora de pronunciarse la sentencia definitiva. La regla de prohibición que impone el artículo 11.1 LOPJ es absoluta y sus efectos deben desplegarse en todas las fases del procedimiento en general, durante el cual ni tan siquiera puede utilizarse para fundar una medida cautelar, ni del procedimiento probatorio en particular, ni menos aún en fase de decisión.

---

alguno», expresión esta última que no tiene sentido en el ámbito procesal donde sólo cabe hablar de admisión o valoración.

<sup>567</sup> Cfr. BAYARRI GARCÍA, Clara E., “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 7-8 (versión electrónica).

Entre los argumentos doctrinales a favor de entender al artículo 11.1 LOPJ de manera prioritaria como una prohibición de admisión de la prueba ilícita destacan los siguientes:

a') Por el llamado efecto psicológico que la prueba ilícita puede ejercer en la mente del juzgador en términos de inclinar su decisión final hacia una postura que no habría adoptado de no haber mediado dicha prueba. En sentido similar Silva Melero advertía que la no valoración de la prueba ilícita que había logrado incorporarse al proceso entrañaba un grave peligro derivado de la valoración de la prueba “en conjunto” y de la libre convicción del tribunal, pues no debe ignorarse el efecto psicológico que la prueba, no obstante su origen vicioso, puede ejercer en la convicción del juzgador<sup>568</sup>.

b') Por razones de economía procesal en tanto, como podremos apreciar más adelante, si la prueba ilícita logra ingresar al proceso y es valorada por el tribunal, habrá que recurrir la sentencia definitiva por la vía de apelación, casación e incluso amparo, según proceda, con las consecuentes demoras en la resolución final del juicio<sup>569</sup>.

c') Porque si la decisión sobre la ilicitud de la prueba se difiere hasta el momento de la sentencia definitiva, sin que este carácter de la

---

<sup>568</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. I, cit., pág. 70.

<sup>569</sup> Por todos, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 218-19. Sobre el efecto contaminante de la prueba ilícita, véase especialmente CARMONA, Miguel, “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 97 y ss.; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 346-51; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 155-56; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 109-12.

prueba haya sido objeto de debate previo, puede acarrear la eventual indefensión de aquella parte que la propuso y practicó<sup>570</sup>.

d') El peligro que conlleva diferir el momento de expulsión de la prueba ilícita del proceso a fases posteriores a la de admisión de los medios de prueba, aumenta si se piensa que a partir de esas pruebas pueden obtenerse otras diligencias de investigación y fuentes de prueba que, aún siendo lícitas, pueden devenir inválidas como consecuencia del efecto reflejo<sup>571</sup> o, lo que es peor, pueden luego considerarse válidas a través del expediente de considerarlas independientes jurídicamente por aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad que ha creado la jurisprudencia española y que estudiaremos más adelante.

Ahora bien, sentado que lo preferible es la no admisión de la prueba ilícita, no resulta difícil constatar que en fases tan tempranas del procedimiento no siempre es factible efectuar un juicio fundado acerca de la ilicitud de la prueba, sea porque al juez le faltarán antecedentes suficientes para resolver la solicitud de inadmisión, o sea porque las causas de la ilicitud pueden sólo hacerse patente en la misma práctica de la prueba o, incluso después de haber sido practicada como sería, por ejemplo, el caso de un registro domiciliario efectuado en una hipótesis de flagrancia que luego se determina que no existió, provocando la ilicitud de la diligencia de entrada y registro domiciliario considerada en un principio válida<sup>572</sup>.

---

<sup>570</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, "Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)", en *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2000, pág. 300.

<sup>571</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., pág. 111.

<sup>572</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 219. En sentido similar, BARONA VILLAR, Silvia, "La prueba", (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 317.

Si esto es así, constata la ilicitud de manera previa a la práctica de la prueba, dicha prueba no debe ser practica y si la indicada ilicitud sólo queda patente tras su práctica, es decir, en fase de sentencia, no queda más que no valorar dicho material probatorio y no considerarlo de manera alguna para los efectos de establecer los hechos probados de la causa. Sólo con una afirmación como esta se puede ser fiel al espíritu que creemos inspira la expresión “no surtirán efecto” que utiliza el artículo 11.1 LOPJ.

**b) Cauce procesal de alegación de la ilicitud de la prueba**

En el punto precedente hemos concluido que la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ debe entenderse como una prohibición de admisión y de no valoración de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, conclusión que es apoyada por la doctrina mayoritaria.

Sin embargo, el problema surge a la hora de determinar el cauce procesal a través del cual se puede alegar la ilicitud de la prueba en el procedimiento penal español, sobre todo si se toma como modelo el procedimiento ordinario regulado en la LECRIM, partiendo de la base que el artículo 11.1 LOPJ guarda silencio sobre este punto.

El estudio de este tema lo abordaremos distinguiendo entre el período previo a la sentencia y el que se inicia a partir del pronunciamiento de la sentencia definitiva.

**a’) Antes de la sentencia definitiva**

En esta fase estaremos hablando de inadmisión de la prueba ilícita si aún no ha sido practicada y de no valoración de la misma en caso contrario.

Concretamente durante la *fase de instrucción* de cualquier tipo de procedimiento penal por delitos no existe en la LECRIM ninguna disposición que expresamente prevea la facultad del juez para declarar la exclusión del material probatorio de origen ilícito. Pese a ello la doctrina considera que, dada la relevancia del tema, no es posible concluir que el juez carezca de atribuciones para declarar de oficio dicha ilicitud, proponiendo como cauce procesal cualquiera de las resoluciones que el juez pronuncia durante este período, aunque tengan una finalidad distinta, tales como: a) denegando las diligencias que el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas en el proceso le propusieren, por considerarlas “perjudiciales”(artículo 311 LECRIM); b) al pronunciarse sobre alguna medida cautelar (artículos 486 y siguientes LECRIM); c) al denegar el auto de procesamiento; o d) al pronunciar el auto de conclusión del sumario (artículos 622 y siguientes LECRIM)<sup>573</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que la exclusión de la prueba tenga lugar a petición de parte, surge de inmediato la interrogante acerca de la legitimación necesaria para efectuar tal solicitud. Sobre este punto existe acuerdo en la doctrina en orden a considerar que basta la condición de parte en el proceso penal para solicitar la exclusión de una prueba

---

<sup>573</sup> Cfr., entre otros, PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., págs. 363; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 85; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 152-53; ECHARRI CASI, Fermín J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 23 (versión electrónica); GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 215; CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión...”, en *Problemas actuales...*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, cit., pág. 458; GONZÁLEZ MONTES, Luis, “Nuevas reflexiones...”, en *Primeras Jornadas...*, cit., págs. 104-05; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., pág. 113; y FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas...”, en *La prueba...(II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 45-6 (versión electrónica).

ilícitamente obtenida, con independencia de que se detente la titularidad del derecho fundamental sustantivo lesionado, por cuanto con la valoración de la prueba ilícita siempre verá lesionado su derecho a un proceso con todas las garantías y el de igualdad de armas, además del de la presunción de inocencia<sup>574</sup>.

A mayor abundamiento, la doctrina se muestra partidaria de que la legitimación para solicitar la exclusión de la prueba ilícita también alcance a un tercero, pero en este caso sólo si se trata del titular del derecho fundamental sustantivo lesionado, por cuanto en este tercero debe concurrir interés legítimo y objetivo en realizar tal solicitud<sup>575</sup>. Finalmente hay quienes postulan al respecto que la intervención del tercero sólo debe darse en supuestos muy excepcionales, y al único objeto de impedir los efectos reflejos de la prueba ilícita<sup>576</sup>.

Durante la *fase intermedia* hemos de distinguir el tipo de procedimiento, partiendo por los que sí contemplan una norma expresa en torno a la inadmisibilidad de la prueba ilícita:

a'') Procedimiento abreviado y el llamado “juicio rápido”: En el procedimiento abreviado, regulado en los artículos 757 y siguientes de la LECRIM, existe un trámite específico, contemplado en el artículo 786.2, que tiene lugar al inicio de la audiencia del juicio oral, destinado a

---

<sup>574</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 216. En igual sentido se pronuncian, entre otros, PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., pág. 364; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 85; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 331-32; HUERTAS MARIN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 158; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 125.

<sup>575</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 217; y ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 85-6.

<sup>576</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 332-33.

debatir, entre otras cuestiones, la vulneración de un derecho fundamental, debiendo el Tribunal resolver en el mismo acto la cuestión planteada. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia<sup>577</sup>.

Por su parte, el artículo 792.2 señala que, cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el fondo de la sentencia, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que se conserven aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la vulneración cometida.

En el caso de los denominados juicios rápidos, el artículo 802.1 LECRIM señala que la audiencia del juicio oral se desarrollará conforme a lo dispuesto para el procedimiento abreviado en los artículos 786 a 788, con lo cual en esta clase de enjuiciamientos también habrá lugar al debate sobre la vulneración de derechos fundamentales al inicio de tal audiencia.

b'') Procedimiento ordinario por delitos graves: En esta clase de procedimiento, regulado en los Libros II y III LECRIM, lo cierto es que no existe una normativa específica sobre la materia a semejanza del procedimiento abreviado ni tampoco contempla la ilicitud como una causa autónoma de inadmisibilidad de la prueba en el artículo 659 LECRIM, sin perjuicio de que la jurisprudencia del TC viene estimando que las pruebas ilícitas deben considerarse incluidas en la noción de

---

<sup>577</sup> En este sentido, BARONA VILLAR, Silvia, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 317.



pruebas “impertinentes”<sup>578</sup>, equiparación que es sólidamente criticada por la doctrina de los autores<sup>579</sup>.

Ello ha conducido a la doctrina a establecer algunas alternativas de solución. Una primera opción es la de considerar el debate sobre la ilicitud de la prueba como una cuestión de previo pronunciamiento del artículo 666 LECRIM<sup>580</sup>, sin embargo otros consideran, acertadamente a nuestro juicio, que tal opción no es factible dado el carácter taxativo que posee la citada disposición legal<sup>581</sup>.

Otra opción es la de aplicar al procedimiento ordinario la normativa específica que al respecto contempla el abreviado (artículo 786.2 LECRIM), todo ello mediante una interpretación sistemática de la LECRIM<sup>582</sup>.

---

<sup>578</sup> STC 114/1984 (Sala Segunda), 29 marzo, FJ. 5º, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>579</sup> Entre otros, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 98; y PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 52-53; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes de prueba obtenidas con violación de derechos fundamentales”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, cit., pág. 592.

<sup>580</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., pág. 119 que señala que una interpretación amplia del art. 666 LECRIM es la única manera de aplicar analógicamente el art. 786.2 del procedimiento abreviado.

<sup>581</sup> CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión...”, en *Problemas actuales...*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, cit., págs. 458-59; y ECHARRI CASI, Fermín J., “Prueba ilícita...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 25 (versión electrónica).

<sup>582</sup> Cfr. ECHARRI CASI, Fermín J., “Prueba ilícita...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 25 (versión electrónica), aunque a condición de diferir al resolución del asunto hasta la sentencia definitiva; y PASTOR BORGONÓN, Blanca, “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 13 (versión electrónica). En contra de esta opción se pronuncia DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “(C) Tratamiento procesal de la prueba ilícita”, en *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, con TORRES MORATO, M. Ángel, 3ª ed., Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, pág. 59, citando jurisprudencia.

Una tercera opción es la de aplicar supletoriamente al procedimiento penal ordinario la normativa específica que sobre este punto contempla la LEC en su artículo 287, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la misma ley<sup>583</sup>.

Esta última opción nos parece la vía más coherente, ágil y efectiva de expulsar del proceso aquella prueba que se ha comprobado de origen ilícito, a través de este incidente contradictorio y de la “prueba sobre prueba” que admite. La existencia de este incidente ya había sido propuesta por la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC de 2000<sup>584</sup> y constituye, actualmente, la opción que reconoce mayor acuerdo doctrinal<sup>585</sup>.

---

<sup>583</sup> Artículo 4 LEC: “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley”. Por su parte, el art. 287 LEC dispone: “1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva”.

<sup>584</sup> PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., pág. 363; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 125-26; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 178-79; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pág. 41; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 157.

<sup>585</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “C) Tratamiento procesal de la prueba ilícita”, en *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, cit., págs. 57-9; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., págs. 124-26; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 100-01; y CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión...”, en *Problemas actuales...*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, cit., págs. 461-2.

Con todo, también concordamos con la doctrina que considera que es absolutamente necesario que la LECRIM establezca una normativa propia sobre esta materia que contemple la ilicitud como una causa autónoma de inadmisibilidad de la prueba y un incidente contradictorio previo, oral y de rápida tramitación, en el que sea permitido a las partes hacer sus alegaciones sobre el punto y rendir prueba sobre la ilicitud alegada<sup>586</sup>.

### **b’) Después de la sentencia definitiva**

Si el tema de la ilicitud de la prueba no fue planteado antes por ser, por ejemplo, desconocido, logrando ser practicada dicha prueba, la única opción coherente con el respeto de los derechos fundamentales será que el juez, de manera unilateral, proceda a tener por no admitida ni practicada la prueba, solución que se impone para el juzgador incluso sin contradicción de las partes, entendiéndose que la contradicción sólo sufre una postergación hasta el momento de la interposición de los respectivos recursos procesales contra la sentencia definitiva<sup>587</sup>.

Si el Tribunal hubiese infringido la prohibición de valorar la prueba ilícitamente obtenida del artículo 11.1 LOPJ, tomando en cuenta dicha prueba para formar su convicción, el único camino posible será combatir la sentencia definitiva así pronunciada a través de los *recursos que resulten procedentes*. En el caso específico en que proceda el recurso de casación, se podrá incluso recurrir por la vía del 5.4 LOPJ y en el caso de casación y amparo se podrá fundar los respectivos recursos en

---

<sup>586</sup> En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 100.

<sup>587</sup> En este sentido, BARONA VILLAR, Silvia, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. II, cit., pág. 317.

infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y, en su caso, a la presunción de inocencia, en tanto dicha presunción sólo puede desvirtuarse con prueba obtenida y practicada con todas las garantías legales y constitucionales<sup>588</sup>, constituyendo la valoración de pruebas ilícitas para fundar una condena la primerísima causa de vulneración de la presunción de inocencia, como tendremos ocasión de analizar con mayor detalle más adelante.

### **3. Especial referencia a la expresión “directa o indirectamente” utilizada por el artículo 11.1 LOPJ y la recepción en España de la *fruit of the poisonous tree doctrine***

Tal como lo hemos advertido al analizar el artículo 11.1 LOPJ, la expresión “directa o indirectamente” ha abierto la polémica acerca de si con ella el legislador español acogió o no la *fruit of the poisonous tree doctrine* o doctrina de los frutos del árbol envenenado de creación norteamericana.

Antes de revisar la acogida de esta doctrina en España, pasaremos breve revista al origen norteamericano de la misma.

#### **a) Origen de la *fruit of the poisonous tree doctrine* en EEUU y sus excepciones**

El origen de esta doctrina data de 1920 en la sentencia pronunciada en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385 [1920]) y se consolida posteriormente en las sentencias de *Wong Sun v. United States* (371 U.S. 471 [1963]) y *Brown v. United States* (422 U.S. 590 [1975]), aunque la metafórica denominación nace

---

<sup>588</sup> Por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 102.

en 1939 de la pluma del juez Félix Frankfurter en el caso *Nardone v. United States* (308 U.S. 338)<sup>589</sup>.

En *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, ante la posibilidad de utilizar información obtenida en un registro ilegal para fundamentar la solicitud de una autorización judicial que ordenara la entrega de documentos cuya existencia se conoció de esa forma, el Juez Holmes señaló:

“[L]a esencia de una norma que prohíbe la obtención de pruebas de una determinada manera no es solamente que las pruebas así obtenidas no puedan utilizarse ante los Tribunales, sino que esas pruebas no puedan ser utilizadas en absoluto”<sup>590</sup>.

Y, en 1939, el Juez Frankfurter en el caso *Nardone v. United States* señaló:

“[P]rohibir el uso directo de [ciertos] métodos [pero] no poner límites a su pleno uso indirecto sólo provocaría al uso de aquellos mismos medios considerados incongruentes con estándares éticos y destructivos de la libertad personal”<sup>591</sup>.

No nos adentraremos en la evolución que en Estados Unidos ha tenido esta doctrina por exceder los objetivos del presente trabajo<sup>592</sup>, pero

---

<sup>589</sup> Por todos, FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”*..., cit., pág. 434; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Prueba obtenida...”, en *Medidas...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 1 (versión electrónica) y en “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., pág. 10.149; y SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., págs. 282-83.

<sup>590</sup> Sic. 251 U.S. 385 [1920] en FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”*..., cit., págs. 434-35.

<sup>591</sup> 308 U.S. 338 [1939] en FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”*..., cit., pág. 435.

<sup>592</sup> Para lo cual recomendamos consultar, entre otros, a los siguientes autores españoles y a las fuentes primarias por ellos citadas: DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La*

si apuntaremos a su respecto dos cuestiones que nos parecen fundamentales para interpretarla y evaluar su acogida en otros países:

1) En Estados Unidos esta doctrina nació muy ligada al *deterrent effect* que fundamenta, especialmente a partir de 1961, toda la regla de exclusión en dicho país. De ahí que la finalidad primordial que persigue sea la de controlar los actos del aparato policial norteamericano y sus eventuales malas *praxis*, quedando excluidas de la aplicación de los efectos derivados o reflejos de la prueba ilícita los casos en que en el actuar policial ha primado la buena fe<sup>593</sup>.

2) Esta doctrina posee un claro fundamento *relacional*, lo que significa que “para considerar una determinada prueba como *fruto* de un *árbol envenenado* hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuándo la ilegalidad primera es condición *sine qua non* y motor de la obtención posterior de las pruebas derivadas, que no se hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria”<sup>594</sup>.

A partir de estos dos fundamentos, especialmente del segundo, la jurisprudencia norteamericana ha ido elaborando todo un elenco de limitaciones o excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, tales como:

---

*admisión...*, cit., págs. 121-27; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 355-59; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Prueba obtenida...”, en *Medidas...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 1-10 (versión electrónica) y en “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., págs. 10.149-161; SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., págs. 382-91; y FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 434-43 y 115-19.

<sup>593</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., pág. 356.

<sup>594</sup> Sic. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., pág. 434. (La cursiva es del autor).

**a’) La *independent source doctrine* o doctrina de la fuente independiente**

Según esta doctrina la teoría de los frutos del árbol envenenado no se aplicará “cuando las pruebas que se pretenden excluir por considerarse derivadas de una violación de derechos anterior, derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales”<sup>595</sup>.

La *independent source doctrine* no es verdaderamente una excepción a la teoría de los efectos reflejos o derivados de la prueba ilícita, sino más bien una consecuencia lógica del razonamiento base de la misma, toda vez que, tal como lo hemos señalado, la teoría de los frutos del árbol envenenado es fundamentalmente *relacional*, por lo que si *no existe nexo causal* entre la ilicitud originaria y la obtención del material probatorio es del todo evidente que ese material probatorio no es “fruto” del “árbol envenenado”<sup>596</sup>.

Un caso emblemático de esta doctrina fue *Bynum v. United States* (1960), en la que se detuvo ilegalmente a un sujeto como sospechoso de un robo. En esta diligencia se le tomaron huellas dactilares y se comprobó que coincidían con las del sitio del suceso. Sin embargo, la

---

<sup>595</sup> Esta limitación ya quedó sentada en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385 [1920]) al señalar: “por supuesto esto no significa que los hechos así obtenidos [*sic*] se conviertan en sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se consigue mediante una fuente independiente pueden ser probados como cualesquiera otros, pero el conocimiento adquirido por la acción ilícita del gobierno no puede ser utilizado por él de la manera propuesta”. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., nota 172, págs. 435 y 438-39.

<sup>596</sup> Cfr. entre otros: FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., nota 172, págs. 435 y 438; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 83; y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., págs. 73-4 y 90.

Corte declaró ilícita esta segunda prueba por derivar de la detención que había sido declarada ilegal por carecer de “causa razonable” (sin indicios que la fundaran). La policía entonces volvió a encausar al sospechoso Bynum por el delito de robo pero utilizando ahora sus huellas dactilares obrantes en un antiguo registro del FBI y que no tenían conexión alguna con las obtenidas en la detención ilegal, desconexión causal que la Corte Suprema aceptó como válida<sup>597</sup>.

**b’) La *attenuated connection doctrine* o *purged taint* o doctrina de la conexión atenuada**

Esta doctrina dispone que no se aplicará la teoría de los frutos del árbol envenenado cuando, no obstante existir una relación de causa-efecto entre la originaria vulneración de derechos y la obtención de material probatorio, esta conexión está suficientemente atenuada como para que la originaria ilegalidad no se traspase o alcance a viciar a la prueba idealmente derivada<sup>598</sup>.

Ejemplo clásico de esta excepción lo constituye el caso *Wong Sun v. United States* de 1963, en el cual Wong Sun fue objeto de una detención irregular y como consecuencia de su declaración se detuvo a

---

<sup>597</sup> Cfr. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., págs. 10.154-155; y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 83.

<sup>598</sup> La *attenuated connection doctrine* fue establecida en *Nardone v. United States* (308 U.S. 338 [1939]) y confirmada con posterioridad especialmente en la sentencia pronunciada en el caso *Wong Sun v. United States* (371 U.S. 471 [1963]), según la cual lo determinante no es la constatación de la existencia de un mero nexo causal, sino establecer: “si, partiendo de la determinación de la ilegalidad primaria, los materiales probatorios [derivados] contra los que se plantea la objeción [de inadmisibilidad] han sido obtenidos por explotación de esa ilegalidad o por el contrario mediante métodos suficientemente distinguibles como para que resulten purgados de la mancha originaria”. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 440-42.



una tercera persona que posteriormente fue dejada en libertad bajo fianza, para días después presentarse voluntariamente a la comisaría y, previa lectura de sus derechos, confesar el delito. En este caso se consideró que la confesión de esta tercera persona se encontraba suficientemente distante de la original detención ilegal de Wong Sun y por tanto la tacha de ilicitud no la alcanzaba<sup>599</sup>.

La jurisprudencia norteamericana ha intentado casuísticamente sentar algunos criterios objetivos para aplicar esta excepción y así determinar con algún grado de seguridad cuándo el nexo causal se puede considerar atenuado, tales como: el tiempo transcurrido o los acontecimientos intervinientes entre la ilicitud original y la obtención de la prueba derivada; la gravedad o intensidad de la violación originaria; y la naturaleza de la prueba derivada, considerándose en este último caso que es más fácil entender atenuado el nexo causal cuando la prueba derivada es una confesión voluntaria que cuando son pruebas materiales<sup>600</sup>. Con idéntica finalidad la jurisprudencia norteamericana ha señalado que un criterio posible para entender la atenuación del nexo causal lo constituye también la utilización de una *sophisticated argument* o argumentación rebuscada para fundar la existencia de tal nexo, entendiéndose que en este caso es muy improbable que la policía pudiera prever que de su actuar ilícito surgiera la prueba impugnada, con lo cual

---

<sup>599</sup> Cfr. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., págs. 10.155-156; y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 83-4.

<sup>600</sup> Cfr. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 441-42.

desaparece el objetivo final de la regla de exclusión que es el efecto disuasivo y, por tanto, la aplicación de la misma deja de tener sentido<sup>601</sup>.

**c’) La *inevitable discovery exception* o excepción o doctrina del descubrimiento inevitable**

Según esta excepción la doctrina del fruto del árbol envenenado no se aplicaría a todos aquellos casos en que, no obstante existir el nexo causal entre la ilicitud probatoria y la obtención del material probatorio, se constata que dicho material igual se habría obtenido de una manera lícita dado el curso que seguían las investigaciones previas<sup>602</sup>.

Esta doctrina fue consagrada en el caso *Nix v. Williams* (467 U.S. 431 [1984]) en el cual, durante un interrogatorio ilegal, un detenido confesó ser el autor de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde se encontraba el cadáver. La Corte excluyó la confesión pero no el hallazgo del cadáver señalando que en cualquier caso dicho cuerpo igual se habría descubierto durante la búsqueda que se había iniciado en ese lugar antes del interrogatorio o cuando la escasa nieve que cubría el cadáver se derritiera<sup>603</sup>.

Frente a las críticas que se suelen formular a esta doctrina en torno a que se basaría en juicios hipotéticos de lo que “hubiese ocurrido” pero que en definitiva no ocurrió<sup>604</sup>, se debe señalar que en la

---

<sup>601</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 356-7; y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., págs. 94-5.

<sup>602</sup> Cfr. FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 442-43; y VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., pág. 10.159.

<sup>603</sup> Cfr. SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 386.

<sup>604</sup> Cfr., entre otros, CLIMENT DURÁN, Carlos, “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida”,

jurisprudencia norteamericana esta excepción no se cimienta sobre la base de simples intuiciones o conjeturas de lo que “pudiera” haber ocurrido, sino que se exige prueba irrefutable de que la información inevitablemente se habría obtenido por medios legales y ello a través de la fehaciente comprobación de la existencia de investigaciones en curso iniciadas con anterioridad a la obtención ilegal de la información<sup>605</sup>.

Valga recordar que esta doctrina en Alemania pasó a denominarse doctrina de los *cursos de investigación hipotéticos* y que, en opinión de Roxin, las críticas de que es objeto se atenuarían si se asume una postura intermedia que postula que se excluya tal investigación hipotética, y por tanto se aplique la prohibición probatoria, cuando la obtención legítima de la prueba no resulte *muy probable* a la luz de las *investigaciones precedentes*, y, aún siendo muy probable, la prohibición debe igualmente operar cuando se trate de faltas graves al procedimiento, por ejemplo una escucha telefónica sin orden judicial previa, en tanto sería absurdo poder valorar los resultados probatorios de tales escuchas bajo el pretexto de que “se hubiera podido” pedir una orden judicial<sup>606</sup>.

**b) Recepción en España de la doctrina de los frutos del árbol envenenado**

Ya hemos adelantado que en concreto la expresión “indirectamente” utilizada por el legislador de 1985 en el artículo 11.1 LOPJ ha suscitado una cierta polémica en torno a si con ella se da

---

en *Revista General de Derecho*, núm. 559, abril 1991, págs. 2553-54; y VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite...”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., pág. 70.

<sup>605</sup> Cfr. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., pág. 10.160; y SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 386.

<sup>606</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 193.

recepción en el ordenamiento procesal español a la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Es una cierta y no una gran polémica por cuanto hemos constatado que la doctrina mayoritaria considera que efectivamente dicha expresión acoge la referida teoría<sup>607</sup>, siendo muy pocos — aunque no

---

<sup>607</sup> Consideran que el término “indirectamente” del artículo 11.1 LOPJ acoge la teoría de los efectos reflejos o derivados de la prueba ilícita, entre otros: ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 89; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., págs. 147-48; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad...*, cit., nota 59, pág. 334; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 30-1; CLIMENT DURÁN, Carlos, “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida”, en *Revista General de Derecho*, cit., págs. 2552-53; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 15 (versión electrónica), aunque los efectos reflejos de la prueba ilícita en su opinión no responden tanto a la doctrina norteamericana sino a una consecuencia propia de la nulidad de los actos procesales; BAYARRI GARCÍA, Clara E., “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 6 (versión electrónica); GIMENO SENDRA, Vicente, “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, vol. 2, 1996, pág. 1.621; SANZ MARQUES, Luis, “Reflexiones...”, con ALMELA VICH, Carlos, en *Actualidad Penal*, cit., págs. 628-29; VELASCO NUÑEZ, Eloy, “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., pág. 10.162; RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Granada, Ed. Comares, 1998, págs. 74-5; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 161 y 165; CEDEÑO HERNÁN, Marina, “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, pág. 206; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 121 y en *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 71; ECHARRI CASI, Fermín J., “Prueba ilícita...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 2 (versión electrónica); MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originalmente ilícita”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2003, pág. 78; FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., pág. 35; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “B) El artículo 11.1...”, en *La prueba...*, cit., pág. 45; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 155 y especialmente pág. 163; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Prólogo”, en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 9-10; TOMÉ GARCÍA, José Antonio, “Fase Decisoria (II)...”, en *Derecho procesal penal*, cit., pág. 496; y RODRÍGUEZ

menos autorizados — los que postulan la tesis contraria<sup>608</sup>.

Entre los que consideran que el artículo 11.1 LOPJ no acoge la doctrina de los frutos del árbol envenenado destacamos, aunque no compartimos, la opinión de Pastor Borgoñón, en general contraria a la teoría en estudio, señalando que “los procesos mentales o las fuentes de información del investigador no pueden ser rastreados indefinidamente hacia atrás hasta comprobar su absoluta «pureza», o dicho de otra forma, el efecto anulatorio derivado del carácter inviolable de los derechos fundamentales no puede mantenerse indefinidamente, sin que importen los actos interpuestos”. Y, luego de afirmar que el artículo 11.1 LOPJ no acoge la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado, la autora propone una interpretación alternativa a la expresión “indirectamente” para justificar su uso por el legislador, y así señala que cuando se vulneran los derechos fundamentales en la fase de admisión o práctica la infracción a tales derechos es “directa”, y cuando la vulneración se produce en la labor de búsqueda y recogida de fuentes de prueba se infringen “indirectamente” los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la igualdad, porque la infracción a tales derechos no se produce de manera directa al interior del proceso sino de modo “mediato” o “indirecto” en una fase pre procesal<sup>609</sup>.

---

LAINZ, J. Luis, *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, Barcelona, Bosch, 2005, pág. 22.

<sup>608</sup> Entre los que se cuentan: PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., pág. 361; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 39-40; y PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 351 y ss.

<sup>609</sup> Cfr. PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., págs. 361-62. En sentido muy similar también PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 351 y ss. Ambos autores, sobre todo el segundo, son fuerte y certeramente

Entre los autores partidarios de la tesis que postula la recepción de la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita, destacamos a Miranda Estrampes que es bastante enfático al señalar que aunque pueda ser discutible esta recepción a través de la expresión “indirectamente” del artículo 11.1 LOPJ, no hay obstáculos para admitir en España esta teoría, incluso si el legislador de 1985 no hubiese usado tal expresión, puesto que “el reconocimiento de los efectos reflejos es una consecuencia lógica y necesaria que viene impuesta por la propia «inutilizabilidad» de las pruebas ilícitas”. Lo contrario, añade el autor, sería reconocer a dichas pruebas una mera ineficacia formal, sin trascendencia en la práctica<sup>610</sup>.

Entre ambos grupos doctrinales, existen algunos autores que admiten que es dudosa esa recepción<sup>611</sup>, o que consideran que sí es acogida por el ordenamiento español pero con ciertas matizaciones<sup>612</sup>, o que hacia el año 1990 recomendaban acoger esta doctrina pero con cautela y teniendo en vista las experiencias del Derecho comparado<sup>613</sup>.

La jurisprudencia por su parte se ha mostrado partidaria de la teoría de los frutos del árbol envenenado utilizando para ello diferente terminología, como “efecto dominó” (STS 1284/1994 (Sala Penal), de 17 de junio, FJ. 1º, Ponente D. Luis Román Puerta Luis)<sup>614</sup> o “efecto reflejo”

---

criticados en este punto por DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., nota 65, págs. 72-3.

<sup>610</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 115-6.

<sup>611</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 319.

<sup>612</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 155.

<sup>613</sup> Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos, “Sobre la prueba...”, en *Revista General de Derecho*, cit., págs. 2552-53.

<sup>614</sup> Sobre el punto señala esta sentencia, en su FJ. 1º: “En estos supuestos se produce el denominado «efecto dominó» en el sentido de que la nulidad de determinada diligencia o prueba judicial, por vulneración de derechos constitucionales reconocidos,

o “nulidad derivada” (STS 836/2002 (Sala Penal), de 10 de mayo, FJ. 1º, Ponente D. José Manuel Maza Martín y las en ella citadas).

Sea cual sea la terminología empleada, la jurisprudencia ha fundamentado la recepción de la indicada teoría en la expresión “indirectamente” utilizada por el artículo 11.1 LOPJ, sentando una doctrina que ha sido permanentemente reiterada por los Altos Tribunales españoles, tal como se lee en el ATC 282/1993 (Sala Segunda), de 20 de septiembre, FJ. 3º:

“El art. 11.1 de nuestra LOPJ ha establecido que «no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales», debiendo entenderse la expresión «indirectamente» como referida a todas aquellas ocasiones en las que existe una primigenia conculcación de un derecho que, sin embargo, de manera inmediata no proporciona material probatorio, pero sirve para conducir de forma mediata hasta otra fuente de prueba”<sup>615</sup>.

Siguiendo esta doctrina constitucional se pronuncia la STS 538/1997 (Sala Penal), de 23 de abril, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, que en su FJ. 8º señala:

“La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior («directa o indirectamente»), pues sólo de este modo se asegura

---

arrastra en cadena la invalidez y consiguiente ineficacia jurídicas de todas las posteriores que puedan traer causa —directa o indirecta— de aquella primera”.

<sup>615</sup> El entrecomillado es de la sentencia. En el mismo sentido, véase: SSTC 85/1994 (Sala Primera), 14 marzo, FJ 4º, Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral; 86/1995 (Sala Segunda), 6 junio, FJ. 2º y 3º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra; y 49/1996 (Sala Segunda), 26 marzo, FJ. 5º, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados”<sup>616</sup>.

Si bien la doctrina científica se encuentra de acuerdo en torno a la necesidad de que exista un nexo causal entre la ilicitud original y el material probatorio obtenido para que resulte aplicable la teoría de los frutos del árbol envenenado, lo cierto es que la polémica surge a la hora de determinar la intensidad de este nexo, existiendo sobre este extremo dos tesis posibles:

a’) Restringida: exige que entre la ilicitud original y la obtención del material probatorio exista una relación de *causa-efecto*, “o que al

---

<sup>616</sup> El entrecomillado es de la sentencia. Citemos también a la STS 210/1992 (Sala Penal), 7 febrero, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid, cuyo FJ. 2º señala: “a) La obtención ilegítima o ilícita de una prueba puede operar conforme al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial violando o *vulnerando directa o indirectamente un derecho fundamental*. Esta condición refleja o indirecta establecida en la norma indicada no puede por menos que entenderse referida a los supuestos en que la prueba obtenida lícitamente lo es en base a otra actividad que de manera directa ha vulnerado un derecho fundamental. b) Así, se pone como ejemplo doctrinalmente el caso en que en un interrogatorio en que se vulneran derechos fundamentales se encuentran en actuación de entrada y registro efectuada con mandamiento judicial armas, efectos de un robo o sustancias tóxicas. El tema en tales casos es el de determinar si la irregularidad irradia sus efectos a la totalidad de la prueba en virtud de la denominada «doctrina de los frutos del árbol envenenado» propia del derecho anglo-sajón («Fruit of the poisonous tree doctrine») o si, por el contrario, no existe una relación de interdependencia entre el irregular y el regular y por ello este último debe ser reputado eficaz para enervar la presunción de inocencia”. (La cursiva es nuestra, el entrecomillado es de la sentencia). En sentido similar, SSTS (Sala Penal): 2943/1990, 29 marzo, FJ. 2º y 8º; 2258/1994, 15 diciembre, FJ. único; 448/1997, 4 marzo, FJ. 2º; 472/1997, 14 abril, FJ. 6º; 974/1997, 4 julio, FJ. 2º; 290/1999, 17 febrero, FJ. 2º; 369/1999, 13 marzo, FJ. 4º; 457/1999, 19 junio, FJ. 8º; 65/1999, 31 enero 2000, FJ. 2º; y 1203/2002, 18 julio, FJ. 2º y 3º.



primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse clara y rotundamente que el segundo acto es «consecuencia» del primero”. Establecido y verificado este carácter de “consecuencia” del segundo acto la respuesta sólo puede ser la inadmisión de ese elemento probatorio derivado<sup>617</sup>.

b’) Amplia: a esta postura se adscribe Asencio Mellado quien, tras admitir la dificultad de una indagación dirigida a confirmar la conexión entre la ilicitud originaria y la prueba lícita pero derivada de la anterior y la compleja probanza de la misma, considera que bastaría la “simple probabilidad” de existencia de este nexo para aplicar la regla de exclusión, sin que sea necesaria una prueba absoluta de la conexión causal, prueba que en muchos supuestos devendría imposible<sup>618</sup>.

Coincidimos con la postura amplia recién descrita, porque nos parece más acorde con el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria, pero igualmente resulta pertinente citar una tercera postura que podría catalogarse de ecléctica y que es formulada por Galvez Muñoz, quien considera que ambas tesis pueden ser acogidas pero con matizaciones. La postura restrictiva (relación causa-efecto)

---

<sup>617</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., págs. 117-18. (El entrecomillado es del autor). En sentido similar se pronuncia PASTOR BORGONÓN, Blanca, al señalar que: “suponiendo que lleguemos a la conclusión de que deben admitirse los efectos reflejos de las prohibiciones probatorias, es evidente que, para considerar «contaminada» la actividad de recogida de una fuente de prueba por haberse basado en una información obtenida con vulneración de derechos fundamentales, es preciso que el segundo acto se haya realizado, única y exclusivamente, como consecuencia del primero o, dicho de otro modo, (...) cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros razonamientos”, “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 12 (versión electrónica. El entrecomillado es de la autora).

<sup>618</sup> Cfr. ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 89 y nota 57 de la misma página.

puede aceptarse salvo cuando, no obstante no ser tan rotundo el nexo causal, las gravedad de la infracción, la intencionalidad del sujeto infractor o la existencia de negligencia grave tornen necesario el rechazo de la prueba derivada en aras de la máxima tutela de los derechos fundamentales. Asimismo, la tesis amplia (simple probabilidad de nexo) puede acogerse salvo en aquellos casos en que se compruebe que la lesión del derecho fundamental no ha sido indispensable ni determinante por sí sola en la obtención de la prueba, es decir, en todos aquellos supuestos en que resulte razonable pensar que la prueba se hubiera obtenido también sin la vulneración del derecho y cuando la valoración de esa prueba no ponga en peligro las necesidades de tutela del derecho afectado<sup>619</sup>.

En cuanto a la entidad de esa “conexión causal”, la jurisprudencia parece adherir a la postura más amplia que exige una simple probabilidad de nexo causal fáctico, material o natural y no una prueba absoluta acerca de su existencia o inexistencia:

“Ello significa también, por otra parte, el mantenimiento de la validez de una prueba respecto de cuyo origen, aunque pudiera haber incidido de alguna manera la fuente contaminante, existen otros precedentes probatorios causales sin mácula constitucional que, por sí solos, bastarían para explicar su proceso de obtención. O, dicho de otra forma, el que, tras la supresión ideal de la diligencia contraria al derecho fundamental, la prueba analizada mantenga una coherencia suficiente en el proceso productivo que, a través de otros medios lícitos, la hizo posible. Esa «desconexión causal», por tanto, no tiene que ser absoluta, ya que el valor de la prueba «derivada» puede siempre salvarse, en tanto

---

<sup>619</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 175-76.

en cuanto no sea precisa la presencia de la diligencia nula para explicar, como fuente exclusiva, la obtención de la ulterior información, al provenir también ésta de un segundo «manantial», limpio de toda vulneración constitucional, que la hace suficientemente explicable<sup>620</sup>.

Finalmente respecto a esta doctrina, es interesante apuntar la aclaración que efectúan Díaz Cabiale y Martín Morales, en orden a que es discutible que en los casos de vulneración de un derecho fundamental y actuaciones posteriores derivadas de ella siempre exista una y sólo una lesión del derecho fundamental al comienzo. Es decir, en muchos de los casos de actuaciones derivadas de una ilicitud original lo que habrá en realidad serán nuevas lesiones a otros derechos fundamentales, como por

---

<sup>620</sup> STS 836/2002 (Sala Penal), 10 mayo, FJ. 1º, Ponente D. José Manuel Maza Martín. (El entrecomillado es de la sentencia). En cuanto al abuso que implicaría no aceptar la posibilidad de desconexión causal material, llevando a la doctrina de los frutos del árbol envenenado a su máxima aplicación, la jurisprudencia también ha dicho, en la STS 667/1996 (Sala Penal), 8 octubre, FJ. 2º, Ponente D. Gregorio García Ancos: “Esta prueba la hemos de entender desgajada e independiente de la ilegalmente obtenida, con una relación lógica en sus efectos inculpatorios, pero con la diferencia esencial de su procedencia y de las garantías que la acogen, pues las declaraciones de la coimputada fueron obtenidas dentro del marco de la estricta legalidad y se produjeron tanto en fase de instrucción como en trámite de juicio oral. Entender lo contrario sería tanto como llevar a consecuencias absurdas esa teoría tan extendida y de la que se ha hecho y hace abuso desmedido del llamado «árbol podrido que todo lo contamina», pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material. Por ello, y dentro del más exquisito respeto a las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo espurio o ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a éstas. Esto ocurre, como hemos dicho, en el presente caso, en el que si la entrada y registro han de entenderse nulos por ilegales, no ocurre lo mismo con las declaraciones de la coimputada”.

En sentido similar véase STS 1251/1992 (Sala Penal), 25 mayo, FJ. 2º, Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo: “Establecer que el hecho base «probado» mediante una actividad procesal nula (la ilegal entrada y registro en un domicilio) arrastra la imposibilidad de acreditarlo por otras vías, supondría crear auténticas bolsas de impunidad, sin razón suficiente en qué apoyarlas” (Sic.).

ejemplo, cuando en un interrogatorio ilegal se obtiene una confesión y con base en la información por ella proporcionada se detiene a otras personas, caso en el cual también se lesiona el derecho del artículo 17 CE, por no existir causa legal para la detención. En tales supuestos la vulneración del derecho fundamental no sería “indirecta” sino que se trataría de una prueba “directamente” obtenida en virtud de una nueva lesión. Caso distinto y propio de la doctrina de los frutos del árbol envenenado sería que la información obtenida en la mencionada confesión ilegal sirviera para citar a un testigo o encontrar el cuerpo del delito<sup>621</sup>.

**c) Limitaciones o excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado en España**

Pero así como la recepción de esta doctrina fue relativamente temprana por parte de la jurisprudencia española, pronto también se inició un importante debate en torno ahora a la posibilidad de acoger todas o algunas de las excepciones creadas por la Corte Suprema Federal norteamericana.

A continuación realizaremos una breve exposición del curso que ha ido tomando la jurisprudencia española en torno a la recepción de estas excepciones y a las dificultades técnicas que algunas de ellas acusan para ser plenamente acogidas en el ordenamiento procesal español.

**a’) La doctrina de la fuente independiente**

Dado que lógicamente esta doctrina no es en realidad una excepción a los efectos reflejos de la prueba ilícita, desde el punto de

---

<sup>621</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 74.

vista técnico no existe inconveniente u obstáculo jurídico para su recepción en el sistema procesal español, por lo que la jurisprudencia española no tardó en darle cabida, tal como se consigna en la STS 538/1997 (Sala Penal), de 23 de abril, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, en cuyo FJ. 8º se señala:

“El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal)”.

Por su parte la jurisprudencia ha aceptado que ante la inexistencia de “conexión causal” natural o fáctica nos encontramos ante una prueba independiente, no contaminada y perfectamente valorable, señalando el TC en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, Ponente D. Tomás S. Vives Antón, que:

“Si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible” (FJ. 4º)<sup>622</sup>.

O como metafóricamente lo expresa la STS 1762/1994, de 11 de octubre, FJ. 2º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro:

---

<sup>622</sup> En igual sentido véase: STC 139/1999 (Sala Segunda), 22 julio, FJ. 4º, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas y STS 836/2002 (Sala Penal), 10 mayo, FJ. 1º, Ponente D. José Manuel Maza Martín.

“No se puede en consecuencia, hablar de su «contaminación» en base a la doctrina de «los frutos del árbol envenenado» en cuanto, utilizando la misma metáfora, las pruebas que valoró la Sala «a quo» fueron fruto de un árbol distinto y sano. No se da, pues, la nulidad de todo el proceso que el recurso postula”.

Entre los casos en que la jurisprudencia ha aceptado claramente la teoría de la fuente independiente como una limitación a los efectos reflejos o derivados de la prueba ilícita se cuentan, por ejemplo, aquel en que se condenó al acusado como autor del delito de robo con intimidación en un cajero automático. En el recurso de casación en contra de esta sentencia se alegó la nulidad de la declaración del acusado reconociendo la autoría en sede judicial por derivar de un registro domiciliario declarado nulo. Dicha declaración se prestó con todas las garantías legales y con asistencia de Letrado ante el Juez Instructor. El TS, en la sentencia 39/1998 (Sala Penal), de 24 de enero, FJ. 2º y 3º, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid, finalmente desestima el recurso porque se comprobó que dicha declaración no tuvo *conexión causal fáctica*, natural o material con aquel registro, toda vez que se basó en un reportaje fotográfico consecuencia de la filmación en vídeo de la cámara de la entidad bancaria, donde se identificaba con claridad al acusado habiéndolo éste reconocido así en su declaración judicial ante la exhibición de dichas fotografías<sup>623</sup>.

#### **b’) Doctrina de la conexión atenuada**

---

<sup>623</sup> Otros ejemplos de recepción de casos de fuente independiente pueden verse en: SSTS (Sala Penal) 298/1994, 18 febrero, FJ. 1º; 1733/1994, 28 septiembre, FJ. 2º; 738/1994, 5 abril, FJ. único; 1038/1994, 20 mayo, FJ. 2º; 467/1995, 28 marzo, FJ. 4º y 5º; 937/1995, 22 septiembre, FJ. 2º; 759/1995, 3 junio, FJ. 4º; 111/1996, 5 febrero, FJ. 3º; 1451/2003, 26 noviembre, FJ. 11º; y 1148/2006, 22 noviembre, FJ. 1º.

Con respecto a esta excepción, Díaz Cabiale y Martín Morales apuntan a lo menos tres obstáculos para que pueda aplicarse en el ordenamiento procesal español:

a) El propio tenor literal del artículo 11.1 LOPJ, que dice “indirectamente” sin hacer ninguna distinción con referencia a aquellos casos en que la vulneración sea “menos indirecta”.

b) La naturaleza constitucional que reconoce en España la garantía procesal de inadmisión de la prueba ilícita, en tanto se cimienta no en un mero efecto disuasivo, como ocurre en Estados Unidos, sino en la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

En un sistema que considere una exigencia constitucional la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, no tiene relevancia que exista una cierta lejanía entre la ilicitud original y la obtención del material probatorio, porque no resulta coherente con tal sistema pensar que la garantía constitucional de inadmisión de la prueba ilícita se vaya diluyendo conforme vaya transcurriendo el tiempo o vayan interviniendo actos entre la ilicitud originaria y la prueba derivada; lo único relevante es que se vulneró indirectamente un derecho fundamental.

c) Que, en opinión de estos autores, la inicial lesión del derecho fundamental suele ser seguida de “posteriores conculcaciones de otros derechos fundamentales y que la obtención de la fuente de prueba puede ser consecuencia inmediata de una de esas lesiones posteriores”. Así, por ejemplo, en el caso *Wong Sun v. United States* arriba analizado, la confesión voluntaria del tercer sujeto no habría derivado de la original

detención ilegal de Wong Sun, sino de su propia detención ilegal al ser restringida su libertad sin indicios<sup>624</sup>.

Uno de los casos más interesantes en que se ha planteado la posible aplicación de la excepción del nexo causal atenuado se ha producido en España con relación a la confesión del acusado en sede judicial (sea ante el Juez de Instrucción o incluso en el propio juicio oral) referida a información proveniente de una fuente de prueba obtenida ilícitamente. Ejemplo clásico de este supuesto será la confesión de la titularidad de los hallazgos del cuerpo del delito encontrados en un registro domiciliario ilícito.

Según lo sugieren Díaz Cabiale y Martín Morales<sup>625</sup> y se detecta en el análisis de algunas sentencias del TS<sup>626</sup>, en este caso hay que distinguir las posiciones sostenidas por la jurisprudencia hasta antes de la introducción de la teoría de la desconexión de antijuridicidad elaborada por el Pleno del TC en sentencia 81/1998 de 2 de abril, y la posición de la jurisprudencia tras la elaboración de esta última teoría, es decir, a partir de 1998.

A- Hasta la STC 81/1998 de 2 de abril: Hasta entonces se aceptaban sólo dos excepciones a los efectos reflejos de la prueba ilícita: la fuente independiente que, como hemos visto, no es propiamente una excepción, y el descubrimiento inevitable, reconocido más bien o mayoritariamente sólo en un plano formal. Con todo, igual en este

---

<sup>624</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 85-7.

<sup>625</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 88-90.

<sup>626</sup> STS 1451/2003 (Sala Penal), 26 noviembre, FJ. 13º-22º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón y las sentencias en ella citadas.



período previo a 1998 se detectan en la jurisprudencia dos líneas de opinión sobre el punto:

1) Aplicar a esta confesión la doctrina de los frutos del árbol envenenado por considerar que la admisión por los imputados de hechos descubiertos ilícitamente no constituía propiamente prueba independiente sino diferente, pero causalmente derivada de la prueba ilícita, y por tanto, inhábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, desechando también el argumento de que la detención del recurrente en plena operación de adquisición de droga estuvo “muy lejanamente afectada por las informaciones obtenidas policialmente de la observación telefónica” declarada ilegal, porque este argumento “tampoco puede ser suficiente, por sí solo, para sanear totalmente la prueba, pues el nexo causal, aunque debilitado, continúa existiendo”<sup>627</sup>.

2) Considerar esta clase de confesión como una excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, y por tanto darle plena validez. Lo anterior, según se señala en la STC 86/1995 (Sala Primera), de 6 de junio, FJ. 4, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra, no por la vía de aceptar, ni siquiera de manera implícita, la excepción del nexo causal atenuado, sino por estimar que la confesión proveniente de información obtenida ilícitamente pero ratificada, con todas las garantías constitucionales, ante el Juez de Instrucción o en el juicio oral, no se encuentra viciada por la ilegalidad original, por cuanto la validez de tal confesión “no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención”. En nuestra opinión, lo que más bien se recoge en esta postura y en el caso

---

<sup>627</sup> STS 974/1997 (Sala Penal), 4 julio, FJ. 2º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

en cuestión es la teoría de la fuente independiente (ausencia de conexión causal con la ilicitud original).

B) Desde la STC 81/1998: Más bien se confirma la tesis sostenida en la STC 86/1995 citada, pero reconducida ahora a la teoría de la desconexión de antijuridicidad entre la primigenia ilicitud y la confesión derivada. En síntesis, sostiene la STS 1451/2003 (Sala Penal), de 26 de noviembre, FJ. 16º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, que si durante el juicio de instancia se ha expulsado del proceso la prueba ilícitamente obtenida (registro domiciliario o intervención telefónica ilegales, por ejemplo) y el acusado, con pleno conocimiento de esta expulsión y de sus derechos constitucionales y asistido por su abogado, decide voluntariamente confesar su participación en los hechos imputados sobre la base de información derivada de esas diligencias inconstitucionales, ha de admitirse la ruptura de la conexión de antijuridicidad (o independencia jurídica, perspectiva interna) entre ambas pruebas, pues se cumple la condición de que la prueba así obtenida (confesión) no constituye un aprovechamiento o explotación ilegítima de la vulneración constitucional (registro domiciliario ilegal, por ejemplo)<sup>628</sup>. Sobre este tema volveremos más adelante.

### **c') Descubrimiento inevitable**

---

<sup>628</sup> En idéntico sentido: STS 369/1999 (Sala Penal), 13 marzo, FJ. 4º, Ponente D. José Jiménez Villarejo. Tesis semejantes se sostienen en SSTS (Sala Penal) 1057/2002, 3 junio, FJ. 4º, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo y 498/2003, 24 abril, FJ. 4º, Ponente D. Joaquín Giménez García. Un análisis suscito de esta evolución puede verse en DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 127-32; mientras que uno más detallado en RODRÍGUEZ LAINZ, J. Luis, *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, cit., especialmente págs. 15- 65.

Respecto de esta excepción, tal y como viene propuesta desde la jurisprudencia norteamericana, valga señalar que dos son sus principales características:

a) Al igual que toda la teoría de la *exclusionary rule* norteamericana, reconoce como principal fundamento el *deterrent effect* o efecto disuasivo, por lo que es muy claro para aquel sistema procesal que, si la fuente de prueba derivada se obtuvo ilícitamente pero bien pudo haberse obtenido de manera regular y siempre que la policía hubiera actuado de buena fe, no hay ninguna actuación vulneradora de derechos fundamentales que disuadir y, en consecuencia, tampoco hay regla de exclusión que aplicar<sup>629</sup>.

b) Que sobre el Estado pesa la carga de probar de manera fehaciente e irrefutable la existencia de investigaciones en curso iniciadas con anterioridad a la obtención ilegal de la información cuestionada, no siendo admisible las meras intuiciones o conjeturas de lo que de otro modo “habría podido” ocurrir<sup>630</sup>.

Su introducción en el sistema jurídico español se estrella contra un importante obstáculo consistente en el carácter de la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico ibérico, que no es otro que el de ser una garantía procesal constitucional y de reconocer como fundamento, en consecuencia, el respeto y protección irrestrictos a los derechos fundamentales y no el mero efecto disuasivo sobre la policía.

---

<sup>629</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 87; y VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., pág. 10.159.

<sup>630</sup> Cfr. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina...”, en *Revista General del Derecho*, cit., pág. 10.160; y SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 386.

Siendo así, que la información se hubiese “inevitablemente” obtenido por medios lícitos pero que, en definitiva, se obtuvo por medios ilícitos, no cambia en nada las cosas para un sistema como el español en tanto sigue existiendo una vulneración a los derechos fundamentales y una fuente de prueba derivada de la misma, por lo que, en estricto rigor, no cabe sino aplicar la regla de exclusión.

Pese a ello y a la resistencia de la doctrina científica nacional<sup>631</sup>, la jurisprudencia española ha admitido, a lo menos hasta el año 1998, el “descubrimiento inevitable” como una excepción a los efectos reflejos de la prueba ilícita, algunas veces en un plano meramente formal<sup>632</sup> y otras de manera abierta y directa, como por ejemplo, en la STS 974/1997, de 4 de julio, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, que en su FJ. 4º señala que en el caso en cuestión el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del “descubrimiento inevitable”, en tanto, según se encuentra acreditado en la causa mediante prueba

---

<sup>631</sup> Especialmente críticos con la introducción de esta excepción en España se muestran: DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 88; CEDEÑO HERNÁN, Marina, “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, cit., pág. 206; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 128-29.

<sup>632</sup> Como lo hace, por ejemplo, la STS (Sala Penal), 725/1995, 5 junio, FJ. 3º, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid, al señalar: “El problema es otro y consiste en la fijación del efecto indirecto de tal ilicitud probatoria en base al efecto reflejo establecido en el citado artículo 11.1 de la LOPJ por aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado («The tainted fruit») o, genéricamente, doctrina de «los frutos del árbol envenenado» («The fruit of the poisonous tree doctrine»), que esta Sala, en un reiterado cuerpo de doctrina (...), ha configurado a través de las notas siguientes: 1.ª) No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. 2.ª) Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como «hallazgo inevitable». En idéntico sentido, pueden verse, entre otras, las SSTS (Sala Penal), 2054/1994, 26

testimonial, la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica cuestionada por ilicitud, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína “al por mayor”. Continúa la sentencia señalando:

“Es decir que, «inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. (...) La limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena fe que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aún cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación”<sup>633</sup>.

---

noviembre, FJ. 1º a 3º; 740/1997, 26 mayo, FJ. 3º; 39/1998, 24 enero, FJ. 2º; 123/2002, 6 febrero, FJ. único; y 1451/2003, 26 noviembre, FJ. 14º.

<sup>633</sup> El entrecomillado es de la sentencia. Otros casos de recepción de la doctrina del “descubrimiento inevitable”, aunque reconducidos más bien a la teoría de la “desconexión de antijuridicidad”, pueden verse en SSTS (Sala Penal) 779/2000, 10 mayo, FJ. 1º, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel; 885/2002, 21 mayo, FJ. 2º, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater; y 87/2004, 2 febrero, FJ. 2º, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano.

Dado que la recepción de las dos últimas excepciones citadas, la del nexo causal atenuado y la del descubrimiento inevitable, no era completamente coherente con el sistema jurídico español, es que el TC se replanteó su aplicación, lo que le condujo a la elaboración de la llamada teoría de la “conexión de antijuridicidad”, teoría que quedó sentada a partir de la ya citada sentencia del TC 81/1998, de 2 de abril.

**d) La desconexión de antijuridicidad como excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado en España**

**a’) Desarrollo de la doctrina de la desconexión de antijuridicidad**

**a’’) Situación hasta la STC 81/1998, de 2 de abril**

Hasta 1998 la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita tenía un carácter absoluto, con lo cual el artículo 11.1 LOPJ se aplicaba de manera literal conllevando a la exclusión, en todo caso, tanto de la fuente de prueba o del medio de prueba obtenida o practicado, según el caso, directamente con violación de un derecho fundamental como de la prueba derivada de ella, dando con ello completa cabida a la teoría de los frutos del árbol envenenado<sup>634</sup>.

Es decir, hasta ese momento la premisa desde la que se partía era que, una vez constatada una conexión natural o causal entre determinada

---

<sup>634</sup> Cfr., entre otros autores, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 93 y, de los mismos autores, “Teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 43, marzo 2002, pág. 41; MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originalmente ilícita”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 78-81; y LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, cit., pág. 135.

actividad probatoria respecto de una previa vulneración de un derecho fundamental, no quedaba más que considerar que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse a partir de un hecho vulnerador de un derecho fundamental se hallaba incurso en la prohibición de valoración *ex* artículo 24.2 CE, tal como lo expresan, entre otros pronunciamientos, el FJ. 3º del ATC 282/1993, de 20 de septiembre, que señala que la expresión “indirectamente” del artículo 11.1 LOPJ debe entenderse referida:

“[A] todas aquellas ocasiones en que existe una primigenia conculcación de un derecho que, sin embargo, de manera inmediata no proporciona material probatorio, pero sirve para conducir de forma mediata hasta otra fuente de prueba. Así, un testimonio relativo a una confesión anterior obtenida mediante, por ejemplo, tortura carceraria, desde luego, de todo valor probatorio”<sup>635</sup>.

Así también lo concluían autores como Gimeno Sendra, según el cual en lo sucesivo el juzgador tendrá que examinar con atención “la relación de causalidad existente entre el resultado probatorio de la intervención telefónica inconstitucionalmente obtenida y el de los demás medios de prueba, de tal suerte que, para extender su conocimiento a esos

---

<sup>635</sup> En la misma línea véase las SSTC (Sala Primera) 85/1994, 14 marzo, FJ. 4º, Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral y 49/1996, 26 marzo, FJ. 5º, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, señalando esta última: “Una vez establecido que la intervención de las conversaciones telefónicas (...) se produjo con vulneración de derechos fundamentales, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria”.

Véase también sentencias citadas y comentarios en MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 612-13.

otros medios de prueba, deberá comprobarse la ausencia de dicha relación de causalidad”<sup>636</sup>.

### **b’’) Situación desde STC 81/1998, de 2 de abril**

Sin embargo, esta jurisprudencia que venía siendo uniforme dio un drástico vuelco a contar de la STC 81/1998, pronunciada por el Pleno con fecha 2 de abril, Ponente D. Tomás S. Vives Antón. En ella el Alto Tribunal sentó la doctrina de la “conexión de antijuridicidad”, según la cual la prueba para considerarse derivada de una previa vulneración de derechos fundamentales y así quedar excluida del proceso por aplicación del artículo 11.1 LOPJ conforme a la teoría de los frutos del árbol envenenado, no sólo debía poseer con ésta una conexión o nexo causal natural, material o fáctico, sino que además debía reconocer una conexión jurídica con la misma. Sólo así la antijuridicidad de la primigenia vulneración de derechos fundamentales se entendería transmitida a la prueba refleja o derivada de ella.

Según lo explica Martín Pastor, de acuerdo a esta nueva teoría las pruebas de cargo reflejas, indirectas o derivadas de las pruebas directas ilícitamente obtenidas sólo serán inválidas y deberán ser también excluidas cuando estén “jurídicamente ligadas de manera inescindible a las segundas, tanto por una conexión causal como por una conexión de antijuridicidad”<sup>637</sup>.

Esto fue lo que estableció la STC 81/1998 en su FJ. 4º y lo que ha

---

<sup>636</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, cit., pág. 1621.

<sup>637</sup> MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 603.



repetido uniformemente la jurisprudencia posterior de los Altos Tribunales españoles, tal como claramente lo expresa el FJ. 1º de la STS 1618/2005, de 22 de diciembre, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo:

“Pues conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...), aunque la conexión causal o natural es requisito necesario para que se extienda el efecto invalidante, (...), esa *conexión natural o causal no es suficiente* para declarar la exclusión de la prueba derivada, ya que el criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas causalmente de un acto constitucionalmente ilegítimo pueden ser valoradas y cuándo no, se cifra en determinar si entre unas y otras existe una *conexión de antijuridicidad*. Y en este contexto se ha establecido (...) que sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”<sup>638</sup>.

En consecuencia, a contar de la citada STC 81/1998, una vez establecido que existe conexión causal natural, fáctica o material entre la primigenia vulneración de derechos fundamentales y el material probatorio derivado, hay que avanzar un paso más a juicio de TC y determinar si entre ambos existe, además, una conexión de antijuridicidad, o si por el contrario esa prueba “naturalmente” derivada o refleja de otra ilícita se puede calificar de jurídicamente independiente.

---

<sup>638</sup> La cursiva es nuestra. En el mismo sentido véase: SSTC 151/1998 (Sala Segunda), 13 julio, FJ. 3º; 139/1999 (Sala Segunda), 22 julio, FJ. 4º; 166/1999 (Sala Primera), 27 septiembre, FJ. 4º; 171/1999 (Sala Segunda), 27 septiembre, FJ. 4º; y 239/1999 (Sala Primera), 20 diciembre, FJ. 8º; y SSTS (Sala Penal) 1033/2005, 15 septiembre, FJ. 3º; 1347/2005, 16 noviembre, FJ. 2º; y 1594/2006, 23 diciembre, FJ. 2º.

De lo anterior se desprenden algunas cuestiones:

1) El nexo causal, natural, material o fáctico no es suficiente para determinar la dependencia de una prueba derivada de otra ilícita anterior.

2) El nexo causal, natural, material o fáctico es, sin embargo, presupuesto para entrar a analizar si entre las dos pruebas en cuestión hay o no conexión de antijuridicidad, como muy claramente lo expresa el TC en el FJ. 4º de la sentencia 28/2002, de 11 de febrero, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo:

“Por tanto la posibilidad de valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procede el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesario ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración en juicio recaería sobre la prueba en cuestión”.

3) En conclusión, la prueba cuestionada por posible derivación de otra ilícita anterior desde la perspectiva de esta nueva teoría de la conexión de antijuridicidad, sólo podrá ser:

a) Natural independiente, caso en el cual ni siquiera se analizará su conexión jurídica, siendo esta prueba plenamente valorable y apta para destruir la presunción de inocencia.

b) Natural y jurídicamente dependiente, siendo prohibida absolutamente su valoración en el caso que hubiese logrado

eventualmente traspasar la fase de admisión y haya podido ser practicada. Tal prohibición se sustenta en el artículo 11.1 LOPJ a través de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

c) Naturalmente dependiente pero jurídicamente independiente, caso en el cual la prueba será valorable y apta para destruir la presunción de inocencia.

En síntesis, según lo afirma la STC 81/1998 en su FJ. 4º, en la presencia o ausencia de la conexión de antijuridicidad reside la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas reflejas o derivadas de una ilícita anterior.

#### **b') Criterios para determinar la existencia o inexistencia de conexión de antijuridicidad**

La conexión de antijuridicidad es el nexo que une a la prueba obtenida directamente con vulneración de un derecho fundamental con otra que, siendo lícita por sí misma, puede resultar contraria a la Constitución, por haber sido adquirida a partir del conocimiento derivado de la primera y que permite afirmar que la ilegitimidad constitucional de la primera se transmite, proyecta o extiende también a la segunda<sup>639</sup>.

En opinión del TC, este nexo entre la prueba originaria y la derivada no es, en sí mismo un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o

---

<sup>639</sup> Cfr. STC 81/1998 (Pleno), 2 abril, FJ. 4º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón. Ver también: SSTC 94/1999 (Sala Segunda), 31 mayo, FJ. 6º; 166/1999 (Sala Primera), 27 septiembre, FJ. 4º; 171/1999 (Sala Segunda), 27 septiembre, FJ. 15º; 8/2000 (Sala Primera), 17 enero, FJ. 2º; 136/2000 (Sala Primera), 29 mayo, FJ. 6º; 149/2001 (Sala Primera), 27 junio, FJ. 6º; 28/2002 (Sala Segunda), 11 febrero, FJ. 4º; 205/2005 (Sala Segunda), 18 julio, FJ. 7º; 259/2005 (Sala Primera), 24 octubre, FJ. 7º; y 261/2005 (Sala Segunda), 24 octubre, FJ. 5º.

impertinencia de la prueba cuestionada. Y, como tal juicio de experiencia, corresponde al TC controlar la razonabilidad del mismo efectuado por la jurisdicción ordinaria, a quien, en principio, le corresponde su determinación<sup>640</sup>.

Para poder determinar si existe o no conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita y la derivada, el TC en su sentencia 81/1998 estableció, en su FJ. 4º, dos criterios para dotar a tal juicio de conexión de algún grado de objetividad, los que han sido uniformemente reiterados por la jurisprudencia posterior y que, siguiendo a la STS 1033/2005 (Sala Penal), de 15 de septiembre, FJ. 3º, Ponente D. Joaquín Delgado García, podemos esquematizar como a continuación se expone<sup>641</sup>:

1) Criterio interno: que a su vez se encuentra integrado por los siguientes elementos:

a) La índole y características o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de la primera prueba (la obtenida directamente con vulneración de derechos fundamentales). Aquí lo que se revisa es cuál de las garantías del derecho fundamental ha sido efectivamente menoscabada y de qué forma,

---

<sup>640</sup> Cfr. STC 81/1998 (Pleno), 2 abril, FJ. 5º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón. Ver también: SSTC: 49/1999 (Pleno), 5 abril, FJ. 14º; 139/1999 (Sala Segunda), 22 julio, FJ. 5º; 171/1999 (Sala Segunda), 27 septiembre, FJ. 15º; 238/1999 (Sala Primera), 20 diciembre, FJ. 2º; 239/1999 (Sala Primera), 20 diciembre, FJ. 8º; 50/2000 (Sala Segunda), 28 febrero, FJ. 4º; 299/2000 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 9º; y especialmente 28/2002 (Sala Segunda), 11 febrero, FJ. 5º y 6º.

<sup>641</sup> En general, para el estudio de los criterios interno y externo de la teoría de la conexión de antijuridicidad, véase especialmente: DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 118-21; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 615-47.

considerando que la jurisprudencia al respecto ha establecido los siguientes requisitos para afectar un derecho fundamental<sup>642</sup>:

a') Principio de legalidad formal y material: previsión legal precisa de los casos y forma de afectación del derecho fundamental.

b') Autorización judicial en el marco de un proceso.

c') Estricta observancia del principio de proporcionalidad: “si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como — entre otros —, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos”. A su vez, el principio de proporcionalidad exige, según la jurisprudencia:

i) Que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento.

ii) Que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización.

iii) Que la medida debe ser verificada bajo control judicial.

b) El resultado conseguido con esa prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de esa prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita.

---

<sup>642</sup> Seguimos en este punto, por todas, a las SSTC 49/1999 (Pleno), 5 abril, FJ. 4º a 7º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón y 166/1999 (Sala Primera), 27 septiembre, FJ. 2º, Ponente D. Pablo García Manzano y las en ellas citadas.

c) Si existían otros elementos, fuera de esa prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que pudo saberse por la práctica de tal prueba inconstitucional.

2) Criterio externo: integrado por las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental lesionado. Conforme a este criterio externo, se analizan conjuntamente dos cuestiones:

a) Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración, de modo que ésta pudiera quedar en la clandestinidad.

b) La actitud anímica de quien o quienes fueron causantes de esa vulneración, concretamente si hubo intención (dolo o culpa grave) o sólo un mero error en sus autores, con la finalidad de determinar si excepcionar la prueba derivada de la regla de exclusión implicaría “un incentivo para la comisión de otras infracciones del derecho fundamental privándole así de una garantía esencial”<sup>643</sup>.

De acuerdo a esta teoría de la conexión de antijuridicidad, ambos criterios son *complementarios*, en tanto:

“[S]ólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir

---

<sup>643</sup> CEDEÑO HERNÁN, Marina, “Algunas cuestiones...”, en *Cuadernos de Derecho Público*, cit., pág. 207.

negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”<sup>644</sup>.

De la atenta lectura del esquema anterior es fácil colegir, junto a Díaz Cabiale y Martín Morales, que el llamado criterio o perspectiva interna no es otra cosa que la acogida por parte del TC de las excepciones del descubrimiento inevitable y la del nexo causal atenuado, y que el criterio o perspectiva externa contemple como factores decisivos, entre otros, la existencia de dolo o culpa grave<sup>645</sup>, dando con ello entrada en el sistema español a la excepción de la buena fe y al efecto disuasivo como finalidad de la prohibición probatoria, dos elementos propios del sistema norteamericano, pero que en España, en puridad, no tienen cabida dada la real naturaleza constitucional de la regla de exclusión.

Finalmente apuntemos que la terminología un tanto vaga que se ha utilizado para expresar los términos de la teoría de la conexión de antijuridicidad es la posible causa de que en no pocos casos, tal como lo

---

<sup>644</sup> STC 81/1998 (Pleno), 2 abril, FJ. 4º. Sobre los criterios internos y externos que determinan la existencia de conexión de antijuridicidad y su carácter de complementarios, pueden verse las siguientes sentencias: SSTC 121/1998 (Sala Segunda), 15 junio, FJ. 6º; 49/1999 (Pleno), 5 abril, FJ. 14º; 94/1999 (Sala Segunda), 31 mayo, FJ. 6º; 166/1999 (Sala Primera), 27 septiembre, FJ. 4º; 171/1999 (Sala Segunda), 27 septiembre, FJ. 4º y 15º; 238/1999 (Sala Primera), 20 diciembre, FJ. 3º; 239/1999 (Sala Primera), 20 diciembre, FJ. 8º; 50/2000 (Sala Segunda), 28 febrero, FJ. 4º; 299/2000 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 9º; y 28/2002 (Sala Segunda), 11 febrero, FJ. 4º. Estas sentencias se suelen citar toda vez que fueron las inmediatamente posteriores a la STC 81/1998 y que terminaron por sentar la doctrina de la conexión de antijuridicidad, limitándose en gran medida los sucesivos pronunciamientos del TC a reiterar esta doctrina.

Véase también la sistematización y análisis efectuados sobre estas sentencias por MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 615-16.

<sup>645</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 118-21 y, de los mismos autores, “Teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 46-47.

advierte Martín Pastor, la jurisprudencia confunde la conexión causal o natural con la conexión de antijuridicidad y sus criterios internos y externos<sup>646</sup>.

### **c') Críticas a la teoría de la conexión de antijuridicidad**

Desde el surgimiento de la teoría de la conexión de antijuridicidad en 1998, gran parte de la doctrina científica se ha manifestado fuertemente crítica a su respecto<sup>647</sup>. Siguiendo a Díaz Cabiale y Martín Morales, la evolución de la jurisprudencia española en torno a la prueba ilícita hasta la formulación de la teoría de la conexión de antijuridicidad y sus principales críticas, las que por cierto compartimos, se pueden sintetizar como sigue<sup>648</sup>:

1) Hasta 1998 la prohibición de admisión y valoración de la

---

<sup>646</sup> MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 617, donde recomienda — recomendación que compartimos por tratarse de casos bastante explícitos de esta confusión — la lectura de las SSTC 161/1999 (Sala Segunda), 27 septiembre, FJ. 4º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón; 8/2000 (Sala Primera), 17 enero, FJ. 3º y 10º; 136/2000 (Sala Primera), 29 mayo, FJ. 8º, Ponente en estas dos últimas D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera; y 167/2002 (Pleno), 18 septiembre, FJ. 8º, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas.

<sup>647</sup> Entre otros, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 133-41; MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 93-9; y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia...*, cit., págs. 101-03 quien, además, realiza un símil entre la evolución de la jurisprudencia norteamericana y la española señalando que en ambos casos se da una suerte de “desmantelamiento” de la regla de exclusión.

A favor de esta teoría se pronuncia LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Prueba...”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, cit., pág. 143, quien señala: “La STC 81/1998 representa el más serio intento realizado hasta el momento de resolver los conflictos que confluyen al abordar el problema de la prueba ilícita: evitando inconsecuencias y tensiones innecesarias en la estructura de la Constitución y proporcionando criterios seguros de decisión”.

<sup>648</sup> Cfr. la presente exposición con DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 92-134 y, de los mismos autores, “Teoría...”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 41-9.



prueba ilícita era absoluta, con lo cual se excluía tanto las pruebas obtenidas directa como indirectamente con vulneración de derechos fundamentales, llamadas estas últimas pruebas reflejas o derivadas.

2) Fruto de presiones sociales, al igual que aconteció en su momento en EEUU, en España el TC decidió no excluir *todas* las pruebas ilícitas y de ellas escogió aquellas en que la ilicitud era más cuestionable, o sea, las pruebas reflejas.

3) Para ello había que importar las excepciones creadas por la jurisprudencia norteamericana con relación a la teoría de los frutos del árbol envenenado, que hasta ese momento eran: el descubrimiento inevitable, el nexo causal atenuado y la fuente independiente.

4) En este proceso de “importación” el TC encontraba como principal obstáculo el carácter en España de garantía procesal constitucional de la prohibición probatoria de la prueba ilícita, a diferencia de lo que ocurría en EEUU donde la *exclusionary rule* no tiene rango constitucional sino que es una mera regla procesal al servicio de cada uno de los derechos fundamentales sustantivos y que persigue el llamado *deterrent effect* o efecto disuasivo de los agentes públicos encargados de la persecución penal.

5) Para salvar este obstáculo y dar entrada a las ya indicadas excepciones norteamericanas, el TC partió por alterar la naturaleza jurídica de la garantía constitucional de inadmisión de la prueba ilícita. De esta forma, se despojó a la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ de su carácter de garantía constitucional procesal, incardinada en el derecho a la presunción de inocencia, y procedió a declarar que los derechos fundamentales sustantivos no eran absolutos y que, por lo tanto, admitían limitaciones. Siendo así, la garantía constitucional procesal se

convierte en “un mero apéndice rituario al servicio de los derechos fundamentales sustantivos”<sup>649</sup>, tal como aconteció en los EEUU, según tuvimos oportunidad de estudiar.

6) Una vez alterada la naturaleza jurídica de la garantía constitucional, no le quedó más al TC que analizar la regla de exclusión desde el punto de vista de la lesión de derechos fundamentales sustantivos y preguntarse si la prueba derivada también afectaba al derecho fundamental sustantivo o, dicho en otros términos, si había desconexión entre la prueba derivada y la lesión al derecho fundamental sustantivo. Determinada esta desconexión, quedaba la vía expedita para el ingreso al sistema procesal español de las excepciones a las pruebas derivadas creadas por la jurisprudencia norteamericana.

Frente a este razonamiento del TC, los citados autores efectúan tres observaciones críticas:

a) Los derechos fundamentales procesales del artículo 24.2 CE no pueden estar sometidos a restricciones, salvo casos muy extraordinarios, siendo ésta una de las principales diferencias entre los primeros (derecho a guardar silencio, por ejemplo) y los derechos fundamentales sustantivos como los del secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad de domicilio.

b) El principio de la búsqueda de la verdad material no es un elemento que en un Estado de Derecho se contemple como factor para restringir los derechos fundamentales, al mismo nivel que lo son los

---

<sup>649</sup> Sic., DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, “Teoría...”, en *Jueces para la Democracia*, cit., pág. 43.

principios de intervención indiciaria, de proporcionalidad, de legalidad y de reserva de ley.

c) La “falacia de la independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado”<sup>650</sup>. Para fundamentar la independencia jurídica de la prueba refleja de la lesión directa del derecho fundamental sustantivo, el TC afirma que la prueba refleja “no supone volver a menoscabar” el derecho fundamental originalmente lesionado. Es decir que, si la primigenia ilicitud provino de una intervención telefónica sin autorización judicial, la deposición del testigo cuya identidad se obtuvo a través de las escuchas de esas intervenciones ilícitas no vuelve a vulnerar o no perpetúa la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, pues esta lesión ya se perfeccionó en el momento de la interceptación. Sin embargo, los citados autores consideran que lo señalado también acontece en el caso de las pruebas directas, o sea, cuando en el proceso se oye la cinta de las interceptaciones telefónicas tampoco se está perpetuando la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, razón por la cual, en opinión de Díaz Cabiale y Martín Morales, este no es un argumento sólido para fundamentar la supuesta independencia jurídica. Además, como acertadamente ellos advierten, en el razonamiento que utiliza el TC para sustentar la independencia jurídica de las pruebas reflejas aquél olvida que entre esa prueba refleja y la lesión del derecho fundamental existe una relación de causalidad natural o fáctica que es innegable.

7) Para evitar los excesos a que podría conducir el argumento de la independencia jurídica en orden a culminar considerando válidas todas

---

<sup>650</sup> Sic., DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, “Teoría...”, en *Jueces para la Democracia*, cit., pág. 44.

las pruebas reflejas, el TC creó dos criterios o perspectivas — interno y externo — que permitirían ir controlando o limitando la entrada a las diversas excepciones que afectan a las pruebas derivadas según la jurisprudencia norteamericana. Criterios que, como hemos visto, admiten la excepción del descubrimiento inevitable y su vertiente del descubrimiento probablemente independiente, y más tarde la del nexo causal atenuado a través de la desconexión jurídica de la confesión derivada de primigenia vulneración a un derecho fundamental, en lo que respecta al criterio interno. Con referencia al criterio externo, se da cabida en el sistema español, a través del examen de la concreta lesión al derecho fundamental y a las necesidades de tutela del mismo, a factores destinados a calibrar las antedichas excepciones y que son muy propios del sistema norteamericano, tales como la índole del derecho vulnerado, la entidad de la vulneración y la existencia de dolo o culpa grave, entre otros.

Finalmente, la doctrina científica concuerda en advertir dos consecuencias negativas que se derivan de la teoría de la conexión de antijuridicidad:

a) En primer término se estima que, como consecuencia de la amplitud y vaguedad de los términos en que se expresa la llamada perspectiva interna de la teoría de la conexión de antijuridicidad, el TC no cerró el catálogo de excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, dejando la puerta abierta del sistema procesal español a la incorporación futura de nuevas excepciones<sup>651</sup>, tales como la de “buena

---

<sup>651</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 133; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 118-19 y 132-34; y GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 207.

fe” o la de provocación fraudulenta de la ilicitud por parte del sujeto investigado; la del “hallazgo casual”, es decir, “la de obtención casual o fortuita en una actuación contraria a los derechos fundamentales de un dato o información que no tiene ninguna relación con los hechos o sujetos investigados”; y la excepción denominada “enfoque de la investigación”, que se refiere “al hecho de que la prueba ilícita sólo sirva para que el investigador centre o dirija sus investigaciones sobre una persona concreta”<sup>652</sup>.

b) En segundo lugar, se ha sostenido que la nueva teoría de la conexión de antijuridicidad acarrea variadas consecuencias procesales que inciden negativamente sobre la propia jurisdicción del TC, restringiéndola dramáticamente. En efecto, según lo advierten Díaz Cabiale y Martín Morales, hasta 1998 la jurisdicción del Alto Tribunal era absoluta en materia de derechos fundamentales en general y en particular respecto de la presunción de inocencia, pero que a partir de 1998 se ha visto “recortada” dado que, conforme a esta nueva teoría, el juicio de conexión o desconexión antijurídica compete efectuarlo a la jurisdicción ordinaria, limitándose el TC solamente a revisar la razonabilidad del mismo. Si esto es así, sucede que, si el tribunal ordinario no apreció la existencia de prueba ilícita y el TC en vía de amparo concluye que sí hubo vulneración a derechos fundamentales en la obtención de la prueba, no podría este último Tribunal pronunciarse derechamente sobre la existencia de prueba refleja o derivada de la ilícita ni sobre la posible infracción que ello habría supuesto al derecho a la

---

<sup>652</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 207-08, quien recomienda, no sin razón porque el caso es dudoso, la lectura de la STS 171/1999 (Sala Penal), 27 septiembre, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer, donde parece acogerse la última de las excepciones mencionadas, la del “enfoque de la investigación”.

presunción de inocencia, sino que tendría que reenviar la causa a la jurisdicción ordinaria para que fuera ésta la que se pronunciara sobre la posible prueba refleja y su eventual conexión o desconexión antijurídica de la prueba ilícita original. En razón de lo expuesto, los citados autores terminan por concluir — acertadamente a nuestro juicio — que con la teoría de la conexión de antijuridicidad el TC autolimitó su propia jurisdicción, lo cual no deja de ser inexplicable<sup>653</sup>.

Finalmente, apuntemos que la jurisprudencia, aunque minoritaria, también ha elevado sus críticas ante esta teoría y ha advertido de las graves consecuencias que acarrearía una interpretación demasiado expansiva de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, y así ha dicho el TS, en su sentencia 1203/2002 (Sala Penal), de 18 de julio, FJ. 3º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón:

“En este sentido, es necesario manejar con *suma precaución* la doctrina de la denominada «conexión de antijuridicidad» utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional (...), y acogida en ocasiones por esta Sala, pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que *vacíe de contenido efectivo* la disposición legal expresa prevenida en el art. 11 1º de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985”<sup>654</sup>.

---

<sup>653</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 121-27 y, de los mismos autores, “Teoría...”, en *Jueces para la Democracia*, cit., pág. 47.

<sup>654</sup> La cursiva es nuestra. En el mismo sentido, véase las SSTS (Sala Penal), todas pronunciadas con ocasión del análisis de la confesión de los acusados derivadas de intervenciones telefónicas y/o registros ilícitos: 403/2005, 23 marzo, FJ. 4º, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo; 416/2005, 31 marzo, FJ. 6º; 484/2005, 14 abril, FJ.

Al hilo de esto último, hemos de advertir que existe jurisprudencia del TS que, si bien de forma minoritaria, se ha manifestado no sólo crítica respecto a la teoría de la conexión de antijuridicidad, sino que derechamente no ha admitido la independencia jurídica de la confesión del acusado derivada de una ilicitud primigenia como sería, por ejemplo, una confesión efectuada ante la evidencia de un hallazgo de droga obtenido en una entrada y registro domiciliario ilegal, razonando de la siguiente manera:

a) Que entre el registro domiciliario inconstitucional y las declaraciones autoinculpatorias del acusado existe no sólo nexo causal-natural, sino una auténtica causalidad jurídica.

b) Que también es inconstitucional el interrogatorio efectuado en el juicio al acusado sobre la propiedad de la droga hallada en su domicilio y las preguntas formuladas de manera “capciosa”, en el sentido de inductoras a error, por cuanto no se informó al acusado de la invalidez radical de la prueba de cargo consistente en aquel hallazgo, lo cual le impidió ejercer en su plenitud el derecho de defensa.

c) Que excluida por ilicitud la entrada y registro domiciliario, el hallazgo de la droga y el interrogatorio efectuado al acusado sobre ese hallazgo como si la ilicitud no hubiese existido acarrear como resultado la ausencia de prueba de cargo válida y, por tanto, valorable, a efectos de fundar una condena.

d) Que a la conclusión apuntada en la letra precedente se llega sobre la base de dos consideraciones:

---

1º; 1487/2005, 13 diciembre, FJ. 7º; y 261/2006, 14 marzo, FJ. 9º, Ponente en estas cuatro últimas sentencias D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

a') Consideración de orden jurídico: que la confesión del acusado prestada en el acto del juicio oral, aún realizada con todas las garantías propias de la asistencia letrada y derivadas de la instrucción de sus derechos, no puede tener la virtud de subsanar la nulidad de la entrada y registro en el lugar donde se encontró la droga, porque aquella confesión era prueba dependiente de la afectada por la nulidad, con la que tenía una evidente conexión causal, de manera que no puede llegarse a otra conclusión sino a que, dándole valor de prueba de cargo al contenido de dicha confesión, habría surtido efecto, indirectamente, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental.

b') Consideración de orden lógico: que el hallazgo de la droga obtenido en un registro inconstitucional no puede ser utilizado luego en el interrogatorio al acusado durante el juicio oral “como si” esa ilicitud no hubiera existido, porque:

“[C]uando la ley priva de efectos a determinadas pruebas, imperativamente y sin restricciones -como es el caso del art. 11,1º LOPJ-, al hacerlo, impide también que éstas puedan *producir el efecto* de ser usadas como premisas del razonamiento probatorio, lo que hace imposible el empleo de las mismas con objeto de llegar a un resultado inculpatario”<sup>655</sup>.

#### **4. Fundamento constitucional de la prohibición de la prueba ilícita en el sistema español. Especial referencia a la presunción de inocencia como fundamento último de la prohibición de la prueba ilícita**

---

<sup>655</sup> SSTS (Sala Penal) 28/2003, 17 enero, FJ. 4º y 58/2003, 22 enero, FJ. 3º, Ponente en ambas D. Perfecto Andrés Ibáñez.



Conforme a la doctrina sentada por el TC en su ya citada sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, en la Constitución española no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La prohibición de considerar este tipo de pruebas es la manifestación de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede imponer desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos (FJ. 2º).

Por lo tanto, continúa la citada sentencia en su FJ. 2º, la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente la lesión de un derecho fundamental. Tal afectación y consiguiente posible lesión de un derecho fundamental, a los efectos del recurso de amparo, sólo se producirán “por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso”, esto es, a los derechos consagrados en el artículo 24.2 CE.

Para entender mejor estos postulados básicos del TC, recordemos que la ilicitud, entendida ésta como sinónimo de vulneración de derechos fundamentales, puede tener lugar en etapas *extraprocesales*, donde se podrán vulnerar derechos fundamentales sustantivos y en etapas *procesales* donde se podrán infringir derechos fundamentales procesales y sustantivos, aunque la lesión de estos últimos en la indicada etapa sea poco frecuente.

Pues bien, si lo que se lesiona es una garantía o derecho fundamental procesal, el recurso de amparo puede fundarse directamente en ese derecho vulnerado, invocando el artículo 24 CE que es el que principalmente contiene la nómina de garantías procesales.

Así, por ejemplo, si al testigo en el juicio oral no se le advierte antes de dar inicio a su declaración del derecho que le asiste a no declarar en razón de su parentesco con el acusado (artículos 707, 416 y 418 LECRIM), la ilicitud de esta prueba devendrá de la infracción a dicha garantía procesal, misma garantía que se podrá invocar como fundamento del recurso de amparo.

Pero si lo que se vulnera es, en cambio, un derecho fundamental sustantivo, no se puede recurrir en amparo invocando directamente la lesión de tal derecho, sino que habrá que aducir el quebranto de un derecho que cobre vida en el proceso, es decir, debe invocarse la vulneración de un derecho fundamental de aquellos que se encuentran recogidos en el artículo 24 CE, o sea, de un derecho fundamental de carácter procesal.

Esto último se explica en razón de que la garantía procesal de inadmisión de la prueba ilícita en España tiene carácter constitucional y no es una simple prolongación de los derechos fundamentales sustantivos, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el sistema norteamericano, en el cual, como ya hemos señalado, la regla de exclusión está al servicio de cada uno de los derechos fundamentales sustantivos y no tiene rango constitucional.

El carácter de garantía procesal constitucional y la entidad propia que posee en España la prohibición de la prueba ilícita, ha sido reconocida por el TC al establecer, en su sentencia 49/1999 (Pleno), de 5 de abril, FJ. 12º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón, que aunque la prohibición de valorar pruebas ilícitamente obtenidas “nace de la vulneración del artículo 18.3 CE, no se produce directamente por ella”,

sino que “se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)<sup>656</sup>” o como más claramente lo señala la STC 290/1994 (Sala Primera), de 27 de octubre, FJ. 3º, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer:

“Conviene resaltar que el actor hace las alegaciones descritas en relación con su derecho a la presunción de inocencia, y no a la inviolabilidad de un domicilio del que no era titular, y éste es un planteamiento de la cuestión plenamente admisible, porque el actor apoya su pretensión en la aptitud de las pruebas obtenidas en un registro que estima que no fue legítimamente practicado para desvirtuar su derecho a ser presumido inocente. Es, pues, el art. 24.2 CE el fundamento último, y suficiente, para justificar la legitimación del actor con referencia a este motivo del amparo”<sup>657</sup>.

Precisado lo anterior, cabe preguntarse ¿dónde se ubica dentro del artículo 24 CE la prohibición de admisión y valoración de la prueba ilícitamente obtenida? Ha sido la respuesta a esta pregunta la que ha ocupado largamente a la jurisprudencia y doctrina española, aunque es

---

<sup>656</sup> Por todas. Agreguemos solamente que esta postura había sido ya expresada por el TC en su sentencia 114/1984, 29 noviembre, FJ. 1º y 2º, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>657</sup> De la lectura del párrafo transcrito se desprende, además, otra razón que refuerza la idea de independencia de la garantía de exclusión de las pruebas ilícitas del derecho fundamental sustantivo originalmente lesionado. Este argumento adicional es que sólo partiendo de esta independencia puede entenderse que el recurrente de amparo sea distinto del titular del derecho fundamental sustantivo lesionado. Es decir, si la garantía constitucional de exclusión de las pruebas ilícitas fuera una mera prolongación de esta última clase de derechos, la legitimación activa para reclamar su vulneración en vía de amparo sólo la tendría el titular del derecho fundamental sustantivo lesionado y eso, como ya hemos visto, no es así, pues para recurrir en amparo por haber sido valorada una prueba ilícitamente obtenida sólo se requiere ser parte en el proceso, con independencia del titular del derecho fundamental sustantivo lesionado. Sobre este punto, véase también DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 32 y nota 21 de la misma página.

cierto que la discusión que este tema ha suscitado corrió por cauces más o menos tranquilos hasta 1998.

**A) Fundamento constitucional de la prohibición de la prueba ilícita hasta la STC 81/1998**

En efecto, hasta la STC 81/1998 la prohibición de admisión y valoración de la prueba ilícita se ubicaba dentro del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El binomio presunción inocencia/prueba ilícita quedó sentado incluso antes de que surgiera la doctrina acerca de la prueba antijurídicamente obtenida, por cuanto la exigencia de una prueba obtenida y practicada con respeto a las garantías procesales legales y constitucionales como única prueba con virtualidad para destruir la presunción de inocencia ya había sido establecida y posteriormente reiterada desde la tantas veces citada STC 31/1981, (Sala Primera), de 28 de julio, Ponente D<sup>a</sup> Gloria Begué Cantón<sup>658</sup>.

A contar del pronunciamiento de esta sentencia en 1981, la presunción de inocencia dejó de ser entendida solamente como un principio inspirador de un ordenamiento procesal penal propio de un Estado de Derecho y como una regla de tratamiento del imputado, con clara incidencia en el régimen de las medidas cautelares, sino que se entendió además como una regla probatoria que venía destinada a regir toda la actividad relativa a la prueba de cargo en el ámbito del enjuiciamiento criminal, estableciendo una serie de exigencias a la misma, tanto desde el punto de vista cuantitativo como sobre todo desde

---

<sup>658</sup> Véase también STC 55/1982 (Sala Segunda), 26 julio, FJ. Único, Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra.

el cualitativo. Siendo así, era lógico y coherente con esta nueva doctrina sentada por el TC en la sentencia 31/1981 y con sus desarrollos jurisprudenciales posteriores que, cuando surgió la doctrina de la prohibición de admisión y valoración de la prueba ilícitamente obtenida en la STC 114/1984, dicha prohibición se incorporara como un contenido más del derecho a la presunción de inocencia y dentro de él, específicamente, en la exigencia de la legitimidad constitucional de las pruebas destructoras de la misma. Sin embargo, esta última sentencia no siguió exactamente esa postura puesto que señaló que la recepción procesal de la prueba ilícitamente obtenida vulneraba “las garantías propias al proceso” (artículo 24.2 CE), el derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 CE) e incluso el relativo a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE)<sup>659</sup>.

No nos detendremos aquí sobre la noción de “medio de prueba pertinente”, tan sólo dejaremos apuntado que la idea del TC de considerar la ilicitud de la prueba dentro del concepto de “impertinencia” fue desde muy temprano criticada por voces tan autorizadas como la de De la Oliva Santos quien, calificando esta construcción teórica del TC de “ingeniosa”, advierte que la misma “constituye una importante distorsión

---

<sup>659</sup> En efecto, la STC 114/1984, 29 noviembre, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, señaló en su FJ. 5º que “[C]onstatada 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”.

del preciso significado de la *pertinencia* o *impertinencia* (corresponder o «pertener», o no, a lo que es objeto del proceso) y tal distorsión es completamente superflua, si no resulta dañina en el futuro”<sup>660</sup>.

Más recientemente Martín Pastor atiende a otro aspecto que también nos conduce a rechazar el binomio ilicitud/impertinencia y que dice relación con la diferente legitimación que existe para alegar la inadmisión de la prueba ilícita y la vulneración del derecho a los medios pertinentes. Este último, nos recuerda el citado autor, es alegado por “la parte que — habiendo propuesto una prueba pertinente sin resultar admitida o, habiéndose admitido, sin resultar practicada — está interesada en su admisión o práctica, mientras que la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas es alegada siempre por la parte interesada en privar de valor probatorio a dichas pruebas, por haberse obtenido de la vulneración de un derecho fundamental”<sup>661</sup>.

Apuntemos también que el binomio ilicitud/presunción de inocencia fue defendido por la doctrina científica tan pronto se dictó la STC 114/1984, y así el primero en manifestarse en este sentido fue Andrés De la Oliva Santos quien, a la pregunta acerca de cuál es el derecho fundamental violado con la admisión y valoración de la prueba ilícita, no duda en responder que es el derecho a la presunción de inocencia argumentando que, “si ese derecho puede ser violado cuando se acusa o se condena sin una «mínima actividad probatoria», con «inexistencia formal de prueba» o incluso cuando la prueba se ha

---

<sup>660</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Cuatro sentencias...”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, cit., nota 9, pág. 32.

<sup>661</sup> Cfr. MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 592.

practicado sin las debidas garantías, una razón de irrefutable analogía debe conducir a reconocer como posible que la presunción sea destruida indebidamente cuando los instrumentos probatorios sean ilícitos, inadmisibles e ineficaces”<sup>662</sup>.

Pese a que la STC 114/1984 no señaló a la presunción de inocencia como el derecho fundamental procesal vulnerado con la admisión y práctica de una prueba antijurídicamente obtenida, lo cierto es que la jurisprudencia posterior siguió entendiendo dicha prohibición como un contenido más de la presunción de inocencia en su específica vertiente de regla probatoria, señalando reiteradamente que el derecho a la presunción de inocencia:

“[S]ignifica, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y *ser constitucionalmente legítimas*”<sup>663</sup>.

---

<sup>662</sup> Sic. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Cuatro sentencias...”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, cit., pág. 32 y también en nota 8 de la pág. 31. (El entrecomillado es del autor). Un poco más adelante en el tiempo, apoya esta tesis GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 41-2. Más recientemente defienden esta tesis, además de DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 27-32, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 127; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 58-59; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 87-94.

<sup>663</sup> STC 109/1986 (Sala Primera), 24 septiembre, FJ. 1º, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. (La cursiva es nuestra). Véase en el mismo sentido SSTC 62/1985 (Sala Segunda), 10 mayo, FJ. 2º; 101/1985 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 2º; 107/1985 (Sala Segunda), 7 octubre, FJ. 2º; 145/1985 (Sala Primera), 28 octubre, FJ. 2º; 44/1987 (Sala Primera), 9 abril, FJ. 1º; 150/1987 (Sala Segunda), 1 octubre, FJ. 2º; 137/1988 (Sala Segunda), 7 julio, FJ. 1º; 254/1988 (Sala Segunda), 21 diciembre, FJ. 1º; 5/1989 (Sala Segunda), 19 enero, FJ. 2º; 44/1989 (Sala Primera), 20 febrero, FJ. 2º; 84/1990 (Sala Segunda), 4 mayo, FJ. 2º; 98/1990 (Sala Segunda), 24 mayo, FJ. 2º;

O, como más claramente lo señala la STC 86/1995 (Sala Primera), de 6 de junio, FJ 2º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra:

“El derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria”.

**B) Fundamento constitucional de la prohibición de la prueba ilícita desde la STC 81/1998**

El panorama descrito varió ostensiblemente con la STC 81/1998, de 2 de abril, porque en ella el TC cambió el fundamento constitucional de la prohibición de la prueba ilícita, declarando que la admisión y valoración de misma vulneraba el derecho fundamental procesal a un proceso con todas las garantías y sólo eventualmente y en un análisis posterior podía también vulnerar la presunción de inocencia.

Esta sentencia parte señalando que la cuestión sometida al TC consiste en determinar si la condena impuesta al recurrente de amparo se asentó en una actividad probatoria que pueda considerarse obtenida con todas las garantías que por exigencia del artículo 24.2 han de regir el proceso penal y, por tanto, se trató de una actividad probatoria válida y suficiente para destruir la presunción de inocencia. Sin embargo, a la hora de definir el derecho fundamental procesal vulnerado con la

---

79/1994 (Sala Primera), 14 marzo, FJ. 3º; 283/1994 (Sala Segunda), 24 octubre, FJ. 2º; y 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º.



admisión y valoración de la prueba se aleja de la presunción de inocencia y señala que la sola valoración de la prueba ilícitamente obtenida:

“[I]mplica una ignorancia de las «garantías» propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo», debe considerarse prohibida por la Constitución” (FJ. 2º).

De esta forma concluye el TC que la presunción de inocencia en su vertiente de regla de juicio, esto es, como sinónimo del derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo *válidas*, no puede:

“[E]rigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido especificado en el fundamento jurídico anterior” (FJ. 3º).

Y es en este estadio de desarrollo argumental del TC donde señala la específica relación que existe entre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia, declarando que al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Este último acontecerá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, en cambio, si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida. De esta manera, declara el TC, que en casos en los que se discute la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a una previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo, como es el secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE., el

análisis que el Alto Tribunal debe efectuar debe discurrir a través de *dos pasos* que, por más que en la realidad pueden hallarse íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habrá de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada<sup>664</sup>.

Es necesario dejar claro que con esta nueva doctrina no es que se excluya la presunción de inocencia a la hora de analizar la posible valoración en el proceso de prueba ilícita, sino que se redefine el esquema tradicional mediante la introducción del derecho a un proceso con todas las garantías antes que la presunción de inocencia, cuya posible vulneración es analizada en una etapa posterior<sup>665</sup>.

En definitiva, se reemplaza el binomio ilicitud/presunción de inocencia por el trinomio ilicitud/derecho a un proceso con todas las garantías/presunción de inocencia, y lo que antes se resolvía

---

<sup>664</sup> Reiteran esta relación entre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías como derecho directamente lesionado con la sola valoración de prueba ilícita y su relación con el de la presunción de inocencia, entre otras muchas, las siguientes SSTC: 49/1999 (Pleno), 5 abril, FJ. 14º; 94/1999 (Sala Segunda), 31 mayo, FJ. 9º; 161/1999 (Sala Segunda), 27 septiembre, FJ. 4º; 50/2000 (Sala Segunda), 28 febrero, FJ. 2º; 299/2000 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 9º; 167/2002 (Pleno), 18 septiembre, FJ. 6º; 205/2002, 11 noviembre, FJ. 6º; 205/2005 (Sala Segunda), 18 julio, FJ. 7º; 261/2005 (Sala Segunda), 24 octubre, FJ. 5º; 123/2006 (Sala Segunda), 24 abril, FJ. 3º; y 136/2006 (Sala Segunda), 8 mayo, FJ. 6º.

<sup>665</sup> En el mismo sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 33; JUANES PECES, Ángel, “La prueba prohibida. Análisis de la sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 353, año VIII, 30 de julio de 1998, pág. 3; y MUERZA ESPARZA, Julio J., “Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 abril [RTC 1998, 81]”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, “Índices y Estudios”, T. IV, núm. 16, 1998, págs. 516-18.

exclusivamente a la luz de este último derecho fundamental ahora se resuelve en dos etapas o fases sucesivas:

1º) ver si se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías, cuestión que sucederá cada vez que simplemente se valore una prueba ilícitamente obtenida, con independencia de si fue o no considerada como fundamento de la sentencia de condena: y

2º) ver si se ha vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que ocurrirá cada vez que la condena se fundamente exclusivamente en la o las pruebas ilícitamente obtenidas.

Díaz Cabiale y Martín Morales son muy críticos con este cambio de fundamentación que de la prohibición de valoración de la prueba ilícita efectuó el TC y no dudan en catalogarla de artificiosa, redundante, innecesaria e intrascendente, adjetivos que los autores se encargan — con gran solidez argumental — de demostrar uno a uno como verdaderos<sup>666</sup>.

Concretamente los citados autores señalan que este cambio de fundamentación de la garantía constitucional de inadmisión y no valoración de la prueba ilícitamente obtenida genera dos problemas: 1) la superposición de garantías constitucionales de naturaleza procesal y 2) la consideración de la valoración de una prueba ilícita como acto que en sí mismo supone la lesión del derecho fundamental procesal a un proceso con todas las garantías.

En cuanto a la superposición de derechos fundamentales de carácter procesal, los citados autores proponen un ejemplo para demostrar el carácter de innecesaria de la misma: una intervención

---

<sup>666</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 33-64.

telefónica efectuada sin autorización judicial que, para mayor claridad nuestra, reformulamos distinguiendo:

A) La prueba ilícita fue fundamento exclusivo de la sentencia de condena: el análisis de los derechos fundamentales involucrados varía según si atendemos al esquema previo a 1998 y al posterior a ese año.

a) Antes de la STC 81/1998: en un caso como el propuesto habría que concluir que:

a') Se ha vulnerado el derecho fundamental sustantivo al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

b') Se ha vulnerado la presunción de inocencia porque la condena se basó exclusivamente en la valoración de esa prueba ilícitamente obtenida.

b) Desde la STC 81/1998:

a') Se ha vulnerado el derecho fundamental sustantivo al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

b') Se ha vulnerado el derecho fundamental procesal a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) por el sólo hecho de valorar la prueba ilícitamente obtenida, prescindiendo del análisis de si fue o no considerada como fundamento de la sentencia.

c') Se ha vulnerado el derecho fundamental procesal a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) porque la condena se basó exclusivamente en la valoración de esa prueba ilícitamente obtenida al no existir otras pruebas válidas e independientes para fundarla.

B) La prueba ilícita NO fue fundamento exclusivo de la sentencia de condena: el análisis de los derechos fundamentales involucrados

también varía según si atendemos al esquema previo a 1998 y al posterior a ese año.

a) Antes de la STC 81/1998:

a') Se ha vulnerado el derecho fundamental sustantivo al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

b') No se ha vulnerado la presunción de inocencia porque la condena no se basó en la prueba ilícitamente obtenida, sino en otras pruebas válidas e independientes de la ilícita.

b) Desde la STC 81/1998:

a') Se ha vulnerado el derecho fundamental sustantivo al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE

b') Se ha vulnerado el derecho fundamental procesal a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) por el sólo hecho de valorar la prueba ilícitamente obtenida, prescindiendo del análisis de si fue o no considerada como fundamento de la sentencia.

c') No se ha vulnerado el derecho fundamental procesal a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) porque la condena no se basó exclusivamente en la valoración de esa prueba ilícitamente obtenida sino en otras pruebas válidas e independientes.

De los esquemas expuestos se desprenden varios comentarios de carácter crítico que, apuntados por Díaz Cabiale y Martín Morales<sup>667</sup>, no podemos sino compartir por la solidez de sus argumentos:

---

<sup>667</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 34-44.

1) La presunción de inocencia en España tiene un contenido mucho más amplio que en otros países, dado que la propia doctrina jurisprudencial del TC la ha configurado como un mecanismo que rige toda la actividad probatoria de cargo, amplitud y desarrollo doctrinal del que, en cambio, carece el derecho a un proceso con todas las garantías como ocurre en el sistema anglosajón o en la jurisprudencia del TEDH.

Siendo esto así, los citados autores consideran innecesario atraer a este último Derecho una problemática que ya se encontraba solucionada a la luz de la sola presunción de inocencia, máxime si se considera que, en definitiva, el derecho fundamental a la presunción de inocencia siempre estará en juego cuando la sentencia se fundamente en prueba ilícitamente obtenida. “Innecesaria y redundante”, primeros adjetivos de la nueva construcción doctrinal del TC apuntados por los autores citados y demostrados como ciertos.

2) Por otra parte, se trata — en opinión de Díaz Cabiale y Martín Morales — de una construcción “carente de trascendencia”, porque según esta nueva doctrina el derecho a un proceso con todas las garantías se vulnera por el sólo hecho de valorar la prueba ilícita, con independencia de si esa valoración fue o no determinante en la condena, si tuvo o no trascendencia procesal.

Cabe entonces preguntarse de qué sirve declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías si en definitiva se termina constatando que la sentencia se fundamentó en otras pruebas válidas e independientes, y que por tanto la presunción de inocencia no fue vulnerada. Es más, en estos casos el TC no concede el amparo entonces es razonable indagar acerca de qué reparación recibe el recurrente cuando se vulnera su derecho a un proceso con todas las garantías mas no la

presunción de inocencia. Pero es que, además, en un caso en el que se valore prueba ilícita y no obstante ello la sentencia sea absolutoria, igual terminaría habiendo menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías simplemente porque tal prueba se valoró, con independencia de su trascendencia procesal.

Volviendo al caso en que la prueba ilícita se haya valorado pero no haya sido fundamento exclusivo de la sentencia, lo lógico sería, según los citados autores, que el TC hubiese declarado la lesión de tal derecho fundamental y accediera al amparo, pero esto no ha ocurrido así y el TC no ha dejado nunca de analizar también la conexión de esa lesión con el resultado del proceso.

Es decir, según constatan los autores en referencia y más adelante lo hacemos nosotros, siempre se termina analizando si la valoración de la prueba ilícita ha sido fundamento de la sentencia, con lo cual el control que efectúa el TC sobre la actividad probatoria de cargo ha seguido centrándose, pese a la construcción teórica de la STC 81/1998, en la vulneración o no de la presunción de inocencia.

### **C) Análisis de la jurisprudencia del TC en torno a la prueba ilícita y la presunción de inocencia**

Todas las críticas que hemos expuesto en el acápite anterior resultan fácilmente comprobables a la luz del análisis de la jurisprudencia del TC a partir de su sentencia 81/1998.

El siguiente estudio lo efectuaremos principalmente sobre la base de la selección de sentencias del Alto Tribunal efectuada por Martín Pastor en la obra conjunta *El proceso penal en la doctrina del Tribunal*

*Constitucional (1981-2004)*<sup>668</sup>, por tratarse del más completo y reciente estudio acerca de la jurisprudencia constitucional que actualmente se encuentra disponible. A dicha selección añadiremos algunas otras sentencias no incluidas en el referido trabajo por ser posteriores al año 2004 y que consideramos revisten interés sobre el punto a tratar.

**a) Casos en que el TC estima vulnerado el derecho a la presunción de inocencia**

Si bien ya ha quedado claro que de acuerdo a la doctrina sentada por la STC 81/1998 la lesión de un derecho fundamental sustantivo no importa automáticamente la vulneración de la presunción de inocencia, lo cierto es que la relación inversa sí que es automática, es decir, cuando el TC estima que hubo lesión del derecho a la presunción de inocencia por haberse fundado la condena exclusivamente en una prueba obtenida antijurídicamente es porque previamente ha determinado que se han lesionado también el o los derechos fundamentales sustantivos alegados en la obtención de la respectiva fuente de prueba y el derecho a un proceso con todas las garantías por el solo hecho de haber valorado el correspondiente medio de prueba. Dicho en términos más breves, esta relación es automática porque si la condena se basó exclusivamente en prueba ilícita quiere decir que previamente se valoró esa prueba (infracción a un proceso con todas las garantías) y anteriormente se lesionó en su obtención un derecho fundamental sustantivo (por ejemplo, la inviolabilidad de domicilio).

En la STC 94/1999 (Sala Segunda), de 31 de mayo, Ponente

---

<sup>668</sup> MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 594-98.



Tomás Vives Antón, se analiza un caso en que se alegaba lesión del derecho fundamental sustantivo a la inviolabilidad de domicilio del artículo 18.2 CE y al derecho a la presunción de inocencia por haberse basado la sentencia exclusivamente en la prueba obtenida con vulneración a ese derecho fundamental. El TC, luego de analizar las circunstancias en que se habían desarrollado los dos registros domiciliarios cuestionados, determinó que el segundo de ellos se había llevado a cabo sin autorización judicial, razón por la cual declaró la lesión del derecho del artículo 18.2 CE (FJ. 4º y 5º). En seguida el Tribunal se avocó a analizar los efectos que tal violación había tenido sobre el proceso penal, para lo cual procedió a revisar la totalidad de las pruebas que formaron la convicción del juzgador de instancia, concluyendo que la ilicitud del registro domiciliario impedía valorar como prueba de cargo válida el acta donde se recogió el resultado del mismo y las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevaron a cabo, por ser ambas probanzas materialización directa de la vulneración al derecho a la inviolabilidad de domicilio (Fj. 8º). El TC continuó su examen analizando las pruebas que podían considerarse “derivadas” de la primigenia ilicitud y así concluyó que la declaración de los testigos que presenciaron la diligencia de entrada y registro domiciliario se encontraban conectadas causal y jurídicamente con aquélla, por lo que su valoración, además, había conculcado el derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE (FJ. 8º). Finalmente, al analizar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, concluyó que la única justificación de la condena del recurrente había sido el hallazgo en la vivienda registrada de una importante cantidad de heroína, a partir del cual el tribunal de instancia había deducido una serie de indicios para considerar al recurrente autor

de un delito contra la salud pública, por lo que la exclusión de dicho hallazgo dejaba vacío de contenido al razonamiento que fundamentaba la condena. Como consecuencia de esto último, se constató un vacío probatorio que tornó obligada la declaración de vulneración de la presunción de inocencia (FJ. 9º). El fallo final efectuó dos declaraciones:

1º. Declaró vulnerados los derechos del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

2º. Restableció en sus derechos al recurrente anulando las sentencias impugnadas en lo que a su condena se refería<sup>669</sup>.

De la lectura de esta sentencia, resulta interesante comprobar la observación efectuada por Díaz Cabiale y Martín Morales en orden a que, no obstante que la STC 81/1998 cambió el fundamento constitucional de la prohibición de valorar la prueba ilícita de la presunción de inocencia al derecho a un proceso con todas las garantías, el TC, una vez que constata que existió vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, es decir, que hubo presencia en el proceso de prueba ilícita, igualmente continúa dirigiendo su análisis inmediato a verificar si se vulneró o no la presunción de inocencia a

---

<sup>669</sup> Otros casos similares los encontramos en SSTC: 50/2000 (Sala Segunda), 28 febrero, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende, en la que se declara vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (FJ. 2º) y la presunción de inocencia (FJ. 5º y fallo), dado que la ilicitud de la prueba y la consecuente violación del derecho fundamental sustantivo al secreto de las comunicaciones ya había sido declarada por la jurisdicción ordinaria; 167/2002 (Pleno), 18 septiembre, FJ. 7º, 8º, 12º y fallo, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas; y 253/2006 (Sala Primera), 11 septiembre, FJ. 6º y 7º y fallo, Ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio, sentencias estas dos últimas en las que se declara expresamente en el fallo mismo la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

través de la búsqueda de pruebas de cargo independientes y válidas. Incluso, en la parte dispositiva de algunas sentencias se limita sólo a declarar la vulneración del derecho fundamental sustantivo que corresponda y la de la presunción de inocencia, sin hacer mención a la infracción al derecho a un proceso con todas las garantías. Esto último acontece en las SSTC 299/2000 (Sala Segunda), de 11 de diciembre, FJ. 9 y 10 y fallo, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas y 205/2002 (Sala Segunda), de 11 de noviembre, FJ. 5º, 7º y fallo, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo, en las cuales sólo se menciona la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías en el cuerpo de sus fundamentos jurídicos, sin expresarla luego en la parte dispositiva o resolutive del fallo.

**b) Casos en que el TC estima que NO se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia**

De acuerdo a la jurisprudencia analizada, el TC llega a la conclusión de que no se ha vulnerado la presunción de inocencia en las siguientes dos hipótesis:

**a') Por inexistencia de prueba ilícita en la causa**

Resulta lógico que si se concluye que no hubo vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba ninguna prueba ilícita se ha podido valorar, por lo que tampoco se ha podido producir vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías ni a la presunción de inocencia, puesto que, respecto de esta última, la sentencia se ha fundado en pruebas de cargo válidas. En estos casos la relación es automática: la ausencia de prueba ilícita es igual o equivale a la no vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías ni a la presunción de inocencia.

Así por ejemplo, en la STC 126/2000 (Sala Segunda), de 16 de mayo, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas, se recurría en amparo por infracción a los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones alegándose falta de motivación de los autos que acordaron sucesivas intervenciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por haberse basado la condena, directa e indirectamente, en aquellas pruebas ilícitamente obtenidas. En los FJ. 8º y 9º el TC concluye que no se ha vulnerado el derecho proclamado en el artículo 18.3 CE, denegando el amparo por esa causa. Hecha esta declaración, inmediatamente el Alto Tribunal afirma:

“Por lo anteriormente expuesto, ninguna vulneración al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) se ha producido una vez descartada la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE), pues no se han valorado en juicio pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, lo que, a su vez, conduce a afirmar la inexistencia de conexión de antijuridicidad entre las pruebas en que los órganos judiciales han basado la condena y el derecho fundamental mencionado” (FJ. 10º).

Y luego, refiriéndose a la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el TC la descarta de plano al concluir que los órganos jurisdiccionales en este caso habían valorado verdaderos actos de prueba, practicados con todas las garantías en el acto del juicio oral, de las cuales habían extraído, objetivamente, con motivación suficiente y más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del demandante (FJ. 12º y 13º)<sup>670</sup>.

---

<sup>670</sup> En el mismo sentido, entre otras, véase SSTC 121/1998 (Sala Segunda), 15 junio, FJ. 5º, 6º y fallo, Ponente D. Tomás S. Vives Antón; 166/1999 (Sala Primera), 27 septiembre, FJ. 4º a 10º y fallo, Ponente D. Pablo García Manzano; 219/2006 (Sala

**b') Por la existencia de otras pruebas independientes y válidas como fundamento de la sentencia impugnada**

Esta clase de pronunciamientos se han producido en todos aquellos casos en que hay un reconocimiento de la existencia de prueba ilícita en la causa, sea que ésta haya sido declarada previamente por la jurisdicción ordinaria, sea que le corresponda al TC en sede de amparo efectuar tal declaración. Constanda la existencia de prueba obtenida antijurídicamente, en la mayor parte de los casos que estudiamos el TC centra su análisis en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia avocándose a la búsqueda de pruebas independientes de la ilícita que hayan podido fundar la condena, normalmente por la vía de aplicar su teoría de la conexión de antijuridicidad de las pruebas derivadas que se detectan en la causa.

Lo que más llama la atención en estos casos es que, tal como lo advertían Díaz Cabiale y Martín Morales, la superposición de derechos fundamentales de naturaleza procesal a que ha conducido la doctrina sentada por la STC 81/1998 trae como consecuencia que en muchos de los casos que analizaremos enseguida se declare la vulneración del derecho fundamental sustantivo y del derecho a un proceso con todas las garantías al haberse valorado prueba ilícita, pero como existen pruebas independientes por aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad, resulta que la vulneración de tales derechos no tiene ninguna relevancia a efectos del recurso de amparo, convirtiéndose la sentencia en meramente declarativa, al afirmar de una parte la

---

Primera), 3 julio, FJ. 3º a 9º y fallo; y 220/2006 (Sala Primera), 3 julio, FJ. 3º a 8º y fallo, Ponente en estas dos últimas sentencias D. Francisco Javier Delgado Barrio.

vulneración de tales derechos, y de otra desestimar el recurso de amparo al no haberse vulnerado la presunción de inocencia.

Lo anterior nos conduce a preguntarnos, al igual que lo hicieron los citados autores, ¿qué relevancia tiene entonces que se vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías por haberse valorado prueba ilícita si la presunción de inocencia no se vulnera?

Pero es que, además, también se corrobora la observación hecha por Díaz Cabiale y Martín Morales en orden a que la jurisprudencia del TC posterior a la STC 81/1998 sigue dirigiendo su control hacia la constatación de vulneración de la presunción de inocencia, que es en definitiva la única que determina la estimación del recurso de amparo, con lo cual se echa por tierra la pretendida anticipación de la lesión de un derecho fundamental procesal que pretendió imponer la referida sentencia al establecer que el solo hecho de valorar prueba ilícita vulneraba el derecho a un proceso con todas las garantías sin importar la trascendencia que dicha lesión y valoración tenía a efectos del proceso.

Es decir, para la jurisprudencia del TC posterior a 1998 continúa siendo lo central la trascendencia procesal de la lesión de los derechos fundamentales procesales; sólo así se puede explicar que por una parte declare vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y de otra desestime el amparo al constatar la existencia de pruebas independientes que fundamentan la condena y, por tanto, la no vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Para ejemplificar las observaciones arriba efectuadas, revisemos probablemente el caso más paradigmático de sentencias que declaran la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, pero sin que esta declaración importe ninguna consecuencia práctica para el

recurrente al concluir finalmente que no se vulneró la presunción de inocencia. Nos referimos a la STC 171/1999 (Sala Segunda), de 27 de septiembre, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer<sup>671</sup>.

En lo pertinente, en el FJ. 4º de esta sentencia se señala que el análisis del TC ha de centrarse en determinar si hubo vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones en el desarrollo de las intervenciones telefónicas impugnadas de ilicitud por el recurrente, para luego, en caso de afirmarse tal vulneración, analizar si dicha ilicitud se transmite o no a las pruebas que derivan del conocimiento adquirido a través de aquéllas. El Tribunal concluye en el FJ. 8º que hubo vulneración del indicado derecho fundamental sustantivo y en el FJ. 13 que se vulneró también el derecho a un proceso con todas las garantías por utilizar las escuchas telefónicas y “por haber sido incorporadas y ponderadas sin respeto de las más mínimas exigencias inherentes a las garantías de defensa y contradicción”.

A continuación el Tribunal centra su análisis en la alegada vulneración de la presunción de inocencia concluyendo que, si bien la sentencia condenatoria utilizó como prueba de cargo la obtenida por medio de las intervenciones telefónicas (FJ. 14º), no es menos cierto que:

“[E]sta constatación no conduce automáticamente a la conclusión de que efectivamente la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ya que la Audiencia Provincial no sustentó la condena exclusivamente en las intervenciones telefónicas, sino que, como deriva de la lectura del acta de la vista oral y se reflejó mínimamente en dicha sentencia, la decisión judicial se basó

---

<sup>671</sup> Analizada también en DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., nota 27, págs. 42-3.

también y fundamentalmente en las declaraciones de los distintos policías que intervinieron durante todo el proceso de investigación, detención de los acusados y registros” (FJ. 15°).

Constatando el TC que existieron otras pruebas de cargo distintas de las intervenciones telefónicas, decide posponer la decisión acerca de la vulneración de la presunción de inocencia al examen de los siguientes dos extremos interrelacionados:

“[E]n primer lugar, debe indagarse si estas pruebas resultan o no jurídicamente independientes de las pruebas aquejadas de ilicitud constitucional y, en el supuesto que así sea, deberá determinarse si, excluidas las intervenciones telefónicas del resto de las pruebas podían inferirse de forma no arbitraria y suficientemente sólida todos los hechos que, declarados probados, pueden sustentar la condena del recurrente” (FJ. 15).

Aplicando la doctrina de la conexión de antijuridicidad el Alto Tribunal termina concluyendo en este caso que tal conexión es inexistente, puesto que los datos obtenidos mediante las intervenciones telefónicas fueron irrelevantes, fundándose la condena exclusivamente en otras pruebas independientes y válidas no afectadas por ninguna prohibición de valoración desde la perspectiva constitucional, con lo cual la presunción de inocencia no fue vulnerada y así señala:

“Por consiguiente, desde nuestro limitado control constitucional puede admitirse que existió prueba de cargo, legítimamente obtenida, de la que deriva razonablemente la existencia de los hechos probados y la condena del demandante de amparo”.

Finalmente el TC declara en la parte dispositiva del fallo la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, al proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva porque las dos



lesiones anteriores no habían sido reparadas por la jurisdicción ordinaria, pero desestima el recurso de amparo en todo lo demás, o sea, en lo tocante a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Es precisamente en este punto cuando Díaz Cabiale y Martín Morales se preguntan: “¿cómo es posible que en la parte dispositiva se declare la lesión del proceso con todas las garantías y la tutela judicial efectiva y eso no tenga consecuencias procesales?”, ¿acaso no sirven para nada los derechos fundamentales procesales y cuántos de ellos hay que lesionar para que el proceso deba repetirse?<sup>672</sup>.

Resulta interesante ver cómo esta crítica tan severa que efectuaron los citados autores hacia el año 2001 ha sido de alguna manera respondida por la jurisprudencia del TC, aunque a nuestro juicio de manera insatisfactoria, en tanto no aclara la utilidad que tiene la doctrina sentada por la STC 81/1998 en orden a declarar la lesión de un derecho fundamental procesal como lo es el relativo a un proceso con todas las garantías por el solo hecho de valorar la prueba ilícita, sin esperar a ver si esta ponderación tuvo trascendencia a efectos del proceso. Efectivamente, en las sentencias que declaran vulnerados los derechos fundamentales sustantivos alegados y el también derecho fundamental a un proceso con todas las garantías por haberse valorado prueba ilícita, pero que desestiman el amparo por falta de vulneración de la presunción de inocencia, hemos detectado — a contar del año 2005 — la incorporación de un último fundamento jurídico que señala lo siguiente:

---

<sup>672</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., nota 27, págs. 42-3.

“En cuanto a las consecuencias del fallo parcialmente estimatorio de esta Sentencia resulta claro que sólo puede tener *alcance declarativo*, dado que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) no se ha trasladado al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Por este motivo debemos entender (...) que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones *queda satisfecha con la declaración de que tal derecho ha sido desconocido* en los términos referidos en los fundamentos jurídicos de la presente resolución”<sup>673</sup>.

Creemos que con este nuevo fundamento jurídico incorporado a contar de 2005 el TC no hace sino darle la razón a las críticas citadas, al reconocer que en definitiva no tiene relevancia anticipar la lesión de un derecho fundamental procesal al examen de su trascendencia a efectos del proceso y que carece de utilidad la superposición de derechos de esta clase a que condujo la doctrina sentada por la STC 81/1998, puesto que el análisis que el Alto Tribunal efectúa en casos en que se discute la presencia en la causa de prueba ilícita ha seguido siempre centrándose exclusivamente en la vulneración de la presunción de inocencia y en la búsqueda de pruebas independientes y válidas que puedan haber fundado la condena.

Centrarse exclusivamente en el análisis de la posible vulneración de la presunción de inocencia tras la constatación de la presencia de prueba ilícita en la causa, ha sido la constante, incluso antes de que el TC incorporara en sus sentencias el fundamento jurídico que reconoce los

---

<sup>673</sup> STC 261/2005 (Sala Segunda), 24 octubre, FJ. 6º, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo. (La cursiva es nuestra). En idéntico sentido véase las SSTC (Sala Segunda) 205/2005, 18 julio, FJ. 9º y 136/2006, 8 mayo, FJ. 8, Ponente en ambas sentencias Dª. Elisa Pérez Vera.

efectos meramente declarativos de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando no se ha vulnerado también la presunción de inocencia. Prueba de ello son, entre otras, las SSTC 239/1999 (Sala Primera), de 20 de diciembre, FJ. 4º a 9º, Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde; 161/1999 (Sala Segunda), de 27 de septiembre, FJ. 4º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón; 8/2000 (Sala Primera), de 17 de enero, FJ. 8º a 11º; y 136/2000 (Sala Primera), de 29 de mayo, FJ. 6º a 8º, Ponente en estas dos últimas sentencias D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

**c) Casos en que el TC no se pronuncia sobre la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia y reenvía el proceso a la jurisdicción ordinaria**

Ya tuvimos ocasión de señalar que, entre las consecuencias procesales que la teoría de la conexión de antijuridicidad implantada por la STC 81/1998 ha aparejado, se cuenta una evidente restricción de la propia competencia del TC. Recordemos al respecto que hasta 1998 la competencia del Alto Tribunal era absoluta en materia de derechos fundamentales en general, y en particular respecto de la presunción de inocencia, pero que a partir de 1998 se ha visto “recortada”, dado que conforme a esta teoría el juicio de conexión o desconexión antijurídica compete efectuarlo a la jurisdicción ordinaria, limitándose el TC solamente a revisar la razonabilidad del mismo. Dicho recorte se produce en todos aquellos casos en que el tribunal ordinario no ha apreciado la existencia de prueba ilícita en la causa y el TC en vía de amparo sí la aprecia. Conforme a la doctrina sentada por la citada sentencia, en casos como el descrito el TC no puede pronunciarse derechamente sobre la existencia de prueba refleja o derivada de la ilícita ni sobre la posible infracción que esta prueba derivada habría supuesto al derecho a la

presunción de inocencia, sino que tiene que reenviar la causa a la jurisdicción ordinaria para que sea ésta la que se pronuncie sobre la posible prueba refleja y sobre su conexión o desconexión jurídica con respecto a la primigenia ilicitud, dando con ello al caso una solución provisional que no impide que en el futuro pueda revisarse la razonabilidad de ese juicio por la vía de un nuevo recurso de amparo.

Dentro de las primeras sentencias que no se pronuncian sobre la presunción de inocencia y acuden al expediente del reenvío se encuentran las SSTC 49/1999 (Pleno), de 5 de abril, Ponente Tomás S. Vives Antón y 139/1999 (Sala Segunda), de 22 de julio, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas.

En la segunda de estas sentencias (STC 139/1999) se alegaba la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por falta de motivación del auto que ordenó la diligencia de entrada y registro y del derecho a la presunción de inocencia por falta de pruebas válidas para fundamentar la condena. En el FJ. 2º el TC concluye que se vulneró el derecho fundamental sustantivo alegado por considerar insuficiente la motivación del auto que ordenó la indicada diligencia, cuestión que no había sido apreciada por la jurisdicción ordinaria en este caso, la que por tanto tampoco había podido pronunciarse sobre los posibles efectos reflejos o derivados de la original ilicitud de la entrada y registro domiciliario (FJ. 3º y 4º). A continuación el TC, recordando los principales postulados de la doctrina sobre la teoría de la conexión de antijuridicidad, pone de relieve que el juicio sobre el grado de conexión o desconexión de las pruebas derivadas de otra ilícita es un “juicio de experiencia” que compete efectuarlo a la jurisdicción ordinaria, limitándose la labor del TC sólo a un control de su razonabilidad. Al respecto el Constitucional termina añadiendo que, al rechazar el Juzgado

de lo Penal y la Audiencia Provincial la vulneración del derecho fundamental, los mismos no se plantearon el problema que ahora se analiza ni le consta, por tanto, cuál hubiera sido la decisión de estos tribunales si hubiesen reconocido tal vulneración (FJ. 5º).

Con base en estos argumentos, el Alto Tribunal concluye (FJ. 6º) que sí puede pronunciarse sobre la validez de las pruebas que en esta causa se obtuvieron *directamente* con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio declarando, en consecuencia, ilícitos: los efectos ocupados en la diligencia de entrada y registro domiciliario (pistola y droga), el testimonio de los agentes de policía que la llevaron a cabo y el de los testigos que la presenciaron; pero que no puede pronunciarse sobre la validez como prueba de cargo de la declaración autoinculpatoria del demandante, toda vez que el juicio de conexión o desconexión jurídica de tal declaración con la diligencia declarada ilícita compete exclusivamente a la jurisdicción ordinaria. Siendo así, el TC termina declarando:

“El no pronunciamiento sobre la validez constitucional de esta última prueba impide afirmar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que sólo se produciría si no hubiera existido ninguna prueba de cargo sobre la que fundar la condena, lo que no es el caso” (FJ. 6º).

El TC finaliza esta sentencia con:

“[L]a estimación parcial del amparo por la vulneración por las Sentencias recurridas del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), no así por la del derecho a la presunción de inocencia, lo que conduce a la anulación de las Sentencias recurridas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la formación de la pretensión acusatoria y de la proposición de prueba para que, excluidas las declaradas nulas, si con las restantes pruebas se mantuviera la

acusación, pueda el órgano judicial competente determinar su ilicitud o licitud y, en su caso, valorarlas en el sentido que estime oportuno<sup>674</sup>.

## **VI. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO**

### **1. Regulación positiva e historia fidedigna**

La Constitución de Chile, en su artículo 19 N° 3 inciso sexto, contiene una garantía genérica al derecho a un proceso legalmente tramitado y a un procedimiento e investigación racionales y justos como presupuestos y condicionantes de toda sentencia de un órgano jurisdiccional, encomendando al legislador ordinario la tarea de establecer dichas garantías<sup>675</sup>.

Cumpliendo con este mandato, el CPPCh se ha ocupado especialmente de la materia al prescribir que en la audiencia de preparación del juicio oral el JG llevará a cabo una actividad de determinación del material probatorio mediante un control de admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos, otorgándole la facultad de excluir prueba para el juicio oral. El artículo 276 CPPCh, en sus incisos primero y segundo, reglamenta esta facultad del JG, estableciendo una cláusula amplia de reglas de exclusión de medios de

---

<sup>674</sup> Véase FJ. 7° y fallo STC 139/1999 ya citada. En el mismo sentido, entre otras, SSTC 49/1999 (Pleno), 5 abril, FJ. 12° a 15° y fallo, Ponente D. Tomás S. Vives Antón; 149/2001 (Sala Primera), 27 junio, FJ. 6° y 7° y fallo, Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde; 28/2002 (Sala Segunda), 11 febrero, FJ. 5°-6° y fallo, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo; y 259/2005 (Sala Primera), 24 octubre, FJ. 7° a 9° y fallo, Ponente D. Javier Delgado Barrio.

<sup>675</sup> La citada norma dispone: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un proceso y una investigación racionales y justos”.

prueba que obedece a diversas razones, como son la impertinencia del medio de prueba, el estar destinado a probar hechos públicos y notorios o tener fines puramente dilatorios. Finalmente la norma indicada señala en su inciso tercero:

“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

Con respecto a la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, cabe señalar que los tres incisos en referencia se encontraban en el texto original del proyecto de CPPCh, pero concentrados en el inciso segundo del artículo 359 (actual artículo 277), referido al contenido del auto de apertura del juicio oral<sup>676</sup>.

Prácticamente la única incidencia que experimentó esta norma durante su tramitación se produjo durante el segundo trámite parlamentario, realizado ante el Senado, con el acuerdo adoptado, por estrictas razones de orden, de desglosar este inciso segundo y convertirlo

---

<sup>676</sup> El citado artículo 277 CPPCh, en su redacción original, señalaba en lo pertinente que: “Al término de la audiencia intermedia el juez de control de la instrucción dictará el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución deberá indicar: a) El tribunal competente para conocer el juicio oral; b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas; c) La o las demandas civiles; d) Las pruebas que deberán rendirse en la audiencia oral, y e) La individualización de quienes deban ser citados a la audiencia principal.

Para los efectos de lo dispuesto en la letra d), el juez de control de la instrucción admitirá las pruebas ofrecidas por las partes, salvo aquellas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, las manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios y todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios”.

en un artículo separado ubicado inmediatamente antes del artículo relativo al auto de apertura del juicio oral, pasando a constituir el actual 276<sup>677</sup>.

Es necesario destacar que pese a la relevancia de esta norma tampoco hubo debate alguno durante su tramitación en torno a su contenido sustancial ni a la fórmula utilizada. En efecto, durante el primer trámite parlamentario, ante la Cámara de Diputados, sólo existe una referencia relativa a la oportunidad en que debe declararse la nulidad de las actuaciones o diligencias de las que provienen las pruebas excluidas, aclarándose que dicha nulidad puede ser declarada antes o *durante* la audiencia de preparación del juicio oral<sup>678</sup>. En el segundo trámite, ante el Senado, sólo se hicieron dos acotaciones sobre este artículo: uno relativo a la finalidad o propósito de la regla que era el de evitar que el TJOP tomara contacto con las pruebas ilícitamente obtenidas y, el otro imponiendo la necesidad de que la resolución del JG excluyendo prueba fuese fundada, para facilitar su revisión por parte de otro tribunal en caso de ser procedente<sup>679</sup>.

En cuanto a las fuentes que se consultaron para redactar el artículo 276 en referencia, las actas parlamentarias indican como tales a los artículos 274 y 288 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica<sup>680</sup>, sin embargo de ambas normas sólo la segunda resulta

---

<sup>677</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, I, Discusión Particular, art. 341, diario de sesiones del Senado, pág. 301.

<sup>678</sup> *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la Cámara de Diputados, pág. 338.

<sup>679</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, I, Discusión Particular, art. 341, diario de sesiones del Senado, págs. 305-06.

<sup>680</sup> Así consta en el *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados sobre proyecto de ley que establece un nuevo*



pertinente a la exclusión de prueba, al señalar que, luego de pronunciar el auto de apertura del juicio oral, el Tribunal:

“[R]esolverá, en un solo auto, las cuestiones planteadas: 1) admitirá la prueba ofrecida o la rechazará cuando fuere ilegítima, manifiestamente impertinente, inútil o superabundante, disponiendo las medidas necesarias para su recepción en el debate; en su caso, señalará los medios de prueba que se incorporarán al debate por su lectura”.

Como se puede apreciar, el actual inciso tercero del artículo 276 CPPCh contempla dos hipótesis de exclusión de prueba que, a su vez, responden a dos causas distintas: la nulidad procesal que, en principio, podríamos catalogar de formal o custodia de las formas procesales y la ilicitud de la prueba en sentido estricto, esto es, las fuentes de prueba obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Esta distinción efectuada por la legislación chilena recoge los conceptos que hemos elaborado de prueba ilegal en general y la distinción que también efectuamos dentro de ella entre prueba ilegal o irregular *sensu stricto* y prueba ilícita *sensu stricto*. Recordemos que por prueba ilegal en general entendemos aquella obtenida o practicada con infracción de la legalidad procesal ordinaria o constitucional, afecte o no a derechos fundamentales; por “prueba ilegal o irregular *sensu stricto*”, aquella fuente o prueba en cuya obtención o práctica se ha infringido la legalidad procesal ordinaria o derechos constitucionales pero, en ambos casos, sin llegar a vulnerar derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución; y por “prueba ilícita *sensu stricto*”, aquella fuente o

---

*Código de Procedimiento Penal*, Boletín núm. 1630-07-01, 13 de enero de 1998, pág. 436.

medio de prueba obtenida o practicado, respectivamente, con infracción de derechos y libertades fundamentales de rango constitucional.

En principio, ya dijimos que las consecuencias procesales de una u otra categoría son diferentes, correspondiendo a la primera subcategoría (prueba ilegal o irregular *sensu stricto*) la nulidad procesal, sea esta absoluta o relativa, acarreando, en todo caso, su inadmisibilidad en el proceso y la inaprovechabilidad de sus resultados probatorios a efectos de la valoración conjunta de la prueba con miras a la fundamentación de la sentencia definitiva. Por su parte, la prueba que denominamos “ilícita *sensu stricto*”, acarrea en el sistema chileno, desde luego, las mismas consecuencias procesales referidas a la prueba irregular.

Dado que de conformidad al artículo 276 CPPCh existe una misma consecuencia procesal entre prueba irregular y prueba ilícita, nos dedicaremos brevemente a procurar diferenciar ambas hipótesis, para luego centrarnos en el análisis de la prueba ilícita *sensu stricto* que representa nuestro verdadero objeto de estudio.

## **2. Pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas en el CPPCh**

Es el Título VII del Libro I relativo a disposiciones generales del CPPCh el encargado de regular el tema bajo el epígrafe “Nulidades Procesales” (artículos 159 a 165, ambas normas inclusive).

Dentro de esta normativa nos interesa resaltar algunos aspectos de las nulidades procesales, con la finalidad de distinguir esta hipótesis de aquella que llamamos ilícita en sentido estricto, pero sin pretender realizar un análisis acabado de la nulidad procesal en el CPPCh.

**A) Naturaleza jurídica de las actuaciones susceptibles de ser declaradas nulas**

La amplitud de la fórmula utilizada por el artículo 276 inciso tercero CPPCH (“actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas”) sufre una primera limitación al remitirnos a la normativa específica de las nulidades procesales, concretamente al artículo 159 CPPCh donde se parte señalando que:

“Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias *judiciales* defectuosas del procedimiento”<sup>681</sup>.

La expresión “judiciales” fue incorporada al proyecto sólo en el segundo trámite parlamentario ante el Senado donde se discutió precisamente la posibilidad de que la nulidad recayera en actuaciones del Ministerio Público, señalándose al respecto que la nulidad procesal es una nulidad “jurisdiccional”, puesto que la actuación del Ministerio Público es desformalizada y no puede afectar garantías constitucionales en tanto no haya intervenido el Juez de Garantía emitiendo la respectiva autorización judicial<sup>682</sup>. Asimismo se aclaró que la idea que subyace en este régimen de nulidad procesal es que la fase de investigación previa a cargo del Ministerio Público carece de valor probatorio, por lo que en tanto no resulten afectadas las garantías de quienes intervienen en el proceso, lo que los fiscales realicen dentro del marco de esta investigación previa “debiera ser baladí”, por lo que todo el acopio de elementos de prueba que logren los fiscales en esa etapa no tiene efecto

---

<sup>681</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>682</sup> Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, en *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, Discusión Particular, art. 192, diario de sesiones del Senado, pág. 166.

para el defensor ni para el sistema jurisdiccional, relevancia que sí adquirirá en la audiencia de preparación del juicio oral donde será el Juez de Garantía quien fijará las reglas y las pruebas que serán utilizadas en el posterior juicio oral<sup>683</sup>.

Finalmente, el Senado acordó consignar en forma expresa que se trata de actuaciones o diligencias *judiciales*, señalando que era preferible esta explicitación, pese a que fluye del propio concepto de nulidad que la misma:

“[S]ólo se aplica a las actuaciones judiciales, y no a las diligencias del Ministerio Público, para las cuales la ley no contempla mayores formalidades”<sup>684</sup>.

Reducidos al área de las actuaciones judiciales y considerando que ni el JG ni mucho menos el TJOP tienen facultades autónomas de prueba ni poseen un rol activo en la investigación, resulta difícil identificar actuaciones judiciales de las cuales deriven fuentes de prueba susceptibles de ser excluidas en la audiencia de preparación del juicio oral.

Coincidiendo en este punto con Hernández Basualto<sup>685</sup>, las actuaciones judiciales de las que podría derivar alguna fuente de prueba o medio de prueba, son las siguientes:

1) En materia de audiencias judiciales ante el JG encontramos:

---

<sup>683</sup> Cfr. BLANCO SUÁREZ, Rafael, en *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, Discusión Particular, art. 192, diario de sesiones del Senado, págs. 169-70

<sup>684</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, Discusión Particular, art. 192, diario de sesiones del Senado, pág. 201.

<sup>685</sup> Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., págs. 45-46.

a) La audiencia de anticipación de prueba testimonial celebrada en la fase de investigación (artículos 191, 191 bis y 192 CPPCh) o de anticipación de prueba testimonial o pericial en fase de preparación del juicio oral, ya sea en la misma audiencia de preparación del juicio oral o en una audiencia posterior especialmente convocada al efecto (art. 280 CPPCh).

Lo anterior porque esta declaración podrá eventualmente reproducirse o leerse en la audiencia del juicio oral cuando los testigos o peritos se vean imposibilitados de comparecer al juicio oral por afectarles algunos de los impedimentos absolutos que señala la ley (muerte, incapacidad física, etc.) o constare en los registros que todas las partes han acordado incorporarla, con aquiescencia del tribunal (artículo 331 letras a y b CPPCh).

b) La audiencia decretada por el JG para recibir la declaración que voluntariamente decida prestar el imputado como un medio de defensa durante la fase de investigación (artículo 98 CPPCh).

Ello porque esta declaración podrá eventualmente reproducirse o leerse en la audiencia del juicio oral cuando constare en los registros que todas las partes han acordado incorporarla, con aquiescencia del tribunal; cuando fueren varios coimputados y la incomparecencia del coimputado que prestó la declaración fuere imputable al acusado; o cuando se trate de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el JG (artículo 331 letras b, c y d CPPCh).

En ambos casos la falta de observancia de alguna de las formalidades o requisitos de validez que establece la ley para decretar y

desarrollar estas audiencias podría conducir a la declaración de nulidad de la misma y, en consecuencia, a la exclusión de las declaraciones en ellas prestadas.

2) Las resoluciones judiciales que autorizan realizar alguna de las diligencias que señala el artículo 9 CPPCh, esto es, cualquier actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura.

Estas autorizaciones judiciales pueden referirse a múltiples diligencias de investigación productoras de fuentes de pruebas que más tarde pueden ser ofrecidas como medios de prueba para el juicio oral, tales como exámenes corporales de personas que se niegan a someterse a los mismos (artículo 197 CPPCh); entrada y registro en lugares cerrados (artículos 205 y siguientes CPPCh); incautación de objetos y documentos (artículo 217 CPPCh); retención e incautación de correspondencia (artículo 218 CPPCh); copias de comunicaciones o transmisiones (artículo 219 CPPCh); interceptación de comunicaciones telefónicas (artículo 222 CPPCh), etc.

Todas estas diligencias de investigación se encuentran reguladas en detalle por la ley en lo relativo a sus requisitos tanto formales o procedimentales cuanto en lo referente a sus requisitos materiales o de procedencia, de suerte que la inobservancia de cualquiera de ellos, especialmente de la segunda categoría de estos requisitos, puede ocasionar la nulidad de la autorización judicial y, con ello, la de la diligencia misma y de las fuentes de prueba obtenidas en su ejecución siempre, claro está, que se cumpla con los demás presupuestos de la nulidad procesal.

**B) Requisitos temporales, formales y materiales de la nulidad procesal y principios que la inspiran**

**a) Oportunidad para impetrar la nulidad procesal**

El artículo 161 CPPCh se ocupa de regular la oportunidad en que puede solicitarse la nulidad procesal, otorgando un plazo de cinco días desde que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiguiera, salvo que el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia, caso en el cual la nulidad debe impetrarse verbalmente antes del término de la misma audiencia. La norma, además, establece un límite temporal para solicitar la nulidad de actuaciones verificadas durante la fase de investigación, cual es precisamente la audiencia de preparación del juicio oral. Finalmente, la solicitud extemporánea de nulidad será declarada inadmisibile.

Tal como ya lo señalamos, en lo tocante a la exclusión de prueba derivada de una actuación judicial declarada nula, quedó claro en los trabajos parlamentarios que esa nulidad podía ser declarada antes y durante la misma audiencia de preparación del juicio oral, puesto que de la expresión “que hubieren sido declaradas nulas” utilizada por el artículo 276 CPPCh y del propio tenor del artículo 161 CPPCh, no se desprende la exigencia excluyente de una declaración de nulidad previa a la indicada audiencia preparatoria.

**b) Requisitos formales de la solicitud de nulidad**

Si la actuación judicial cuya nulidad se pretende no se ha verificado en una audiencia, la solicitud deberá ser por escrito dentro del plazo indicado por la ley y se le dará tramitación incidental, en caso contrario debe hacerse verbalmente en la misma audiencia. En ambos

supuestos la indicada solicitud debe ser *fundada* y entendemos que la tramitación incidental también procede para la petición verbal de nulidad (artículo 161 CPPCh).

**c) Requisitos materiales de la solicitud de nulidad y principios que la inspiran**

De la materia se ocupan los artículos 159 y 160 CPPCh, haciendo procedente la declaración de nulidad de las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas bajo la condición de que las mismas ocasionen a los intervinientes<sup>686</sup> un *perjuicio* reparable *únicamente* con la declaración de nulidad. Pero, además, estas normas establecen dos reglas en relación a este perjuicio:

a') Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atente contra las *posibilidades de actuación* de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (artículo 159 CPPCh).

b') Se *presumirá de derecho* que existe perjuicio si la infracción hubiere *impedido* el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o demás leyes de la República (artículo 160 CPPCh).

A estas normas se debe añadir el artículo 164 CPPCh que, estableciendo los supuestos de saneamiento de la nulidad, dispone:

“Las nulidades quedarán subsanadas si el interviniente en el procedimiento perjudicado no impetrare su declaración oportunamente,

---

<sup>686</sup> Recordemos que, de conformidad al artículo 12 CPPCh, se consideran tales al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realicen cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.



si aceptare expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumpliera su finalidad respecto de todos los interesados, salvo en los casos previstos en el artículo 160”.

En consecuencia, el régimen de nulidad que establece el CPPCh se fundamenta, por una parte, en los principios de *trascendencia* y de *subsidiariedad*, representados por la exigencia de un *perjuicio* reparable *únicamente* con la invalidación de la actuación y, por otra, en el principio de *finalidad de las formas*, en el sentido de que resulta evidente que si el acto, no obstante estar viciado formalmente, cumplió la finalidad para el cual estaba previsto, el perjuicio no ha podido generarse, salvo que tal vicio “hubiere impedido el *pleno ejercicio* de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución y demás leyes de la República”.

Con todo, es preciso apuntar en esta sede que la redacción de los artículos 159 y 160 CPPCh ha dado pie a la doctrina nacional para preguntarse si en el régimen de nulidad que establece este cuerpo normativo se requiere siempre que se afecte una garantía constitucional para que pueda declararse la nulidad del acto viciado<sup>687</sup>.

Para Hernández Basualto, la exigencia de perjuicio que establecen estas normas se encuentra representada, en definitiva, por la circunstancia de que la actuación defectuosa ocasione a algún interviniente una *grave indefensión* que, desde el punto de vista de la aplicación práctica de estas normas y el carácter subsidiario de la nulidad, el autor cree probable que termine por emparentarse el perjuicio exigido con la inobservancia de las garantías de una investigación y procedimiento racionales y justos consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución, con lo

---

<sup>687</sup> LÓPEZ MASLE, Julián, “Los recursos”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 394.

cual esta hipótesis de exclusión de prueba pasa, además, a identificarse con aquella representada por la exclusión de prueba obtenida (la respectiva fuente de prueba) con inobservancia de garantías fundamentales<sup>688</sup>.

Razón tiene el citado autor, toda vez que al revisar los trabajos parlamentarios en lo relativo a la exigencia de un perjuicio como requisito de la nulidad procesal se puede apreciar con alguna claridad el alcance que el legislador quiso darle a esta norma. Al respecto recordemos que el artículo 160 CPPCH (195 del Proyecto) rezaba originalmente como sigue:

“Se presume de derecho la existencia de perjuicios si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de garantías y derechos reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile y las demás leyes de la República, como ocurre, entre otros casos, cuando el juicio se realiza sin la presencia del acusado o cuando falta la asistencia del defensor en las actuaciones que la ley lo exige”.

Durante el segundo trámite parlamentario<sup>689</sup>, mediante la indicación núm. 179, se sugirió eliminar de la norma la alusión a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, indicación que fue aceptada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado pero aclarándose que la alusión a dichos tratados hacía referencia a las garantías judiciales que contempla el artículo 8 CADH (Pacto de San José de Costa Rica), cuya aplicación obedecía a un

---

<sup>688</sup> Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 49.

<sup>689</sup> Durante el primero sólo se agrego a este artículo, luego de la frase “ratificados por Chile” las expresiones “y vigentes”. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados*, Discusión Particular, art. 193, pág. 525.

mandato constitucional directo (artículo 5 inciso segundo CCh), por lo que no requería reiteración legal ni era jurídicamente necesario hacer alusión expresa a los indicados tratados en la norma en discusión<sup>690</sup>.

En síntesis, de la interpretación sistemática y conjunta de los artículos 160 y 276 CPPCh resulta que una de las hipótesis de exclusión de prueba viene representada por los medios de prueba o, mejor dicho, fuentes de prueba provenientes de actuaciones o diligencias judiciales que hubieren sido declaradas nulas en razón de ocasionar un perjuicio para alguno de los intervinientes consistente en impedirle el pleno ejercicio de las garantías y derechos fundamentales, es decir, reconocidos por la Constitución y, por mor del artículo 5 inciso segundo de la misma, en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

---

<sup>690</sup> La indicación núm. 179 fue planteada por los HH. Senadores señores Bombal, Larrain, Stange y Urenda. Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Discusión Particular, art. 193, págs. 201-02.

Con todo, cabe destacar que en los trabajos parlamentarios existió algún grado de confusión sobre la materia, en tanto en el primer trámite, ante la Cámara de Diputados, cuando se discutió acerca de la necesidad del perjuicio como presupuesto de la nulidad procesal, se hizo hincapié en que el término nulidad “dice relación a todo aquello que en la ritualidad procesal afecta las normas del *debido proceso*”, para más adelante señalarse que: “la nulidad, históricamente, no se vincula al concepto de debido proceso, sino al concepto de ritualidad. El concepto de legalidad del proceso es formal. El concepto de debido proceso es substancial. No tiene que ver con los ritos, sino con ciertos valores del sistema. Está constituido por las garantías individuales básicas, como la presunción de inocencia, el derecho a un tribunal imparcial, el derecho a ser oído, etc.”. Cfr. *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados*, Discusión Particular, art. 193, pág. 305.

Simplemente dejamos constancia de este capítulo de la discusión porque, evidentemente, el tenor del artículo 160 CPPCh y el sentido que a la misma se le dio en el Senado en términos de incardinarse en el artículo 8 CADH, no admite mayor discusión en torno a afirmar que la nulidad procesal resulta aplicable no sólo a los casos de inobservancia de formas procesales que vulneren las garantías de un debido proceso,

Siendo así, claramente está hipótesis de “prueba irregular” se identifica en buena parte con la otra constituida por la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, esto es, con lo que nosotros denominamos “prueba ilícita” en sentido estricto. Ejemplo de ello serán todas las autorizaciones judiciales que ordenen diligencias de investigación que afecten derechos que la Constitución asegura al imputado o a terceros (artículo 9 CPPCh) y que sean posteriormente declaradas nulas, como sería una autorización de entrada y registro en lugar cerrado fuera de los casos que prescribe el artículo 205 CPPCh.

En este punto es posible coincidir nuevamente con Hernández Basualto en afirmar que el rol específico que puede darse en estos eventos a la nulidad procesal es el de impedir la legitimación y consolidación de los efectos de una diligencia de investigación aparentemente válida y legítima por encontrarse precedida de una autorización judicial, validez y legitimación que terminan tan pronto se logre obtener la declaración de nulidad de dicha actuación. Otra posible ventaja, también apuntada por el citado autor, es que, tal como ya lo hemos señalado, los plazos para solicitar la nulidad son breves por lo que todo el material probatorio recopilado en la diligencia ordenada por una autorización judicial declarada nula podrá ser eliminado del procedimiento durante la misma fase de investigación y, por tanto, la más de las veces con antelación a la audiencia de preparación del juicio oral, oportunidad esta última en la que se discutirá la exclusión de prueba<sup>691</sup>.

---

consagradas en los tratados internacionales, en la Constitución o en otras leyes ordinarias en cumplimiento del mandato constitucional.

<sup>691</sup> Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 50.

Si se quiere, se puede concluir que la hipótesis de exclusión de la prueba irregular/ilícita, o sea la proveniente de una actuación judicial declarada nula por aplicación de la presunción de derecho del perjuicio del artículo 160, posee una regulación o protección reforzada: primero por la vía de la nulidad, dentro de los plazos y formas indicadas en el artículo 161 CPPCh y, segundo, por la vía de la exclusión de prueba ilícita *sensu stricto*, en la audiencia de preparación del juicio oral. La ventaja que observamos de la primera vía es que se impide al Ministerio Público hacer acopio de fuentes de prueba irregulares/ilícitas para fundar su convicción acusatoria, lo cual claramente puede determinar el curso del procedimiento en tanto puede llegar a poner en riesgo la posibilidad de este órgano de poder fundar una acusación y más bien obligarlo a ejercer la facultad del artículo 248 letra c) CPPCh, esto es, dentro de los diez días siguientes a su declaración de cierre de la investigación comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Con esta decisión, en la inmensa mayoría de los casos, el procedimiento terminará en ese momento sin llegar, como es evidente, a la fase de preparación del juicio oral<sup>692</sup>.

Con todo, volviendo a la pregunta planteada acerca de si siempre es necesario que se afecte una garantía constitucional para que se declare la nulidad, creemos que la respuesta ha de ser negativa, al menos en el plano teórico, sin atender a las interpretaciones que en la práctica se puedan realizar de estas normas. Primero porque el artículo 159 CPPCh

---

<sup>692</sup> No siempre será sí dada la posibilidad contemplada en el inciso cuarto del artículo 258 CPPCh, que faculta al querellante particular a solicitar al JG autorización para acusar y sostener por sí solo la acusación en lo sucesivo en los mismos términos que lo podría hacer el ministerio público.

identifica el perjuicio con el hecho de que el vicio “atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”, sin establecer la fuente normativa que sustenta esa posibilidad de actuación pudiendo, en consecuencia, ser de rango constitucional pero también meramente legal. Segundo, porque el artículo 160 CPPCh, al establecer la presunción de derecho del perjuicio, señala que la infracción debe haber “impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o *en las demás leyes de la República*”. Esta última frase impone aceptar que una infracción a una norma de rango meramente legal puede igualmente dar lugar a la nulidad procesal.

De ahí que en un intento por deslindar las hipótesis contempladas en los artículos 159 y 160 CPPCh, Carocca Pérez considere que el perjuicio a que se refiere el artículo 159 CPPCh se debe traducir en una desventaja respecto de las posibilidades de obtener una decisión favorable<sup>693</sup>. Coincidiendo con esta opinión, López Masle postula que el perjuicio exigido en el artículo 159 CPPCh se refiere a la posibilidad de que la inobservancia formal tenga la aptitud de influir final y sustancialmente en los dispositivo de la sentencia, mientras que el artículo 160 CPPCh lo que hace es establecer, mediante una presunción de derecho, que tal perjuicio *siempre* se va a producir cuando la infracción “hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución y demás leyes de la República”, liberando en tal caso a la parte afectada de la carga de probar la existencia del perjuicio, privilegiándose de esta manera la protección de

---

<sup>693</sup> CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual el nuevo...*, cit., págs. 149-50.

las garantías constitucionales y legales con prescindencia del efecto que su infracción hubiere tenido en la resolución de la controversia<sup>694</sup>.

Señalar finalmente que en nuestra opinión y para el específico ámbito de la afectación de garantías procesales de rango constitucional, el debate puede incluso carecer de relevancia práctica a la luz de la actual Constitución chilena. Lo anterior porque, salvo la consagración expresa en su artículo 19 su núm. 3 del derecho de defensa (incisos primero a cuarto); del derecho al juez legal o natural (inciso quinto); del derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos, encomendando al legislador ordinario el establecimiento de las garantías que lo integran (inciso sexto); y núm. 7 letra f) del derecho del imputado o acusado a no ser obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio, la CCh no establece un catálogo de garantías procesales, encontrándose la mayor parte de ellas reconocidas en los tratados internacionales o en el propio CPPCh, incluyendo a la presunción de inocencia, con lo cual la referencia que efectúa el artículo 160 CPPCh a las *garantías y de los derechos* reconocidos en las “*demás leyes de la República*” termina siendo la regla general, en tanto esta expresión abarca los tratados internacionales y las leyes ordinarias como el CPPCh.

### **C) Sujeto legitimado para impetrar la nulidad y nulidad de oficio**

El artículo 162 CPPCh establece que la nulidad sólo puede solicitarla el interviniente perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo. De ello se desprende, que debe tratarse, en el caso

---

<sup>694</sup> LÓPEZ MASLE, Julián, “Los recursos”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 397.

de la prueba irregular/ilícita, del titular de la garantía reconocida por la Constitución, lo cual constituye una restricción para los casos de prueba ilícita *sensu stricto*, por cuanto, tal como vimos anteriormente, con la valoración de la prueba ilícita siempre se verá lesionado su derecho a un proceso con todas las garantías, el de igualdad de armas y, desde luego, el de la presunción de inocencia<sup>695</sup>. Esta probablemente sea la primera consecuencia negativa de la doble regulación que admite la prueba irregular/ilícita en el sistema chileno, por cuanto a nuestro entender basta la sola condición de parte en el proceso para considerarse perjudicado con una actuación judicial viciada que, por ejemplo, disponga la realización de una diligencia de investigación de entrada y registro domiciliario. Con todo, esta restricción en el sistema chileno puede salvarse por la vía de solicitar la exclusión de la fuente de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales en la audiencia de preparación del juicio oral de conformidad al artículo 276 CPPCh.

En cuanto a la posibilidad de que la nulidad pueda ser declarada de oficio el artículo 163 CPPCh sólo la admite para los casos previstos en el artículo 160 del mismo Código, es decir cuando se presuma de derecho el perjuicio. De esta manera, si la infracción no hubiere impedido a alguno de los intervinientes el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos por la Constitución y demás leyes de la República y la nulidad no se hubiere saneado aún, el tribunal sólo puede limitarse a poner en conocimiento del interviniente a quien estimare que la nulidad

---

<sup>695</sup> Cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., pág. 216. En igual sentido se pronuncian, entre otros, PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., pág. 364; ASENIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 85; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho...*, cit., págs. 331-32; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 158; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 125.



le ocasiona un perjuicio la circunstancia de estimar que se ha producido un acto viciado, a fin de que este interviniente proceda como creyere conveniente a sus derechos.

#### **D) Saneamiento y consecuencia procesal de la nulidad**

En torno al saneamiento de la nulidad, el artículo 164 CPPCh establece que la nulidad quedará subsanada si el interviniente perjudicado no solicita su declaración oportunamente, acepta expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto viciado cumple su finalidad respecto de todos los interesados. La única excepción está constituida, como no podía ser de otra manera, por los casos previstos en el artículo 160 CPPCh, es decir, los casos que hemos denominado prueba irregular/ilícita.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 165 CPPCh dispone que la declaración de nulidad del acto acarrea la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren. Siendo así, si se concede una orden judicial de entrada y registro en lugar cerrado fuera de los casos previstos en el artículo 205 CPPCh y la diligencia se ejecuta, encontrándose droga en el domicilio registrado y procediendo a su incautación, la declaración de nulidad de la orden judicial conllevaría a la nulidad de todas las diligencias posteriores hasta la incautación.

De acuerdo al mismo artículo 165, corresponde al tribunal, al declarar la nulidad, determinar concretamente los actos a que ella se extendiere y, siendo posible, ordenar que se renueven, rectifiquen o ratifiquen. Sin embargo, esta última facultad tiene una importante limitación, en tanto la declaración de nulidad no puede retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, salvo en los casos en que ello correspondiere como consecuencia de las reglas del recurso de nulidad.

La indicada norma del artículo 165 aclara este efecto señalando, ejemplarmente, que si durante la audiencia de preparación del juicio oral se declara la nulidad de una actuación realizada durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la reapertura de ésta, como asimismo tampoco podrá retrotraer el procedimiento a la etapa de investigación o de audiencia de preparación del juicio oral cuando la nulidad sea declarada en la audiencia del juicio oral.

En el caso específico de la prueba irregular/ilícita esta limitación resulta especialmente importante si esa nulidad se declara en la audiencia de preparación del juicio oral, porque supone la pérdida irremediable de todos los elementos probatorios que se obtuvieron como consecuencia de la actuación judicial declarada nula, en tanto no existe la posibilidad de retrotraer el procedimiento a la fase de investigación para así poder repetir o rectificar el acto declarado nulo o salvar la omisión en que consistió el vicio de nulidad.

### **3. Fuentes de pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales**

#### **A) Específica regulación positiva de la prueba ilícita *sensu stricto* en el CPPCh**

Tal como lo hemos señalado, el artículo 276 inciso tercero CPPCh dispone que el JG en la audiencia de preparación del juicio oral procederá a excluir las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Sin embargo, esta no es la única norma que regula la exclusión de prueba ilícita *sensu stricto* en el citado cuerpo legal. En efecto, el artículo 220 CPPCh, luego de enumerar los casos en que no procede la incautación de objetos y documentos en razón de provenir de personas

que poseen la facultad de no declarar por parentesco o secreto profesional y de establecer que en caso de duda acerca de la procedencia de la incautación el JG podrá ordenarla por resolución fundada, debiendo ser puestos a su disposición los elementos así incautados, sin previo examen del fiscal o de la policía, a fin de decidir, a la vista de ellos, acerca de la legalidad de la medida, establece en su inciso final que:

“Si en cualquier momento del procedimiento se constatare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos comprendidos en este artículo, *ellos no podrán ser valorados como medios de prueba* en la etapa procesal correspondiente”.

Otra norma relevante es la contenida en el inciso segundo del artículo 334 CPPCh. El inciso primero de esta norma establece la prohibición de lectura en el juicio oral de los registros y documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público, salvo los casos previstos en los artículos 331 y 332 del mismo Código<sup>696</sup>; pero añade, en el referido inciso segundo:

“Ni aún en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”.

---

<sup>696</sup> El citado artículo 331 básicamente contempla cuatro causas que autorizan tales lecturas: indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral en razón de imposibilidad absoluta no previsible; acuerdo de todas las partes y aquiescencia del tribunal; cuando la incomparecencia del testigo, perito o coimputado sea imputable al acusado; y cuando se trate de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el JG. Mientras que el artículo 332 CPPCh autoriza la llamada lectura en apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral.

En materia de lo que la doctrina alemana denomina *prohibiciones de producción de la prueba*<sup>697</sup>, encontramos en el CPPCh normas específicas de prohibiciones de métodos probatorios, que disponen que en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos, tales como métodos prohibidos de investigación o interrogación respecto del imputado durante la fase de investigación (artículo 195 CPPCh) y métodos prohibidos de interrogación a testigos, peritos e imputado cuando este último se allane a prestar declaración durante el juicio oral (artículo 330 CPPCh).

Con base en la interpretación sistemática de estas normas, dedicaremos las líneas siguientes a procurar determinar los alcances de la normativa reguladora de la prueba ilícita *sensu stricto* contemplada en el CPPCh, siguiendo en gran medida la metodología que utilizamos para analizar la misma normativa en la LECRIM española.

## **B) Fundamento de la prueba ilícita *sensu stricto* en Chile**

El fundamento que sustenta la exclusión de la prueba ilícita *sensu stricto* en el sistema chileno, siguiendo la tradición de los sistemas europeos-continetales, claramente es de carácter constitucional, en tanto obedece a la concepción de que los derechos fundamentales ocupan una posición preferente en el ordenamiento jurídico, erigiéndose en pilares de un Estado de Derecho.

A ello se refiere el artículo 5 CCh al establecer como una limitación al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y al imponer a los órganos de Estado el deber de respetar y promover tales derechos, como

---

<sup>697</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 190.

asimismo los artículos 6 y 7 de la Carta Magna, al establecer el primero de ellos que los órganos estatales deben ajustar su acción a la Constitución y normas promulgadas conforme a ella y que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona y, el segundo, que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley y sancionando con nulidad todo acto en contravención a este artículo.

Por su parte, el artículo 19 en general, establece el catálogo de derechos que la Constitución asegura a todas las personas y, en especial, su numeral 3 inciso sexto encomienda al legislador la tarea de establecer las garantías de un procedimiento y de una investigación racionales y justos y su numeral 26, impone al legislador ordinario, encargado de regular, completar o limitar cuando proceda las garantías constitucionales, la prohibición de afectar los derechos en su esencia o de imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

De esta forma, con el establecimiento de la norma del inciso tercero del artículo 276 CPPCh, que expresamente autoriza la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales e incluso al establecer en materia de nulidad procesal una presunción de derecho del perjuicio cuando la infracción hubiese impedido a cualquiera de los intervinientes el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución (artículo 160 CPPCh), el legislador no hace sino reconocer y hacer suyo el principio sentado por la jurisprudencia alemana de que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio y que dicho precio está constituido por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de las personas como condición imprescindible para legitimar el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Este fundamento constitucional de carácter ético y no utilitarista de la exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal penal chileno ha sido también apuntado por la doctrina<sup>698</sup> y la jurisprudencia nacional, señalando al respecto la Corte Suprema, al conocer de un recurso de nulidad fundado en la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, específicamente sustentado en haberse valorado una prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales que había sido expresamente excluida como tal en la audiencia de preparación del juicio oral en virtud del artículo 276 CPPCh, que la garantía constitucional del debido proceso condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, añadiendo que:

“El respeto a los derechos fundamentales y la legitimidad del procedimiento vertebran el proceso entero, tal como lo pone de manifiesto la propia existencia del recurso de nulidad y la extensión de sus causales. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Que bajo este prisma, cuando el tribunal decide admitir una prueba expresamente excluida, valorarla positivamente y fundar en ella una

---

<sup>698</sup> Especialmente, cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, en *Ius et Praxis*, cit., pág. 319; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., págs. 60-61, según el cual el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal chileno es esencialmente ético y está referido a la legitimidad de la acción punitiva del Estado; ZAPATA GARCÍA, María F., *La prueba ilícita*, cit., págs. 40- 55, para quien el fundamento de tal exclusión puede encontrarse en el principio de supremacía constitucional y vinculación directa de la Constitución, derivados de los artículos 5 y 6 CCh, en la garantía del debido proceso del artículo 19 N° 3 inciso sexto CCh y, en definitiva, en la noción de Estado Democrático de Derecho consagrado en el artículo 4 CCh; y MINI MASSONI, Mario, *La prueba...*, cit., págs. 38-39, quien la sustenta en la noción de debido proceso del artículo 19 N° 3 inciso sexto CCh y en la vertiente probatoria de la presunción de inocencia.

decisión de condena, no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido, sino que lo que hace en realidad es *atentar contra la garantía constitucional del debido proceso*, cuya observancia no se agota sólo con la exclusión de prueba obtenida con transgresión de garantías en la audiencia preparatoria del juicio oral sino que, acorde a lo dispuesto en los artículos 276 y 297, puede y debe prescindirse de ella en el litigio mismo”<sup>699</sup>.

Tal como lo comprobaremos en las páginas venideras, todo lo relativo a la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida y su eventual valoración se cimienta en Chile sobre la garantía de un procedimiento e investigación racionales y justos contenida en el artículo 19 núm. 3 inciso sexto CCh, sin hacer referencia alguna a la vulneración que la admisión y posterior valoración de una prueba ilícita ocasiona al derecho a la presunción de inocencia y ello debido a que la vertiente de regla probatoria que posee este derecho fundamental no es considerado ni ha sido desarrollado por la jurisprudencia y doctrina nacional<sup>700</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de que la presunción de inocencia en Chile puede entenderse incorporada dentro de la garantía del artículo 19 núm. 3 inciso sexto CCh, tema sobre el que volveremos más adelante.

---

<sup>699</sup> SCS, 31 mayo 2010, Rol CS N° 1618-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdos. 13° y 14°. (La cursiva es nuestra). En el mismo sentido, entre otras, SSCS, 21 diciembre 2010, Rol CS N° 7918-2010, Redactor Abogado Integrante señor Domingo Hernández E., Cdo. 15° y 16°, GT N° 366, pág. 178; y 24 enero 2011, Rol CS N° 9171-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdo. 6°, GT N° 367, pág. 174; y SCA de San Miguel, 18 noviembre 2008, Rol CA N° 1428-2008, Redactor Ministro señor Héctor Solís Montiel, Cdos. 4°-5°.

<sup>700</sup> Salvo MINI MASSONI, Mario, *La prueba...*, cit., págs. 38-39, quien sustenta la regla de exclusión del inciso tercero del artículo 276 CPPCh en la noción de debido proceso del artículo 19 N° 3 inciso sexto CCh y en la vertiente probatoria de la presunción de inocencia.

**C) Naturaleza jurídica de las garantías fundamentales inobservadas en la obtención de la prueba ilícita *sensu stricto***

**a) Alcance o cobertura que debe dársele a la expresión “garantías fundamentales”**

A diferencia del debate planteado en el caso español sobre la expresión “derechos o libertades fundamentales” utilizada en el artículo 11.1 LOPJ, en Chile no existe discusión alguna en torno a que la expresión *garantías fundamentales* de la que se vale el artículo 276 CPPCh se refiere a los derechos y garantías consagrados en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren en vigor<sup>701</sup>.

Lo anterior, porque ese es el sentido que el constituyente y legislador le han otorgado a la citada expresión en diversas normas, como son el inciso segundo del artículo 5 CCh, donde expresamente se habla de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución así como por los tratados internacionales; el artículo 19 N° 26 CCh; y los artículos del CPPCh números 9, que impone la obligación de autorización judicial previa para efectuar cualquier actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe al imputado o a un tercero de los derechos que la Constitución asegura a todas las personas; 10, que regula la denominada cautela de garantías; 160, que establece la presunción de derecho del perjuicio en la nulidad procesal; y el 373 letra a), que establece como causa de recurso

---

<sup>701</sup> En el mismo sentido, en Chile, entre otros, CAROCCA PÉREZ, Alex, “Una primera...”, en *Ius et Praxis*, cit., pág. 308; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 52; y LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit, págs. 188 y 195.



de nulidad la infracción sustancial durante cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia de derechos y garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales<sup>702</sup>.

**b) Naturaleza sustantiva o procesal de la garantía fundamental inobservada**

Desde luego el artículo 276 CPPCh no distingue el tipo de derecho o garantía fundamental lesionado en cuanto a su naturaleza jurídica, por lo que la norma resulta plenamente aplicable a los casos de fuentes de prueba obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales sean éstas sustantivas o procesales<sup>703</sup>.

---

<sup>702</sup> Pese a que la expresión no se discutió en los trabajos parlamentarios del CPPCh con ocasión del artículo 276, recordemos que cuando se propuso en el Senado eliminar del actual artículo 160 CPPCh (presunción de derecho del perjuicio en la nulidad procesal) la expresión “tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes”, la indicación fue aceptada pero aclarándose que dicha aceptación derivaba exclusivamente de la circunstancia de que la alusión a tratados hacía referencia a las garantías judiciales que contempla el artículo 8 CADH (Pacto de San José de Costa Rica), cuya aplicación obedece a un mandato constitucional directo (artículo 5 inciso 2° CCh), por lo que no requería reiteración legal ni era jurídicamente necesario hacer alusión expresa a los indicados tratados en la norma en discusión. Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Discusión Particular, art. 193, págs. 201-02. Otro tanto se señaló con ocasión de la causa de la letra a) del artículo 373 CPPCh relativa al recurso de nulidad, indicándose a su respecto que “la Comisión resolvió seguir las directrices del Capítulo I de la Constitución Política, y dar competencia anulatoria a la Corte Suprema cuando la sentencia haya infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, II.- Orientaciones de los principales cambios que se han introducido, pág. 20.

<sup>703</sup> En el mismo sentido, en Chile, CAROCCA PÉREZ, Alex, “Una primera...”, en *Ius et Praxis*, cit., pág. 310.

Dado el necesario nexo causal que debe existir entre la inobservancia de las garantías fundamentales y la *obtención* de la fuente de prueba, lo más frecuente será que los derechos fundamentales de naturaleza procesal puedan ser principalmente lesionados en fase procesal, mientras que los de naturaleza sustantiva lo puedan ser en fase preprocesal y sólo excepcionalmente en fase procesal.

Atendido lo anterior, creemos que más relevante que debatir acerca de si para construir la noción de prueba ilícita tiene relevancia o no la naturaleza sustantiva o procesal de la garantía fundamental vulnerada porque, tal como lo hemos visto, dicha naturaleza es irrelevante para dicha construcción, es precisar qué específica garantía fundamental se ha inobservado, advirtiendo que son más escasos los supuestos en que la inobservancia de un derecho fundamental de naturaleza procesal sea *la causa* directa de la obtención de un material probatorio, lo que ciertamente podrá ocurrir si se infringen respecto del imputado los derechos a ser informado de la acusación formulada, a la defensa jurídica, a guardar silencio y, en caso de decidir declarar, no hacerlo bajo juramento y, en general, los derechos a no autoincriminarse y a no declarar por razones de parentesco o secreto.

El criterio del referido nexo de causalidad permite identificar con mayor precisión cuál es la real naturaleza jurídica de la garantía infringida para de esta forma fundar correcta o adecuadamente la respectiva solicitud de exclusión de la fuente de prueba obtenida por la

vía del artículo 276 CPPCh o la causa de la letra a) del artículo 373 CPPCh del recurso de nulidad contra la sentencia definitiva.

Adaptando a la normativa chilena el ejemplo dado por Díaz Cabiale y Martín Morales<sup>704</sup>, no se afectan las mismas garantías en un caso de entrada y registro domiciliario sin orden judicial y en otro donde se cuente con la correspondiente orden pero en el que la diligencia misma se verifica de manera irregular. En el primer caso el fundamento de la ilicitud de las fuentes de prueba obtenidas en esta entrada y registro domiciliario será la infracción de la garantía fundamental de inviolabilidad del hogar del artículo 19 N° 5 CCh, mientras que en el segundo caso lo que se infringe en verdad es el derecho de defensa y las garantías de un procedimiento y de una investigación racionales y justos del 19 N° 3 inciso sexto CCh.

**c) La garantía del “debido proceso” como fundamento último de la prueba ilícita en Chile**

Otra cuestión relevante relacionada con la naturaleza jurídica de la garantía fundamental inobservada en la obtención de la fuente de prueba o en la práctica del medio de prueba es el alcance que en el sistema chileno posee la garantía del *debido proceso*. Recordemos sobre el punto que el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Carta Magna garantiza que toda sentencia jurisdiccional ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y encomienda al legislador ordinario establecer las garantías de un *procedimiento y de una investigación racionales y justos*.

Sobre este punto cabe plantearse dos interrogantes esenciales. La primera relativa al concreto contenido que debe asignársele a la garantía del debido proceso en general y en el sistema chileno en particular; y la segunda, referida a si la infracción de una norma establecida por el

---

<sup>704</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN

legislador ordinario en cumplimiento de este mandato constitucional puede dar lugar a la ilicitud de la prueba en sentido estricto, lo que equivale a preguntarnos por el alcance de esta garantía en el ámbito de la legislación ordinaria, cuestión esta última que alguna doctrina nacional también se ha planteado<sup>705</sup>.

Dejando de lado, por exceder de los fines del presente trabajo, la exposición de la amplia discusión en torno a la determinación del concreto contenido y alcance de la noción de debido proceso<sup>706</sup>, apuntemos tan sólo que nos adscribimos a la postura doctrinal que parte por asignarle a este derecho fundamental completa *autonomía* respecto de otras garantías procesales constitucionalizadas y termina por atribuirle un marcado *carácter residual y subsidiario*, en tanto se encontraría integrado por aquellas garantías procesales *atípicas*, esto es, aquellas que no encuentran reconocimiento expreso en el texto constitucional, cumpliendo con ello una función integradora a su respecto<sup>707</sup>.

En el caso chileno el catálogo de la garantías específicamente procesales *típicas*, o sea, expresamente reconocidas en la Constitución, es

---

MORALES, Ricardo, cit., págs. 168-70.

<sup>705</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 55.

<sup>706</sup> Tema sobre el cual puede verse una excelente síntesis en CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía, “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, págs. 153-78.

<sup>707</sup> Cfr. CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía, “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, cit., pág. 160. En igual sentido, previamente, PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., pág. 131; y, aunque en términos un tanto amplios, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. Lectura constitucional*, cit., pág. 28.

más bien escaso<sup>708</sup>, por lo que la garantía del debido proceso adquiere un contenido mucho más amplio del que podría asignársele en el derecho comparado, por ejemplo, en el caso español donde la previsión expresa del artículo 24 CE de una serie de garantías procesales impide que las mismas puedan considerarse, a su vez, como integrante del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>709</sup>.

En la determinación de las *garantías procesales atípicas* la doctrina apunta a las dos fuentes posibles de las mismas: los tratados internacionales y la legislación ordinaria en tanto establezca exigencias procesales que se consideran esenciales o básicas pese a no tener reconocimiento específico en la Constitución o Pactos o Convenios supranacionales<sup>710</sup>. Siendo así, la garantía del debido proceso en Chile estaría integrada, por una parte, por las garantías procesales consagradas en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren en vigor, cuya aplicación directa deriva del artículo 5 inciso segundo CCh y dentro de los cuales se encuentran principalmente los artículos 14

---

<sup>708</sup> Las que se encuentran principalmente en el artículo 19 CCh: el derecho a la defensa jurídica y la gratuidad de la misma en su caso (Nº 3 incisos 2º y 3); el derecho irrenunciable del imputado a ser asistido por un abogado de su confianza o nombrado por el Estado (inciso 4º); la garantía del juez legal o natural (Nº 3 inciso 5º); la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal (Nº 3 inciso 7º), que no es más que un aspecto muy elemental del amplio contenido de la presunción de inocencia; algunos aspectos procesales relativos al derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (Nº 7); el derecho del imputado o acusado en causa criminal a no declarar bajo juramento sobre hecho propio y el derecho de terceros a no declarar contra éste en razón de parentesco u otra causa legal (Nº 7 letra f).

<sup>709</sup> En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía, “El derecho...”, en *Cuadernos de Derecho Público*, cit., pág. 162, quien sostiene que: “Negativamente, por tanto, no podrá acudir al artículo 24 de la CE en este concreto y complejo contenido existiendo derechos específicos. La subsidiariedad se traduce y resuelve fundamentalmente en una relación de exclusión”.

<sup>710</sup> Cfr., por todos, CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía, “El derecho...”, en *Cuadernos de Derecho Público*, cit., pág. 162.

PIDCP y 8 CADH o Pacto de San José de Costa Rica. Y, por la otra, por todas aquellas garantías procesales consagradas en las leyes ordinarias, principalmente en el CPPCh, que puedan considerarse exigencias esenciales del proceso penal de un Estado de Derecho y que en el caso chileno constituyen un extenso catálogo dado el alto compromiso que se impuso el legislador de 2000 con los derechos fundamentales en el CPPCh<sup>711</sup>.

Dentro de estas garantías procesales *atípicas* que integrarían el debido proceso o un proceso racional y justo se encuentran, de manera especial, la presunción de inocencia consignada en los artículos 14 PIDCP, 8 CADH y 4 CPPCh y la ineficacia de la prueba ilícita del artículo 276 CPPCh, por lo que cada vez que se admite en el proceso penal y se valora positivamente una prueba ilícita en Chile, además de la garantía sustancial infringida, lo que se vulnera en último término y en todo caso es precisamente la garantía de un debido proceso y la presunción de inocencia si la condena se ha basado exclusivamente en dicha prueba, en tanto este último derecho impone que la prueba idónea para desvirtuarla debe haber sido, en primer término, obtenida y practicada con respeto de los derechos fundamentales.

Entre tanto no se modifique la CCh, estableciendo de manera expresa un amplio catálogo de garantías procesales, lo cierto es que

---

<sup>711</sup> Tal como se deja constancia en el Mensaje de este Código, al señalar que la reforma procesal penal impartida obedece a la necesidad de adecuar el conjunto de las instituciones de la administración de justicia penal a los procesos de desarrollo político y económico que ha experimentado Chile en las dos últimas décadas del siglo XX, centrándose el primero de ellos en la “consolidación en el país del modelo democrático, el que a su vez exige el respeto a los derechos humanos como un principio fundamental de legitimidad”, imponiendo las exigencias de una “justicia accesible, imparcial, igualitaria y que maximice las garantías”.

resulta inevitable en el sistema chileno el efecto de yuxtaposición de garantías como la presunción de inocencia, ineficacia de la prueba ilícita y el debido proceso.

Conviene en este punto conocer la opinión jurisprudencial en Chile acerca de la garantía de un debido proceso que la misma acuerda ubicar en el artículo 19 N° 3 inciso sexto. En este sentido podemos constatar que la jurisprudencia, específicamente la Corte Suprema, no es muy precisa a la hora de definir jurídicamente esta garantía, sosteniendo un concepto amplísimo de la misma, imprecisión que pasa a ser secundaria ante la extensa protección que el Alto Tribunal pretende otorgar sosteniendo tan amplia noción. Lo anterior queda demostrado en pronunciamientos de la Corte Suprema como el que sigue:

“En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, no hay discrepancias en admitir que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile, actualmente en vigor, y las leyes, le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones ante los tribunales, que sean escuchados, que puedan protestar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros”<sup>712</sup>.

---

<sup>712</sup> SCS, 24 enero 2011, Rol CS N° 9171-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdo. 14°, GT N° 367, pág. 174. En el mismo sentido, previamente, SSCS, 19 mayo 2009, Rol CS N° 1414-2009, Redactor Abogado Integrante señor Ricardo Peralta Valenzuela, Cdo. 23°; 31 mayo 2010, Rol CS N° 1618-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdo. 6°; y 21 diciembre 2010, Rol CS N° 7918-2010, Redactor Abogado Integrante señor Domingo Hernández E., Cdo. 8°, GT N° 366, pág. 178.

Para responder a la segunda interrogante, relativa a la determinación del alcance de la garantía del debido proceso cuando lo que se infringe es una norma infraconstitucional que consagra alguna garantía procesal, hay que tener presente la particularidad del sistema chileno en cuanto, por una parte, a la ya referida parquedad de la Constitución en materia de garantías procesales y, por otra, a la amplitud con que el CPPCh las establece. Teniendo estos dos elementos presentes, la única posibilidad que resulta coherente con el sistema de garantías que establece el Código del ramo es elevar la infracción de las exigencias procesales esenciales y garantías que este último cuerpo normativo establece al rango de infracción constitucional por la vía de considerarlas garantías atípicas que integran la noción de debido proceso del artículo 19 núm. 3 inciso sexto CCh.

Así lo ha venido entendiendo también la jurisprudencia chilena al considerar, por ejemplo, que la infracción al derecho del imputado a ser informado de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, consagrado sólo en el artículo 93 letra a) CPPCh y no en la Constitución, acarrea la ilicitud de la prueba derivada de dicha infracción<sup>713</sup>.

---

<sup>713</sup> El caso se planteó porque el JG en el auto de apertura del juicio oral excluyó, en virtud del artículo 276 inciso 3º CPPCh, como prueba para ser rendida en el juicio oral la declaración de los dos funcionarios policiales que presenciaron la declaración que voluntariamente se allanó a prestar ante el Fiscal el detenido. El auto de apertura del juicio oral ordenó limitar la declaración de los referidos agentes policiales, en términos de que en ella no podían referirse a la declaración prestada por el imputado previamente, aplicando el mecanismo de origen jurisprudencial, que no legal, denominado *exclusión temática del testimonio*, sistema al que nos referiremos más adelante. Esta exclusión temática o parcial de la prueba testimonial se basó precisamente en la circunstancia de que la declaración del imputado se había obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, entre las cuales figura la de que debe dársele a conocer previo a prestar declaración todos los derechos que acuerda al



A mayor abundamiento, para determinar los límites de la tarea encomendada al legislador ordinario de establecer las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos en términos de poder deslindar las infracciones de la garantía de un debido proceso de las infracciones a normas meramente legales o, lo que es lo mismo, donde termina la infracción de una norma constitucional y donde empieza la de una norma meramente legal, es posible utilizar los criterios propuestos por Díaz Cabiale y Martín Morales para dilucidar si para aplicar la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ debe violarse sólo la regulación constitucional del derecho fundamental o también su desarrollo legal. Recordemos que los citados autores, para establecer la línea divisoria entre los planos de constitucionalidad y de legalidad proponen la utilización conjunta de los dos siguientes criterios: a) *correspondencia específica* y b) *intensidad constitucional*, tema al que ya nos hemos referido<sup>714</sup>, reconociendo que la aplicación del primero de los citados criterios se dificulta enormemente en el caso chileno en materia de garantías fundamentales de naturaleza procesal dada la ya indicada

---

imputado el artículo 135 CPPCh, lo que no se cumplió en este caso dado que en el acta leída en la audiencia de preparación del juicio oral relativa a esa declaración sólo constaba que se informó al imputado de su derecho a guardar silencio y a ser asistido por un abogado, omitiéndose informarle de manera específica y clara acerca del derecho consignado en la letra a) del artículo 93 CPPCh. Ante esta exclusión el Ministerio Público impugnó el auto de apertura mediante recurso de apelación, siendo finalmente denegado por considerar la I. Corte de Apelaciones que se estaba en presencia de una grave inobservancia de garantías fundamentales que ocasionaba la ilicitud de toda la prueba derivada de la declaración en cuestión, con lo cual confirmó íntegramente el auto de apertura del juicio oral impugnado. SCA de Puerto Montt, 3 abril 2009, Rol CA N° 36-2009, Redactor Fiscal Judicial señora Mirta Zurita Gajardo, Cdo. 6°. En el mismo sentido, previamente, SSCA de La Serena, 12 noviembre 2003, Rol CA N° 565-2003, Redactor Abogado Integrante señor Jaime Oda Ottone, Cdo. 3°; y de Talca, 15 diciembre 2003, Rol CA N° 1191-2003, Redactor Ministro señor Víctor Stenger Larenas, Cdo. 2° a 4°.

parquedad que acusa la Constitución chilena en lo referente a esta clase de garantías.

**D) Alcance de las expresiones “obtenidas” y “con inobservancia” utilizadas por el artículo 276 CPPCh**

**a) “Obtenidas”**

En el plano dogmático nos adscribimos, por una parte, a la *noción amplia* de la expresión “obtenidas” que utiliza el artículo 276 CPPCh, lo que equivale a afirmar que la vulneración de las garantías fundamentales que determina la ilicitud de una fuente o de un medio de prueba puede producirse durante la búsqueda y recogida de las primeras o durante la admisión y práctica de los segundos. Y, por la otra, a la exigencia de una *relación de causalidad* entre la vulneración de la garantía fundamental y la recogida, admisión o práctica de la fuente o medio de prueba, según corresponda, en términos tales que la primera sea *la causa* de la prueba que se cuestiona.

Dado que ya nos hemos referido a estos dos requisitos con anterioridad<sup>715</sup>, creemos más interesante revisar el estado de la jurisprudencia nacional sobre estos puntos.

En torno a la noción amplia de la expresión “obtención” del artículo 276 CPPCh, la jurisprudencia nacional parece también adscribirse a la misma al señalar que:

“La prueba ilícita es aquella en la que en su *origen* o *desarrollo* se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; por el contrario, si en su

---

<sup>714</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 211-22. Véase *supra* núm. V, 2, C del presente Capítulo.

<sup>715</sup> Véase *supra* núm. V, 2, A del presente Capítulo.

*origen o desarrollo* no se ha vulnerado derecho o libertad fundamental alguna, la prueba será lícita”<sup>716</sup>.

Por otra parte, la necesidad de nexo de causalidad entre la vulneración de las garantías fundamentales y la obtención del material probatorio, también ha sido considerada por la jurisprudencia como elemento esencial de la construcción de la noción de prueba ilícita señalando, por ejemplo, que:

“Para determinarse la exclusión de una prueba ilícita debe establecerse una concreta relación causal entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la calidad de esa relación. Por lo anterior, si no existe relación causal entre la detención ilegal derivada de un erróneo control de identidad y la flagrancia que motivó la actuación siguiente de la policía, toda vez que esta última se ajustó a la ley procesal vigente, ya que el acusado, en un acto voluntario, se desprendió de la droga que portaba y la arrojó en presencia de una funcionaria policial, ello implica que tanto el testimonio que dicha funcionaria preste en juicio, así como la incautación de la droga, no son actuaciones que se hayan teñido con la ilicitud de la detención declarada ilegal”<sup>717</sup>.

La mayor cantidad de pronunciamientos jurisprudenciales nacionales sobre la necesidad del referido nexo de causalidad entre la inobservancia de las garantías fundamentales y la obtención de material probatorio los encontramos incardinados dentro de la doctrina de la *independent source doctrine* o doctrina de la fuente independiente, tema

---

<sup>716</sup> STJOP de Curicó, 18 octubre 2008, RIT N° 40-2008, Redactor Juez señor Roberto García Gil, Cdo. 11°. (La cursiva es nuestra).

<sup>717</sup> SCS, 11 diciembre 2009, Rol CS N° 5435-2007, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdos. 9°-10°. Utilizamos el extracto propuesto por la base de datos <http://www.legalpublishing.cl>

al que nos vamos a referir más adelante dado que se enmarca dentro de las excepciones a la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”, constatando con ello que el tema específico al que nos estamos refiriendo no ha sido estudiado ni desarrollado mayormente por la jurisprudencia chilena, aunque sí ha sido puesto de relieve por alguna doctrina nacional<sup>718</sup>.

Sin embargo, encontramos un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 28 de agosto de 2008, que destacamos porque, refiriéndose el fallo a la doctrina de la fuente independiente, estudia incidentalmente el significado de la expresión “obtenida”, dándole un sentido que no consideramos acertado:

“Que tanto del tenor literal, cuanto del sentido de la norma del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, se desprende que la exclusión de prueba allí regulada (...), dice relación con aquélla que es “obtenida” con inobservancia de garantías fundamentales. Es decir, cuando en el proceso o actividad encaminada a obtener evidencia probatoria se vulneran derechos fundamentales. *Presupuesto básico* es entonces, que el acto vulneratorio, tenga como *finalidad* la obtención de prueba”<sup>719</sup>.

Tal como lo hemos destacado anteriormente, lo relevante en materia de la prueba ilícita es que la infracción a las garantías fundamentales se haya producido efectivamente y que sea *la causa* de la obtención del material probatorio y no que la actuación en que dicha infracción se produjo tenga o no por finalidad específica la obtención del

---

<sup>718</sup> Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., págs. 56-58; y MINI MASSONI, Mario, *La prueba...*, cit., págs. 34-35.

<sup>719</sup> SCA de San Miguel, 28 agosto 2008, Rol CA N° 1247-2007, Redactor Ministro señora Rosa Egnem Saldías, Cdo. 5°.

material probatorio. Lo anterior, porque bien puede tratarse de una actuación cautelar, tal como una detención, o de una actuación meramente preventiva, como sería un control de identidad y, no obstante ello, obtenerse material probatorio en el marco de su ejecución, siendo posteriormente declaradas ilegales dichas actuaciones. A mayor abundamiento, entre los argumentos que arguye el fallo que citamos para no considerar ilícita la prueba se encuentra el de la naturaleza cautelar de la detención, cuando lo que realmente tenía ante sí era un caso de fuente independiente, ya que las fuentes de prueba tachadas de ilicitud se habían obtenido en el marco de un control de identidad previo, ejecutado con total observancia del artículo 85 CPPCh, procedimiento que culminó con el hallazgo en poder del imputado de un arma de fuego disponiéndose, en consecuencia, su inmediata detención<sup>720</sup>.

**b) “Con inobservancia”**

---

<sup>720</sup> Tal como lo demuestran los siguientes dos considerandos del citado fallo (sic.): “SEXTO: Que desde esta perspectiva, resulta del todo ajeno al texto fundante de la resolución en alzada, pretender que la declaración de ilegalidad de la medida cautelar de detención *–que en modo alguno persigue o tiene por finalidad la obtención de evidencia probatoria sino que como se acaba de explicar, es de exclusiva naturaleza cautelar–* pueda producir el efecto de teñir de ilicitud las evidencias producidas en forma previa al momento en que se dispone y concreta la detención. SÉPTIMO: Que en consecuencia, si a mayor abundamiento de lo hasta aquí dicho se consigna que, tanto por la distinta finalidad que inspira al acto procesal de la cautelar de detención propiamente tal, en relación a los otros actos de la investigación destinados a la obtención de evidencias probatorias, cuanto que, por resultar en la especie la detención declarada ilegal el acto o etapa final del proceso investigativo llevado a cabo el 5 de diciembre de 2006, del que evidentemente no pudo derivar, desmembrarse o provenir ninguna de las pruebas excluidas y estando, por ende, del todo ausente una relación de causalidad entre la detención y aquéllas, no cabe sino concluir que en la obtención de las evidencias de prueba materia de la apelación no se ha procedido con inobservancia de garantías fundamentales, razón por la que la decisión apelada deberá ser enmendada”. (La cursiva es nuestra).

De acuerdo al DRAE “observar” significa “guardar y cumplir exactamente lo que se manda y ordena”, mientras que “exactamente” significa “con exactitud” y “exactitud” es definida como “puntualidad y fidelidad en la ejecución de algo”.

De ello resulta que el legislador chileno ha ocupado una expresión que engloba cualquier alejamiento del respeto y cumplimiento *exacto* de la garantía fundamental y, por tanto, de la normativa que la establece y desarrolla constitucional y legalmente.

Esta interpretación meramente literal y terminológica se puede, además, sustentar en una de carácter sistemático de las normas constitucionales y legales. En efecto, el artículo 9 CPPCh dispone:

“Toda actuación del procedimiento que *privare* al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo *restringiere o perturbare*, requerirá de autorización judicial previa”<sup>721</sup>.

Esta fórmula se repite, además, en el artículo 4 LOCMP y ambas provienen, a su vez, del actual artículo 83 CCh que dispone que:

“El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que *priven* al imputado o a terceros del ejercicio de los

---

<sup>721</sup> La cursiva es nuestra. Esta norma venía en el proyecto original de CPPCh pero bajo el número 267. Fue en el segundo trámite constitucional ante el Senado y durante la discusión del artículo 7 del proyecto, que se decidió trasladar el artículo 267 al Título I del Libro Primero del nuevo Código, dentro de los principios básicos, donde pasó a constituir un solo artículo, el número 9. Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, I, Discusión Particular, art. 7, diario de sesiones del Senado, pág. 45

derechos que esta Constitución asegura, o lo *restrinjan o perturben*, requerirán de autorización judicial previa”<sup>722</sup>.

Acorde con el conjunto de estas normas se puede concluir que el ámbito o intensidad de la afectación de las garantías fundamentales que exige la prueba ilícita en Chile admite el máximo de gradaciones, pudiendo consistir en la privación, restricción o mera perturbación de las mismas, lo cual nos parece un criterio acertado adoptado por el constituyente y seguido por el legislador ordinario en el indicado Código y leyes relacionadas.

**E) Naturaleza jurídica de la norma de exclusión de la prueba ilícita en Chile: ¿prohibición de admisibilidad o de valoración?**

Tal como lo hemos señalado anteriormente, en nuestra opinión la prueba ilícita no sólo no debe ser admitida en el proceso sino que, de ser eventualmente admitida y practicada, sus resultados probatorios no pueden ser aprovechados, con lo cual en el plano teórico participamos de la idea de que la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye prioritariamente una prohibición de admisión y sólo si tal prueba logra traspasar la fase de admisión, la regla de exclusión se convierte en una prohibición de práctica y, en último término, de valoración.

Sin embargo, este tema que para nosotros es evidente y claro, no lo es tanto para una importante parte de la jurisprudencia y doctrina

---

<sup>722</sup> La cursiva es nuestra. Esta norma fue incorporada a la CCh por la ley 19.519, de 16 de septiembre de 1997, bajo el número 80 A, en el marco de la primera modificación para adecuar la Constitución a la entonces futura reforma procesal penal. Concretamente mediante esta ley se creó el Ministerio Público en Chile, introduciendo un nuevo capítulo a la Constitución relativo a este órgano autónomo.

nacional, tal como lo pasamos a revisar en las líneas venideras.

**a) La regla de exclusión de la prueba ilícita como prohibición de admisión. Cauce procesal**

La naturaleza de *prohibición de admisión* de la regla de exclusión de la prueba ilícita consagrada en el artículo 276 inciso tercero CPPCh es una cuestión absolutamente incuestionable, dado el propio tenor de la citada norma, cuanto por la oportunidad y tribunal ante el cual se discute este tema: dentro de la audiencia de preparación del juicio oral y ante el Juez de Garantía.

Recordemos que a la audiencia de preparación del juicio oral se llega con a los menos la acusación del Ministerio Público, que entre otras menciones debe contener el señalamiento de los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio (artículo 259 letra f CPPCh). A este escrito fundamental puede sumársele la adhesión a la acusación del ministerio público o la acusación particular del querellante, escritos que también contemplan un capítulo relativo al ofrecimiento de las pruebas que el querellante particular estimare necesarias para sustentar su acusación (artículo 261 letra c CPPCh).

Por su parte, el artículo 276 inciso primero CPPCh dispone que el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas impertinentes, o destinadas a acreditar hechos públicos y notorios o se limite la prueba testimonial o documental que el tribunal estimare que produciría efectos puramente dilatorios.

Del mismo modo, continúa el inciso tercero de la norma en referencia, el juez excluirá la prueba derivada de actuaciones o



diligencias declaradas nulas o la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

El carácter de prohibición de admisión de esta regla de exclusión quedó, además, claramente establecida en la historia fidedigna del CPPCh, en tanto en el segundo trámite parlamentario ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado se dejó constancia del propósito que persigue la norma, señalándose al respecto lo siguiente:

“[E]l propósito obedece a que esta audiencia [la de preparación del juicio oral] debe fijar el contenido del juicio oral, y precisamente se trata de *evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas* que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos”<sup>723</sup>.

Es decir, el legislador chileno tuvo especialmente presente todos los argumentos que fundamentan la conveniencia de inadmitir la prueba ilícita del juicio oral y a los que ya nos hemos referido<sup>724</sup>, entre los cuales se cuenta principalmente el de evitar el llamado efecto psicológico que tal prueba puede ejercer en la mente de los sentenciadores.

A mayor abundamiento y con el objetivo de velar por la ausencia de este efecto psicológico el legislador, además, no incluyó dentro de las menciones del auto de apertura del juicio oral la enunciación de las pruebas que resultaron excluidas en razón de ilicitud, sino sólo la de

---

<sup>723</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, I, Discusión Particular, art. 341, diario de sesiones del Senado, págs. 305-06. (La cursiva es nuestra).

<sup>724</sup> Véase *supra* núm. V, E, a) del presente Capítulo.

aquellas que deberán rendirse en el juicio oral, o sea, sólo las admitidas<sup>725</sup>.

Otra cuestión relevante, es señalar que durante el segundo trámite parlamentario del proyecto de CPPCh la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordó que cada vez que el juez de garantía rechazara una prueba ofrecida por las partes, debía hacerlo *fundadamente*, para facilitar su revisión por parte de otro tribunal en caso de ser procedente, acuerdo que se materializó en la redacción dada al inciso primero del artículo 276 CPPCh<sup>726</sup>.

Con relación a los recursos contra el auto de apertura del juicio oral que acuerda la exclusión de prueba ilícita, debemos señalar que, dado que en principio la única prueba ilícita que puede excluirse en el sistema chileno es la de cargo, tal como lo analizaremos más adelante, el inciso segundo del artículo 277 CPPCh establece que esta resolución sólo será susceptible de recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de prueba.

**b) La regla de exclusión de la prueba ilícita como prohibición de valoración. Cauce procesal**

El tema es mucho más polémico en este punto, por lo que su análisis lo sistematizaremos en las dos posibles hipótesis que pueden presentarse y cuyas formulaciones pasaremos enseguida a aclarar dado la aparente confusión en sus términos: a) valoración de una prueba ilícita inadmitida en la audiencia de preparación del juicio oral; y b) no

---

<sup>725</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 193.

<sup>726</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado*, I, Discusión Particular, art. 341, diario de sesiones del Senado, pág. 306.

valoración de una prueba por estimar el tribunal sentenciador que es ilícita, no obstante haber sido admitida en la audiencia de preparación del juicio oral o por manifestarse la ilicitud en la propia audiencia de juicio oral.

#### **a’) Valoración de una prueba ilícita inadmitida en la audiencia de preparación del juicio oral**

Hemos planteado esta hipótesis porque en la práctica se han presentado casos que han obligado a la Corte Suprema a aclarar aquello que nos parece meridianamente claro: si la prueba no fue admitida en razón de ilicitud, su exclusión del juicio oral debe ser absoluta y, desde luego, de imposible valoración por el TJOP y esto último especialmente porque el efecto propio de esta exclusión previa es que el tribunal sentenciador ni siquiera se llegue a enterar de la existencia de esta prueba.

A mayor abundamiento, en la historia fidedigna del establecimiento del régimen de recursos en contra del auto de apertura del juicio oral, se acordó establecer un recurso de apelación sólo a favor del fiscal por la exclusión de pruebas de cargo por nulidad o ilicitud, señalándose a continuación:

“De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos *que no podrá después valorar*”<sup>727</sup>.

---

<sup>727</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, I, Discusión Particular, art. 341, diario de sesiones del Senado, pág. 306. (La cursiva es nuestra).

De esta manera queda claro que la regla de exclusión del artículo 276 inciso tercero CPPCh no sólo constituye una prohibición de admisibilidad y de producción sino también y, en último caso, una prohibición de valoración<sup>728</sup>.

Pero tal como hemos advertido, lo que es claro en el plano legal y teórico, no siempre lo es en el práctico. La situación se ha planteado con ocasión del ofrecimiento por parte del ministerio público de prueba testimonial de *referencia*, consistente en la declaración de agentes policiales que presenciaron una declaración inculpatoria del acusado efectuada en fase de investigación.

Para entender cómo es posible que esta prueba testimonial llega a ser producida en el juicio oral, es menester realizar algunas aclaraciones previas en relación al régimen de la declaración del imputado en la fase de investigación, para lo cual hemos de distinguir:

a) Ante la policía: El artículo 91 CPPCh dispone que, en principio la policía no puede interrogar autónomamente al imputado. Sólo podrá hacerlo cuando el imputado se encuentre asistido por su defensor, en caso contrario el interrogatorio sólo deberá limitarse a constatar la identidad del sujeto.

Sin embargo, continúa el citado artículo 91, si no obstante la ausencia del defensor el imputado manifiesta su deseo de declarar, la declaración debe hacerse ante el fiscal, adoptando la policía las medidas

---

<sup>728</sup> En contra de esta opinión se encuentra Sic. LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., nota núm. 301, pág. 201, según el cual “Lo cierto es que el art. 276 CPP no contiene ninguna referencia a la valoración de la prueba, sino exclusivamente a su admisibilidad. Se trata, entonces, en el mejor de los casos, de una *prohibición general de producción de la prueba* y no de una prohibición de valoración”.

necesarias para que esta declaración se preste inmediatamente. Si no es posible que el fiscal concurra a tomar la declaración, la policía podrá consignar las declaraciones que el imputado se allane a prestar, pero bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal y, en todo caso, pudiendo el defensor incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

b) Ante el fiscal: de conformidad al artículo 194 CPPCh, si el imputado se *allana* a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales aplicables y los antecedentes que la investigación arroje en su contra.

Acto continuo, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuye no pudiendo, en todo caso, negarse a proporcionarle al ministerio público su completa identidad, debiendo responder a las preguntas que sobre su identificación se le formularen.

Todas estas declaraciones, sean ante la policía o ante el fiscal, han de efectuarse previa información al imputado de sus derechos legales y constitucionales, especialmente el de guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración sobre hecho propio, a no ser obligado a hacerlo bajo juramento, derechos éstos garantizados en el CPPCh en sus

artículos 93, 135, 97 y 194, amén del artículo 19 núm. 7 letra f) CCh, respecto del derecho a no declarar sobre hecho propio bajo juramento en causas criminales y de los tratados internacionales aplicables a través del inciso segundo del artículo 5° CCh<sup>729</sup>.

Explicado lo anterior, el caso más interesante relativo a la ilicitud de prueba en sentido estricto, se ha presentado con ocasión del testimonio referencial de funcionarios policiales acerca de la declaración inculpatoria del imputado prestada en fase de investigación. En el caso que hemos analizado dicha declaración fue declarada ilícita en la audiencia de preparación del juicio oral por haber sido prestada ante el fiscal pero sin habersele informado previamente al imputado los derechos que le asistían, especialmente el de guardar silencio (artículos 194 y 93 letra f CPPCh). Pese a ello, en esa misma audiencia el ministerio público ofreció como testigo al funcionario policial que presencié aquella declaración del imputado, siendo admitida por el juez de garantía pero sólo parcialmente, aplicando el mecanismo de origen jurisprudencial, que no legal, denominado *exclusión temática del testimonio*<sup>730</sup>. Este sistema

---

<sup>729</sup> En concreto, nos referimos a los artículos del CPPCh números 93, relativo a los derechos y garantías de todo imputado, en cuya letra g) se encuentra el de guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento; 94, relativo a los derechos del imputado privado de libertad, en cuya letra b) se impone a los funcionarios a cargo del procedimiento de detención el deber de informar al detenido de los derechos a que se refiere el artículo 135 CPPCh; 97 que impone al tribunal, fiscales y funcionarios policiales el deber de dejar constancia en los respectivos registros, conforme al avance del procedimiento, de haber cumplido las normas legales que establecen los derechos y garantías del imputado; 98, referente a la declaración del imputado como medio de defensa, regulando principalmente la declaración que voluntariamente decida efectuar el imputado ante el Juez de Garantía; y 135, relativo a la información de derechos al detenido, destacando especialmente el derecho a guardar silencio, a no declarar bajo juramento y a ser asistido por un defensor desde los actos iniciales de la investigación.

<sup>730</sup> Entre otras sentencias de las Cortes de Apelaciones que se han pronunciado en sentido favorable a la exclusión temática de la declaración testimonial, puede verse:

consiste en solicitar la exclusión de la declaración testimonial ofrecida de todo aquello que dice relación con la diligencia de investigación que fue declarada ilegal. Siendo así, en el caso que analizamos, el testimonio del funcionario policial se admitió pero sólo limitado a referencias relativas al hecho punible y diligencias practicadas en la investigación respectiva, debiendo omitirse de su testimonio todo lo relativo a lo que oyó declarar al inculpado, puesto que esta declaración autoincriminatoria se obtuvo con inobservancia de garantías constitucionales. A mayor abundamiento, el indicado auto de apertura fue luego confirmado por la Corte de Apelaciones ante la apelación formulada por el ministerio público en razón de esta exclusión temática, quedando la misma firme.

Sin embargo, en el juicio oral el funcionario policial declaró sin limitación alguna, refiriéndose incluso a los términos y alcances de la declaración autoincriminatoria del acusado ante el fiscal, provocando la inmediata oposición de la defensa, la que fue desestimada por el TJOP. Finalmente, la sentencia condenatoria no sólo valoró ese testimonio referencial sino que derechamente valoró la declaración autoincriminatoria del acusado en fase de investigación y lo hizo de manera determinante para fundar la condena, tal como queda de manifiesto en el siguiente párrafo:

“En definitiva, *la declaración del acusado, según los dichos del funcionario (...), constituye uno de los principales elementos tenidos a la vista para estimar que le correspondió participación en el ilícito*”<sup>731</sup>.

---

SSCA de Talca, 15 diciembre 2003, Rol CA N° 1191-2003, Redactor Ministro señor Víctor Stenger Larenas, Cdos. 2 a 4°; y CA de Puerto Montt, 3 abril 2009, Rol CA N° 36-2009, Redactor Fiscal Judicial señora Mirta Zurita Gajardo, Cdos. 6° y 7°.

<sup>731</sup> SCS, 21 diciembre 2010, Rol CS N° 7918-2010, Redactor Abogado Integrante señor Domingo Hernández E., Cdo. 14°, GT N° 366, pág. 178, citando a la

Finalmente, la Corte Suprema, en sentencia de 21 de diciembre de 2010, conociendo de un recurso de nulidad fundado en el artículo 373 letra a) CPPCh, en concordancia con el artículo 19 números 3 inciso sexto y 7 letra f) CCh, por no haberse observado las garantías del debido proceso y el derecho a no autoincriminarse, interpuesto por la defensa del condenado en contra de la sentencia definitiva, declaró que cuando el tribunal decide admitir una prueba expresamente excluida, valorarla positivamente y fundar en ella su decisión de condena, no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido, sino que atenta contra la garantía constitucional del debido proceso del acusado y lo coloca en una posición evidentemente desventajosa, ocasionándole un perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal, con quebranto de las normas relativas a la garantía ya aludida, consagrada en el artículo 19 núm. 3º, inciso sexto CCh, por lo que es forzoso acoger el recurso anulando la sentencia recaída en el asunto en estudio<sup>732</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia no es uniforme en lo relativo a la exclusión temática de la declaración de los testigos. Concretamente, en otro caso en el que se había producido una detención ilegal seguida de una incautación que el JG también declaró ilegal, el ministerio público ofreció en la audiencia de preparación del juicio oral como prueba testimonial la declaración de los funcionarios policiales que efectuaron la detención e incautación. Ante este ofrecimiento el JG decidió someter a exclusión temática la declaración de los indicados funcionarios, ordenado

---

STJOP de Osorno, 9 octubre de 2010, RIT N° 31-2010, Cdo. 7º, letra c) penúltimo párrafo. (La cursiva es nuestra).

<sup>732</sup> SCS, 21 diciembre 2010, Rol CS N° 7918-2010, Redactor Abogado Integrante señor Domingo Hernández E., Cdos. 16º-17º, GT N° 366, pág. 178. En el mismo sentido SCS, 31 mayo 2010, Rol CS N° 1618-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdos. 14º y 15º.



que en su declaración se omitiera lo relativo a la incautación y especies incautadas, declarándolo así en el auto de apertura del juicio oral. La Corte de Apelaciones de San Miguel, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el ministerio público en contra del auto de apertura en lo relativo a esta exclusión temática, en sentencia de 14 de abril de 2008, Rol núm. 320-2008, Redactor Ministro señor Claudio Pavez Ahumada, señaló, en los considerandos 4° a 7°, que la declaración de los testigos no puede dividirse, parcializarse o hacer exclusión de algún aspecto o tema, por cuanto no existe norma expresa que autorice tal división, ni siquiera en la norma sobre exclusión de prueba, donde no hay consideración alguna sobre división del testimonio de un testigo. Al contrario, la prueba es entendida como una unidad, lo que fluye de la interpretación armónica de las normas del Párrafo V del Título III del Código Procesal Penal.

De esta forma, continúa la citada sentencia, la circunstancia de que la detención de los imputados haya sido declarada ilegal, no autoriza a dividir la declaración de los testigos (funcionarios aprehensores), puesto que siguiendo los artículos 297, 306 y 309 CPPCh se establece el principio de *valoración de la prueba con libertad*, la exigencia de jurar o prometer decir la verdad sobre lo que se pregunta al testigo, y la inexistencia de testigos inhábiles en el proceso penal, debiendo pronunciarse el tribunal sobre la valoración de la prueba respectiva, con conocimiento adecuado de los hechos.

Pronunciamientos jurisprudenciales como estos nos generan gran preocupación porque, por una parte, por esta vía se pretende ingresar al

juicio oral prueba excluida expresamente en la audiencia de preparación del juicio oral, con lo cual se corre el claro riesgo de terminar vaciando de contenido a la regla de exclusión de la prueba ilícita del artículo 276 inciso tercero CPPCh<sup>733</sup>; y, por otra, porque el fundamento que utiliza el fallo para justificar su postura es la *libre apreciación de la prueba* desconociendo que la libre convicción lo es sólo en el sentido de que la ley no establece, de manera previa, abstracta y obligatoria el valor conviccional que cada medio de prueba posee, pero no es libre en el sentido de que cualquier elemento probatorio puede valorarse. Dicho en otras palabras, la libre apreciación de la prueba no autoriza al juez a obtener esa convicción con base a cualquier elemento, tenga o no rango o status de prueba procesal, constituyendo el primer requisito de este sistema de valoración de la prueba la circunstancia de que debe cumplirse sobre el *material recogido conforme a la ley*<sup>734</sup>.

**b') No valoración de una prueba por estimar el tribunal sentenciador que es ilícita, no obstante haber sido admitida como lícita en la audiencia de preparación del juicio oral o por manifestarse la ilicitud en la audiencia de juicio oral**

Nos referimos concretamente a dos supuestos posibles. El primero dice relación con todos aquellos casos en que en el período que va desde el pronunciamiento del auto de apertura del juicio oral y el inicio de este último surjan nuevos antecedentes que permitan acreditar la

---

<sup>733</sup> Sobre este punto, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, indica: “Aunque debiera estar suficientemente claro, no está de más recalcar que ninguna de estas exclusiones puede pretender eludirse mediante la *presentación como testigos de los funcionarios u otras personas que hayan intervenido o presenciado la actuación ilícita*”, *La exclusión...*, cit., pág. 100. (La cursiva es del autor).

<sup>734</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione...*, cit., págs. 90-91.

ilicitud de una prueba.

La situación puede plantearse tanto respecto de pruebas cuya ilicitud, por desconocerse, no fue objeto de discusión en la audiencia del juicio oral, cuanto respecto de pruebas cuya ilicitud fue desechada por el JG en la audiencia de preparación del juicio oral pese a haber sido solicitada su exclusión, decisión que, como sabemos, no puede ser recurrida por la defensa, puesto que el inciso segundo del artículo 277 CPPCh sólo concede al ministerio público el recurso de apelación contra el auto de apertura que haya excluido prueba por nulidad o ilicitud. El segundo caso se refiere, en cambio, a aquellas situaciones en que la eventual ilicitud es detectada o puesta de manifiesto por vez primera en la propia audiencia del juicio oral.

En ambos casos nos encontramos con un medio de prueba que ha sido declarado admisible por el JG en el auto de apertura del juicio oral y nos preguntamos, en síntesis, acerca de las facultades que tiene el TJOP en torno a la valoración de esa prueba.

Hemos de advertir que para estos casos la ley no parece otorgar de manera expresa atribuciones al TJOP para negar lugar a la práctica de dicha prueba, previendo sólo como remedio el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva que se pronunciare en el juicio oral en el evento de que esa prueba fuese valorada positivamente, por la causa del artículo 373 letra a) CPPCh (artículo 277 inciso segundo del mismo cuerpo legal).

Por su parte, la jurisprudencia en este supuesto ha sostenido una postura bastante uniforme en orden a negar la posibilidad al TJOP de declarar la ilicitud del medio de prueba y excluirlo del material probatorio a valorar, fundado en los siguientes argumentos:

1) Falta de competencia del TJOP para declarar la ilicitud de un medio de prueba<sup>735</sup>.

2) Porque el TJOP no puede “revisar” las resoluciones pronunciadas por el JG en razón de que *no es superior jerárquico* de este último y, por tanto, carece de competencia para ello<sup>736</sup>.

3) Porque la prueba admitida se contiene en el auto de apertura del juicio oral que, de no ser apelado por el ministerio público o siéndolo es confirmado, deviene firme y genera *cosa juzgada* por tratarse de una sentencia interlocutoria de aquellas que se pronuncian sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria, según definición contenida en el artículo 158 CPCCh, también denominadas “sentencias interlocutorias de segundo grado”<sup>737</sup>.

---

<sup>735</sup> Así, por ejemplo, el TJOP de Curicó, ante la petición de la defensa de que no valorara determinada prueba en razón de ser ilícita, pese a que no fue declarada así en el auto de apertura del juicio oral, señaló que: “[E]llo escapa a la competencia de los Tribunales Orales, quienes, precisamente, están llamados por ley, a una sola cosa, valorar toda la prueba que el Juzgado de Garantía contemple en los autos de apertura, autos de apertura que son los que fijan la competencia y marco de funcionamiento de los Tribunales Orales, y dentro de los cuales vienen las pruebas que las partes podrán aportar en la audiencia, previo a pasar el cedazo de Garantía en la audiencia de preparación del juicio oral, donde pueden hacerse valer las exclusiones probatorias”. STJOP de Curicó, 18 octubre 2008, RIT N° 40-2008, Redactor Juez señor Roberto García Gil, Cdo. 11°, letra B). En el mismo sentido, SCS, 18 octubre 2010, Rol CS N° 5507-2010, Redactor Ministro señor Carlos Kunsemuller L., Cdo. 12°.

<sup>736</sup> En este sentido la jurisprudencia ha declarado: “El Juez de Garantía tiene el control de la investigación que lleva el Ministerio Público, de suerte que si aquél estimó válidos los medios de prueba que llegaron al juicio oral, no puede el Tribunal Oral en lo Penal arrogarse facultades de una especie de «superior» del Juzgado de Garantía, declarando inválida la detención del imputado y excluyendo pruebas por considerar inválida su obtención, entrando a revisar lo hecho por éste”. SCA de Santiago, 17 noviembre 2006, Rol CA N° 1989-2006, Redactor Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz, Cdo. 8°.

<sup>737</sup> Al respecto, ha señalado la jurisprudencia: “El Código Procesal Penal encomienda al juez de garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral, que

4) Falta de preparación del recurso de nulidad en aquellos casos en que la exclusión del medio probatorio en razón de ilicitud no fue ni siquiera solicitada o discutida en la audiencia de preparación del juicio oral de conformidad al artículo 377 CPPCh, pudiendo haberlo sido<sup>738</sup>.

---

excluya las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas y aquellas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, de manera que si el tribunal de juicio oral en lo penal efectúa un examen acerca de la licitud o ilicitud de la prueba de cargo, durante la audiencia de juicio oral, los sentenciadores incurrir en la causal de nulidad del artículo 374 letra g) del Código Procesal Penal, dictar sentencia en oposición a otra pasada en autoridad de cosa juzgada, por cuanto ya existía una resolución que se había pronunciado sobre la licitud de la prueba, produciendo, precisamente, el efecto de cosa juzgada, habida consideración a su naturaleza jurídica de sentencia interlocutoria, pues resuelve un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva. En efecto, los jueces del tribunal oral en lo penal no están facultados para modificar lo decidido en el auto de apertura en cuanto a la aceptación y licitud de la prueba, ni tampoco podían revivir el debate sobre dichos aspectos y, al hacerlo, no sólo actuaron fuera de su competencia, sino también vulneraron la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el auto de apertura, por su carácter firme y ejecutoriado”. SCA de Concepción, 21 noviembre 2008, Rol CA N° 480-2008, Redactor Ministro señor Claudio Gutiérrez Garrido, Cdos 10° y 11°. Utilizamos el extracto redactado por <http://www.legalpublishing.cl>

<sup>738</sup> “De acuerdo al artículo 377 del Código Procesal Penal, si la infracción invocada como motivo del recurso de nulidad se refiere a una ley que regulare el procedimiento, sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio, es decir, se exige denunciar en la sede y en el momento en que se evidencia el vicio que es constitutivo de violación de la norma o disposición que regula el procedimiento por alguno de los medios establecidos por la ley al efecto, so pena de preclusión.

Siendo el vicio reclamado por la defensa –recurrente– uno relativo a la supuesta incorporación y posterior valoración de pruebas que tachan de ilícitas, resulta claro que aquél se produjo en la audiencia de preparación de juicio oral, que es la instancia procesal pertinente para reclamar y debatir acerca de las pruebas ofrecidas por las partes, pudiendo formularse las observaciones relevantes para efectos de discutir su eventual exclusión para la audiencia del juicio oral. Sin embargo, en dicho momento procesal no se ejercieron los mecanismos adecuados para reclamar del vicio esgrimido como fundamento de la nulidad, por lo que la defensa ha incurrido en falta de preparación del recurso en la sede correspondiente como lo exige la ley, circunstancia que autoriza al tribunal para no dar acogida a un extemporáneo reclamo sobre la rendición de una particular prueba de cargo”. SCS, 18 octubre 2010, Rol CS N° 5507-2010, Redactor Ministro señor Carlos Kunsemuller L., Cdo. 7°. Utilizamos el extracto redactado por <http://www.legalpublishing.cl>

Evidentemente entendemos que este argumento no resulta aplicable a aquellos casos en que la ilicitud de la prueba no pudo ser discutida en la audiencia de preparación del juicio oral porque se desconocía la causa de ilicitud o, habiendo sido conocida y alegada, con posterioridad al pronunciamiento del auto de apertura del juicio oral surgen nuevos antecedentes que permiten acreditar aquella ilicitud.

En síntesis, con base en algunos o en todos estos argumentos la jurisprudencia citada concluye que el TJOP *está obligado, por ley, a valorar toda la prueba* que se presente y practique en el juicio y que ha sido admitida como tal en la audiencia de preparación del juicio oral mediante el auto de apertura del mismo, sin que le corresponda pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba. Lo anterior, sin perjuicio de advertir que el TJOP *puede desestimar* algunas pruebas dando la razón de ello, con lo cual en caso alguno desconoce la decisión del JG consignada en el auto de apertura, puesto que si bien éste fija los medios de prueba a rendir en la audiencia del juicio oral, su valoración a efectos de la decisión de la controversia, es atribución privativa de los sentenciadores llamados por ley a resolverla, esto es, los jueces del TJOP respectivo.

Sin embargo, la jurisprudencia se ocupa de aclarar hasta dónde alcanza este poder conferido al tribunal sentenciador de restar valor a determinados medios de prueba, señalando:

“[L]a situación de la especie es distinta, pues los sentenciadores del tribunal oral, más que restar valor probatorio a dichos testigos, derechamente señalaron que dicha prueba no era válida. En efecto, dichos jueces señalaron textualmente que «los testimonios de oídas, vertidas durante el juicio por los funcionarios policiales (...), referidos a una declaración prestada por el imputado con infracción de sus derechos

como tal, no pueden ser considerados como prueba válida y por lo mismo no es posible extraer de tales declaraciones ninguna conclusión incriminatoria en contra del acusado (...)». Como puede apreciarse, *no se trata aquí de un problema de valoración de prueba, sino derechamente de una declaración de ilicitud de la misma lo que, como ya se dijo, no corresponde efectuar a los jueces del tribunal oral en lo penal*<sup>739</sup>.

Esta tesis jurisprudencial, apoyada ciertamente en el tenor literal de las normas legales aplicables, ha encontrado apoyo en un autorizado sector doctrinal chileno<sup>740</sup>. Para Tavolari Oliveros, el TJOP carece de atribuciones para emitir pronunciamientos, sean éstos positivos o negativos, en relación a cuestiones probatorias resueltas previamente por el JG, existiendo a su respecto una imposibilidad jurídica de cambiar lo ya decidido en materia de aceptación y licitud de la prueba, como asimismo de revivir el debate sobre dichos tópicos y ello en razón de que el TJOP carece de competencia para ello, no es superior jerárquico del JG y por oponerse a ello, además, la cosa juzgada que produce, una vez firme o ejecutoriada, la sentencia interlocutoria de segundo grado en que consiste el auto de apertura del juicio oral<sup>741</sup>.

Por su parte López Masle también es partidario de la falta de facultades del TJOP para abrir debate sobre la ilicitud de la prueba, considerando que la regla de exclusión del inciso tercero del artículo 276

---

<sup>739</sup> SCA de Concepción, 21 noviembre 2008, Rol CA N° 480-2008, Redactor Ministro señor Claudio Gutiérrez Garrido, Cdo. 11°. (La cursiva es nuestra).

<sup>740</sup> Lo cierto es que es al revés, los trabajos publicados por estos autores con bastante antelación a algunos fallos han sido citados textualmente por estos últimos, por lo que es más bien la jurisprudencia la que se apoya en las obras de estos autores para fundar sus fallos.

<sup>741</sup> Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones...*, cit., págs. 179-94.

CPPCh no contiene ninguna referencia a la valoración de la prueba, sino exclusivamente a su admisibilidad, por lo que, en el mejor de los casos, se trata “de una *prohibición general de producción* de la prueba y no de una prohibición de valoración”<sup>742</sup>. Acorde con esta tesis, el citado autor concluye que, declarada erróneamente admisible la prueba ilícita por el JG, la única vía para renovar la discusión sobre este punto es el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada con fundamento en la prueba ilícita rendida ante el TJOP. Finalmente, el autor añade textualmente:

“Como se aprecia entonces, lo que la posición que defiende impone a los jueces no es el deber de «fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías constitucionales»<sup>743</sup>, sino el deber de admitir que, *muy a su pesar*, han dictado el fallo con *fundamento* en prueba obtenida con vulneración de garantías constitucionales, que el juez de garantía no declaró inadmisibile y que debe, por tanto, ser revisada a través del recurso de nulidad”<sup>744</sup>.

No podemos coincidir con esta opinión ni entender que con ella se cumple la garantía de un procedimiento racional y justo del artículo 19 N° 3 inciso sexto CCh y se respete la presunción de inocencia como regla probatoria, que exige que la misma sea desvirtuada con una auténtica prueba procesal, siendo la primera condición de esta última el ser obtenida y practicada con respeto a los derechos fundamentales. Si bien

---

<sup>742</sup> LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., nota núm. 301, pág. 201. (La cursiva es del autor).

<sup>743</sup> El autor en este punto cita las expresiones de HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 90.

<sup>744</sup> Cfr. LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., nota núm. 301, págs. 199-203. La cita textual corresponde a la pág. 203. (Entrecomillado es del autor, la cursiva es nuestra).



se lee lo único que de la cita precedentemente transcrita se desprende es precisamente lo que sostiene Hernández Basualto, o sea la imposición a los jueces del TJOP de “fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales”<sup>745</sup>.

En nuestra opinión, una exigencia semejante, además de vulnerar el debido proceso y la propia presunción de inocencia, puesto que la condena se basaría en prueba ilícitamente obtenida, lo cierto es que pugna con la libre apreciación de la prueba consagrada en el artículo 297 CPPCh y ello por, a lo menos, dos órdenes de razones. El primero, porque ya hemos señalado que la libertad que impone este sistema de valoración de la prueba desde luego no es absoluta, en tanto ella debe recaer sobre un material probatorio obtenido, ofrecido, admitido y practicado de forma *legal* en sentido amplio y nada más ilegal que la prueba ilícitamente obtenida. El segundo, más bien de orden lógico o racional, porque el artículo 297 CPPCh señala que el tribunal apreciará la prueba con libertad, pero no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, mientras que el artículo 340 del mismo Código, dispone que para condenar es menester que el tribunal juzgador adquiera, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se cometió el hecho punible y que en él le correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley. Sostener que el TJOP está obligado a valorar un medio de prueba a sabiendas de su ilicitud y a fundar, “*muy a su pesar*”, la sentencia en dicha prueba implica, en nuestra opinión, contradecir al menos la lógica y, en todo caso, la convicción racional que estas normas exigen. A mayor abundamiento y extremando los argumentos, exigir que

---

<sup>745</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 90.

se valore la prueba ilícita sería como imponerle a los jueces al valorar la prueba el deber de no contradecir los conocimientos científicamente afianzados pero permitirles que admitan que en el proceso se vulneren derechos fundamentales del acusado, todo ello con miras a un eventual recurso de nulidad futuro y a la también eventualidad de que el mismo sea acogido y, con ello, subsanada la grave infracción.

### **a”) Posibles cauces procesales**

En lo anterior se puede estar de acuerdo, sin embargo el problema es determinar el cauce procesal para alegar esta ilicitud e impedir la práctica o valoración del respectivo medio de prueba en el marco de la audiencia del juicio oral. El asunto no es fácil, pero creemos que estas son precisamente las encrucijadas con que se enfrenta el intérprete en aras de dar una lectura garantista y racional a las normas que integran el sistema de enjuiciamiento penal amén de entender que la primera condición que otorga legitimidad al *ius puniendi* estatal y al juicio jurisdiccional es el respeto de los derechos fundamentales en su ejercicio.

Como la tarea no es fácil, pasaremos a analizar las distintas alternativas que han sido propuestas o descartadas por la doctrina nacional con base en el exclusivo tenor literal de las normas del CPPCh.

a) Incidente en la audiencia del juicio oral. Esta posibilidad está contemplada en términos genéricos en el artículo 290 CPPCh, ordenando al TJOP resolverlos inmediatamente mediante una resolución que no será susceptible de recurso alguno. Por su parte, el artículo 292 CPPCh otorga al juez presidente del TJOP facultades de ordenación acerca de la rendición de las pruebas y para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho de defensa. Con base en ambas normas y

coincidiendo con Hernández Basualto<sup>746</sup>, consideramos que se podría entender que el debate sobre la ilicitud de un medio de prueba admitido en el auto de apertura o cuya ilicitud ha quedado de manifiesto en la propia audiencia del juicio oral, puede dar origen a un incidente que resulta totalmente pertinente en los términos prescritos en el citado artículo 292. En contra de esta vía se pronuncia López Masle en razón de que en este incidente el TJOP tomaría conocimiento del contenido de la fuente de prueba obtenida ilícitamente, cuestión que el Código se preocupó especialmente de evitar por el denominado efecto psicológico que sobre la convicción del tribunal generará dicha fuente de prueba<sup>747</sup>. El riesgo apuntado por el citado autor es efectivo, pero lo creemos menos grave que permitir que el TJOP quede obligado a valorar positivamente una prueba ilícita para fundar la sentencia. Además, es un riesgo controlable por la vía del análisis de la motivación de la sentencia donde quedará constancia de las pruebas que han sido valoradas positivamente por el tribunal y aquellas que han sido desechadas, según lo prescribe el artículo 297 CPPCh.

b) Incidente especial por aplicación del artículo 334 inciso segundo CPPCh. Esta norma prohíbe incorporar como medio de prueba o dar lectura de conformidad a los artículos 331 y 332 CPPCh a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales. Coincidiendo con Hernández Basualto<sup>748</sup>, el inciso segundo del artículo 334 CPPCh consagra sin duda una hipótesis de

---

<sup>746</sup> Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 91.

<sup>747</sup> Cfr. LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 199.

<sup>748</sup> Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 91.

debate sobre la ilicitud de la prueba en la audiencia de juicio oral que evidentemente puede dar lugar a un incidente de conformidad al artículo 290 CPPCh.

Esta vía parece ser admitida por una jurisprudencia minoritaria, como se desprende de la lectura de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de noviembre de 2006. Dicha sentencia, luego de señalar que el TJOP no tiene facultades para declarar la ilicitud de un medio de prueba admitido por el JG en el auto de apertura, señala que el inciso segundo del artículo 334 CPPCh, si bien se refiere a actuaciones declaradas nulas o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías constitucionales, lo cierto es que debe tratarse de una nulidad y vulneración declaradas así previamente por el JG. Sin embargo, añade esta sentencia:

“Y, aún de estimarse que de esta última disposición fluye la posibilidad que el Tribunal Oral en lo Penal pueda declarar que una determinada prueba ha sido obtenida con conculcación de una o más de las garantías establecidas en la Constitución Política de la República, *lo que esta Corte no comparte, ello procedería en el caso muy extraordinario de una ilicitud evidente*, que aparece de manifiesto, con la sola vista del medio probatorio, que el Tribunal de Garantía habría cometido un error al admitirla, lo que claramente no sucede en la especie”<sup>749</sup>.

En otra oportunidad, resolviendo la Corte Suprema un recurso de nulidad fundamentado en el artículo 373 letra a) CPPCh, precisamente por haberse valorado prueba ilícita, el Alto Tribunal termina acogiendo al considerar que efectivamente los dos discos compactos que el TJOP

---

<sup>749</sup> SCA de Santiago, 17 noviembre 2006, Rol CA N° 1989-2006, Redactor Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz, Cdo. 8°. (La cursiva es nuestra).

valoró para dar por acreditado el delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil habían sido obtenidos ilícitamente, vulnerando el derecho a la intimidad e inviolabilidad domiciliaria y que, como tales, debieron haber sido excluidos del juicio oral en virtud del artículo 276 inciso tercero CPPCh. Lo interesante de este fallo es que la Corte Suprema se muestra abiertamente partidaria de la posibilidad de que la ilicitud pueda ser materia de un incidente durante la audiencia del juicio oral, tal como se desprende del siguiente apartado del fallo:

“En este caso (...), al negar los sentenciadores [TJOP] lugar a la *incidencia* que al respecto [sobre la ilicitud] promovió la defensa (fundamento decimosexto), infringieron también el *principio del debido proceso* contemplado en el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que al permitir la incorporación y ponderación de prueba ilícita en el proceso *lo despojaron de legitimidad*”<sup>750</sup>.

c) Incidente de nulidad de la audiencia del juicio oral. Esta vía es propuesta por López Masle, señalando que ante la ilegalidad consistente

---

<sup>750</sup> SCS, 11 junio 2007, Rol CS N° 1836-2007, Redactor Ministro señor Nibaldo Segura Peña, Cdo. 4°. (La cursiva es nuestra). Advertimos que la sentencia citada hace referencia al actual inciso sexto del artículo 19 N° 3 CCh, debido a la modificación de este artículo por la ley núm. 20.516, D.O. de 11 de junio de 2011. En este caso el TJOP había desechado esta incidencia señalando: “Decimosexto: Que en la etapa del juicio oral, no es posible discutir la legitimidad o ilegitimidad de una prueba aceptada por el Juez de Garantía, sin perjuicio de lo que se pueda señalar respecto de su valor probatorio. Por ello, debe desestimarse las objeciones que la Defensa hizo a la manera como obtuvo una copia de un disco compacto la madre de la ofendida y ex empleada del acusado, (...) debiendo consignarse al efecto, a mayor abundamiento, que ese material no fue el único que sirvió de base al establecimiento del ilícito consistente en almacenar material pornográfico infantil y que es atendible la explicación dada por esta persona cuando señala que lo retiró al principio porque aparecía en la carátula el nombre y apodo de su hija, reproduciéndolo posteriormente al enterarse de su contenido que pensó involucraba a su propia hija en la producción de ese disco, para llevarlo más

en pretender la incorporación al juicio oral de una prueba ilícita el cauce procesal adecuado sería solicitar en forma inmediata la nulidad de la audiencia de conformidad a los artículos 159 y siguientes CPPCh, evitando con ello que el tribunal sentenciador se contamine con la fuente de prueba tachada de ilicitud<sup>751</sup>. Sin embargo, este cauce presenta varias limitaciones derivadas del plazo para solicitar la nulidad (artículo 161 CPPCh) unido al eventual saneamiento de la misma por no alegación oportuna (artículo 164 CPPCh) y en cuanto al efecto de la nulidad, en tanto el artículo 165 inciso tercero CPPCh dispone que la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, señalando como ejemplo que las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral. Siendo así, esta vía sólo sería aplicable a aquellos casos en que la ilicitud de la prueba se evidenciara durante la audiencia de juicio oral y, previo a solicitar la nulidad de la audiencia, el TJOP resuelva el tema relativo a la ilicitud de la prueba, de lo contrario el mismo debate se podría generar ante el TJOP no prevenido a quien corresponda conocer y fallar el nuevo juicio oral.

En cuanto a la prueba de la ilicitud, el CPPCh ciertamente no contempla esa posibilidad y resulta difícil encuadrarla dentro de la hipótesis de “prueba sobre prueba” contemplada en el inciso segundo del

---

tarde a la Fiscalía correspondiente”. STJOP Sexto de Santiago, 2 abril 2007, RIT N° 40-2007, Cdo. 16°, Redactor Magistrado señor César Toledo Fuentes.

<sup>751</sup> También propone el autor obtener dicha nulidad como consecuencia de interponer un recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de conformidad a los artículos 372 y siguientes del CPPCh. Sin embargo, en nuestra opinión, esta vía no resuelve el problema de evitar que el TJOP valore una prueba ilícitamente obtenida. Cfr. LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 199.

artículo 336 CPPCh que faculta al TJOP para autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer *exclusivamente* la *veracidad, autenticidad o integridad* cuando, con ocasión de la rendición de una prueba, surgiera a su respecto una controversia relacionada con algunos de estos tópicos, aunque estas nuevas pruebas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiera sido posible prever su necesidad. No obstante ello, para Hernández Basualto, aplicando analógicamente el artículo 309 CPPCh relativo a la prueba testimonial, la ilicitud es un tema de *idoneidad* del medio de prueba y, por tanto, quedaría englobado dentro de la noción de *veracidad* a que se refiere el inciso segundo del artículo 336<sup>752</sup>. Nosotros más bien pensamos que la ilicitud es un asunto de *integridad* del medio probatorio, toda vez que la expresión proviene de “íntegro” que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se dice de una persona recta, proba, intachable y que mayor tacha que la de haber sido obtenida con vulneración de garantías fundamentales<sup>753</sup>.

### **b”) Conclusiones sobre el cauce procesal y sugerencias de *lege ferenda***

Se podría llegar a una solución de consenso, sin perjuicio de efectuar algunas sugerencias de *lege ferenda* que se imponen. Tal solución creemos vendría dada por la oportunidad en que se detecta la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba que se ofrece y pretende rendir en el juicio oral.

---

<sup>752</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., págs. 91-92.

<sup>753</sup> En los trabajos parlamentarios del CPPCh no existen antecedentes en torno al sentido de la palabra “integridad” que utiliza la norma. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, 2ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, págs. 504-06.

Un primer supuesto estaría constituido por la situación en que la ilicitud queda de manifiesto antes o durante la audiencia de preparación del juicio oral. En tal caso, será esta audiencia la oportunidad procesal en la que debe plantearse y resolverse su exclusión de conformidad al artículo 276 inciso tercero CPPCh. Si la prueba, no obstante el reclamo de ilicitud, es igualmente admitida en el auto de apertura del juicio oral, dicha prueba deberá ser practicada en el juicio oral, salvo que surjan nuevos antecedentes que permitan acreditar dicha ilicitud y, con base en ellos, promover un incidente en la audiencia del juicio de conformidad a los artículos 290 y 334 inciso segundo CPPCh y así evitar su práctica.

La exigencia de nuevos antecedentes creemos que es una alternativa adecuada para superar el obstáculo del efecto de cosa juzgada formal que produce el indicado auto de apertura. Sin embargo, Hernández Basualto, quien también sugiere este cauce, termina por desecharlo porque considera que no soluciona el dilema ante el cual se enfrenta el TJOP cuando el reclamante carezca de estos nuevos antecedentes y dicho tribunal considere igualmente ilícita la prueba<sup>754</sup>.

Para superar la dificultad planteada por Hernández Basualto creemos de *lege ferenda* que sería conveniente conceder a la defensa la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto de apertura que desecha la petición de exclusión de prueba por causa de ilicitud, posibilidad que el artículo 277 inciso segundo CPPCh sólo concede al ministerio público y basado exclusivamente en la exclusión de prueba por nulidad o ilicitud.

---

<sup>754</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 92.



Sobre este punto, cabe recordar que el proyecto original de CPPCh no contemplaba recurso alguno contra el auto de apertura del juicio oral, incluyéndose esta apelación limitada sólo durante el segundo trámite Parlamentario, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Las razones que se tuvieron en vista para establecer esta vía impugnativa tan restringida fue evitar la implementación de un sistema de recursos demasiado amplio que pudiese “significar la paralización del proceso, porque *todos apelarían* ante cualquier prueba que se les *suprima*”,<sup>755</sup>. Durante la tramitación de la ley núm. 20.074, D.O. de 14 de noviembre de 2005, que introdujo diversas modificaciones al CPPCh, entre las cuales se cuenta la incorporación de un nuevo inciso final al artículo 277 de este cuerpo legal, nuevamente se discutió el tema de los recursos contra el auto de apertura del juicio oral, presentándose la indicación núm. 34 destinada a establecer un recurso de apelación a favor de la defensa contra dicho auto. La indicación fue finalmente desechada argumentándose que era improcedente conceder este recurso a la defensa “toda vez que la norma se refería a la *exclusión de prueba de cargo* por ilegalidad en su obtención, lo que difícilmente podrá ocurrirle a la Defensoría”,<sup>756</sup>.

En síntesis, en los trabajos parlamentarios tanto del CPPCh cuanto de la ley núm. 20.074 de 2005, sólo se discutió, para finalmente desechar, la posibilidad de conceder a la defensa un recurso de apelación por exclusión en razón de ilicitud o nulidad de la prueba de descargo,

---

<sup>755</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 341, diario de sesiones del Senado, págs. 305-06. (La cursiva es nuestra).

<sup>756</sup> Cfr. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, cit., págs. 428-29. (La cursiva es nuestra).

pero no se planteó la concesión de este recurso para impugnar la *admisión de una prueba de cargo* respecto de la cual la defensa hubiese solicitado su exclusión por causa de ilicitud o nulidad. Dicha hipótesis no fue considerada por el legislador y es, precisamente, la que nosotros sugerimos debe ser incluida porque no se vislumbran argumentos para su denegación: el agravio o gravamen que sufre la defensa al admitirse en el auto de apertura del juicio prueba oral un medio de prueba cuya exclusión ha solicitado por causa de ilicitud no puede ser puesto en duda y justifica plenamente, en nuestra opinión, la concesión de un recurso de apelación para dicha defensa.

El segundo supuesto consistiría en los casos en que la ilicitud se evidencie por vez primera en el período que va desde el término de la audiencia de preparación del juicio oral y la audiencia de juicio o durante esta última, aunque es difícil que la primera de ambas hipótesis pueda producirse, salvo que se trate de prueba nueva ofrecida de conformidad al artículo 336 inciso primero del CCPCh. En nuestra opinión, debiera poder discutirse dicha exclusión en un incidente durante el juicio oral al amparo de los artículos 290 y 334 inciso segundo CPPCh, de acuerdo se ha expuesto anteriormente.

Con todo, en este segundo caso y con miras a evitar el efecto psicológico que dicha prueba pueda ejercer en los sentenciadores, una vez resuelto el incidente sobre ilicitud, el propio TJOP podría, de conformidad a la parte final del inciso tercero del artículo 76 CPPCh, declarar de oficio su inhabilitación por la causa de implicancia del artículo 195 inciso segundo N° 3° COT<sup>757</sup> o por la causa de recusación

---

<sup>757</sup> “Haber actuado el miembro del tribunal del juicio oral en lo penal *como juez de garantía* en el mismo procedimiento”.

del artículo 196 N° 10 COT<sup>758</sup>. Somos conscientes que ambas causas no se ajustan estrictamente a la hipótesis que estudiamos inclinándonos, en todo caso, más por la causa de recusación citada que por la de implicancia, pero también creemos que si la solución que planteamos resulta poco razonable, probablemente no es menos razonable que, por una parte, obligar a los jueces a valorar, *muy a su pesar*, una prueba siendo conscientes de su ilicitud a la espera que tan grave defecto sea subsanado a través de la futura interposición y eventual acogimiento de un recurso de nulidad y, por otra, permitir que el tribunal sentenciador se “contamine” tomando contacto con la fuente de prueba o el medio de prueba ilícitamente obtenido o practicado.

En todo caso, dicho incidente habrá de ser promovido y la posterior inhabilitación decretada al inicio de la audiencia del juicio oral y antes de que se practique la prueba. En caso contrario, se infringiría los artículos 19 inciso segundo COT, que obliga a que a las decisiones del TJOP sólo pueden concurrir los jueces que hubieren asistido a la *totalidad de la audiencia* de juicio oral y 284 CPPCh, que exige la presencia ininterrumpida de los jueces que integran el tribunal a la audiencia del juicio oral bajo pena de nulidad de la audiencia y de la sentencia que en él se pronunciare. En caso contrario, habría que seguir la vía propuesta por López Masle, esto es, solicitar la declaración inmediata de nulidad de la audiencia en conformidad a los artículos 159 y siguientes CPPCh y reiniciar el juicio con un tribunal no prevenido.

Cabe señalar, finalmente y a título de *lege ferenda*, que sería conveniente para zanjar la problemática del cauce procesal para excluir

---

<sup>758</sup> “Haber el juez manifestado *de cualquier modo* su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiera hecho *con conocimiento* de ella”.

prueba ilícita en la audiencia del juicio oral, establecer una norma semejante al artículo 191.2 CPPi, que señala:

*“L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.*

**F) Alcance de la exclusión de las fuentes prueba obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales**

**a) En cuanto a su naturaleza, origen e intencionalidad**

**a’) Prueba de descargo**

Si bien el artículo 276 inciso tercero CPPCh no efectúa distinción alguna en torno la naturaleza de la prueba excluida por ilicitud, lo cierto es que el artículo 277 CPPCh si lo hace al establecer, por una parte, en su inciso segundo, el recurso de apelación sólo a favor del ministerio público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, de lo cual colegimos que la prueba susceptible de excluirse por ilicitud es solamente la de cargo, de lo contrario tendría que concluirse que el legislador efectúa en este inciso una diferencia arbitraria en contra de la defensa. Y, por otra, en su inciso tercero, al establecer que si se excluyeren, por resolución firme, *pruebas de cargo* que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, de lo cual fluye nuevamente que el legislador parte de la base que la regla de exclusión del artículo 276 inciso tercero CPPCh sólo opera respecto de la prueba de cargo.

En la historia fidedigna del establecimiento del artículo 277 CPPCh el tema no fue discutido, mientras que sí lo fue durante la tramitación de la ley núm. 20.074, D.O. de 14 de noviembre de 2005, que introdujo diversas modificaciones al CPPCh, entre las cuales se cuenta la

incorporación del referido inciso final al artículo 277 de este cuerpo legal. Tal como ya lo hemos comentado, la indicación núm. 34 destinada a ampliar el recurso de apelación por exclusión de prueba de la defensa fue finalmente desechada argumentándose que era improcedente conceder este recursos a la defensa “toda vez que la norma se refería a la *exclusión de prueba de cargo* por ilegalidad en su obtención, lo que difícilmente podrá ocurrirle a la Defensoría”<sup>759</sup>.

Finalmente, el principio de objetividad que debe regir el actuar del Ministerio Público, por mandato de los artículos 83 inciso final CCh y 3º LOCMP, obliga a este órgano persecutor a investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen. De ahí que no sería posible para el ministerio público solicitar la exclusión de una prueba que, aunque ilícitamente obtenida, acreditara la inocencia del acusado o desvirtuara la prueba de cargo. Ello implicaría para el ministerio público perseguir la responsabilidad penal del acusado a sabiendas de la existencia de material probatorio exculpatorio, lo cual resultaría contrario a dicho principio<sup>760</sup>.

Con base en estos argumentos legales y de historia fidedigna se puede afirmar que en Chile la regla de exclusión no se aplica tratándose de pruebas que de alguna manera favorecen al acusado ni el tema, hasta lo investigado, se ha planteado jurisprudencialmente.

---

<sup>759</sup> Cfr. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, cit., págs. 428-29. (La cursiva es nuestra).

<sup>760</sup> En este último sentido, en Chile, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 65.

Pero dogmáticamente también se llega a la misma conclusión. No es posible que el ejercicio del *ius puniendo* estatal se ejerza a sabiendas que existe un elemento probatorio que permite acreditar la inocencia del acusado o desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo; como tampoco resulta coherente considerar que la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales pudiese provocar la condena de un inocente, pues ello conduciría a que en virtud de la propia garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita se produzca la mayor derogación de la tutela jurisdiccional efectiva, cual es la condena de un inocente. Asimismo, tampoco sería lógico excluir una prueba obtenida con infracción de garantías del propio acusado, que permita acreditar su inocencia, porque ello implicaría que la protección de los derechos fundamentales del acusado provocaría su indebida condena vulnerándose, a su vez, el derecho a un proceso racional y justo<sup>761</sup>.

Como bien lo exponen Díaz Cabiale y Martín Morales, la no exclusión de prueba de descargo obtenida ilícitamente en realidad no es una excepción a la ineficacia de la prueba obtenida con vulneración de garantías fundamentales, sino una consecuencia lógica de la misma, que emana de su propia naturaleza y que busca no restringir su ámbito de aplicación sino más bien *delimitarlo*: “es imposible admitir la existencia de una garantía constitucional procesal que pervierta o impida la tutela judicial efectiva, conculcando de raíz el *ius libertatis* del acusado<sup>762</sup> e

---

<sup>761</sup> En este sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 198-99.

<sup>762</sup> Argumento utilizado también por PICÓ I JUNOY, Joan, para quien la libertad consagrada en la CE como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1) y como derecho fundamental de todo ciudadano (artículo 17.1), justifica la admisibilidad de la prueba ilícita si ésta acredita la inocencia de imputado, acusado o

imponiendo la indebida aplicación del *ius puniendi* del Estado”<sup>763</sup>. Al decir de Cordero, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una regla legal decisoria que prohíbe al juez asumir tales pruebas *como premisa de una condena*, de lo cual se sigue que la regla no se aplica cuando se trata de una prueba ilícita *bonam partem*, es decir, aquella ilícitamente obtenida pero de la cual emergen elementos favorables a la defensa, puesto que la comprobación de la inocencia es una apuesta demasiado importante para ser sacrificada a los ídolos del procedimiento<sup>764</sup>.

Concordar con estas ideas, no significa no establecer algunas limitaciones en la admisión de la prueba ilícita de descargo ni dejar impune el acto violatorio de las garantías fundamentales. La doctrina apunta que la regla de exclusión debiera igualmente aplicarse en aquellos supuestos en que la ilicitud hubiese sido provocada por el propio acusado con la finalidad de impedir o neutralizar el ejercicio del *ius puniendi* estatal<sup>765</sup> y cuando se infringen métodos de investigación prohibidos derivados de la propia dignidad humana<sup>766</sup>. Finalmente, la admisibilidad de la prueba ilícita *bonam partem* para impedir la condena de un

---

incluso condenado, “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., nota núm. 23, pág. 154.

<sup>763</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 200.

<sup>764</sup> CORDERO, Franco, “Prove illecite nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., pág. 55 y, del mismo autor, *Tre studi...*, cit., pág. 171.

<sup>765</sup> HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 146; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 109.

<sup>766</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 109.

inocente, de ninguna manera exonera al autor de la ilicitud a las responsabilidades disciplinarias, civiles o penales que procedan<sup>767</sup>.

Dado que el tema es ampliamente discutido en doctrina<sup>768</sup>, una solución intermedia propone aplicar el principio de *ponderación de intereses* y circunstancias en juego, haciendo un símil con el estado de necesidad como causa de justificación. Por una parte, tendría que considerarse el mal amenazado: la imposición de una pena injusta, atendiendo no sólo a la privación o restricción del derecho o derechos afectados por aquélla, sino también las repercusiones sociales de la pena, tales como, estigmatización social, marginación. Y, por otra, habría que considerar la lesividad del acto mediante el cual se obtuvo la prueba de descargo; la proscripción de la autotutela, salvo las excepciones expresamente previstas por la ley; y la situación de positiva indefensión en que pudo hallarse el acusado. Esto último obligaría a examinar si el acusado se dirigió oportunamente a los órganos encargados de la investigación, enjuiciamiento y fallo del proceso, solicitando la práctica regular de los medios conducentes a lograr aquel material probatorio, y la respuesta institucional a sus requerimientos. Sólo después de la confrontación de todos estos extremos, podría valorarse si el modo de adquisición de la fuente prueba ha de rechazarse por ilícito, o si queda cubierto por alguna causa de justificación<sup>769</sup>.

---

<sup>767</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., pág. 201.

<sup>768</sup> Véase sobre el punto, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., nota 227, págs. 107-08.

<sup>769</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas...”, en *La prueba...(II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 34-35 (versión electrónica). En igual sentido, PICÓ I JUNOY, Joan, “La protección...”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., nota 23, pág. 154; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 107. En relación al principio de ponderación de intereses o teoría de los



## **b’) Fuentes de prueba obtenidas por particulares**

Recordemos que la regla de exclusión de la prueba ilícita cuando ésta ha sido obtenida por particulares tradicionalmente no se aplica en varios ordenamientos extranjeros, como el norteamericano<sup>770</sup>, alemán<sup>771</sup> e italiano<sup>772</sup>, aunque existe jurisprudencia y doctrina en estos Estados que han abogado por la no discriminación en relación a la calidad del sujeto infractor para determinar la ineficacia de la prueba ilícita<sup>773</sup>.

En España, la prueba ilícitamente obtenida por particulares no es admisible, cuestión sobre la que existe un importante consenso doctrinal<sup>774</sup> y jurisprudencial, declarando al respecto el TC, en uno de sus primeros pronunciamientos sobre la prueba ilícita, que:

---

valores en juego, puede verse en especial a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad...*, cit., págs. 227 y siguientes.

<sup>770</sup> Donde constituye una excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita sentada jurisprudencialmente a partir de la sentencia en *Burdeau v. McDowell* de 1921 y que se mantiene inalterable hasta la fecha. Véase sobre el punto VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite...”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., págs. 67-68; y FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”...*, cit., págs. 383-95.

<sup>771</sup> Donde las pruebas obtenidas ilícitamente por privados son en principio valorables, salvo que se trate de casos de extrema violación de los derechos humanos, como sería la obtención de una confesión por medio de tormentos. Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., págs. 206-07.

<sup>772</sup> Como lo afirma VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite...”, en *Rivista di Diritto Processuale*, cit., págs. 72-73.

<sup>773</sup> Al respecto, puede verse FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 25-26; y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., pág. 66.

<sup>774</sup> Entre otros, PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia...”, en *Revista Justicia*, cit., págs. 341-42 y, de la misma autora, “La prueba...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 5 (versión electrónica); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas...*, cit., pág. 99; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, cit., págs. 25-26; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad...*, cit., págs. 333-34; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., nota núm. 129, pág. 124; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia...*, cit., págs. 106-11; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 28-29.

“Esta garantía deriva, pues, de la *mulidad 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”<sup>775</sup>.

En aquellos sistemas en que la exclusión de la prueba ilícita no está sustentada en un mero *deterrent effect* o efecto disuasivo, sino que reconoce un fundamento constitucional derivado de la doble dimensión de los derechos fundamentales: derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional<sup>776</sup>, la eficacia *erga omnes* de los mismos impide considerar como un elemento relevante para determinar su vulneración la cualidad del agente infractor<sup>777</sup>: da igual quién infringió el derecho fundamental, lo único importante es que el derecho fundamental ha sido vulnerado.

Particularmente en Chile, discriminar en esta materia atentaría, por una parte, contra el mandato constitucional del artículo 5 inciso segundo CCh, que impone a los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados

---

<sup>775</sup> STC 114/1984 (Sala Segunda), 29 noviembre, FJ. 4º, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>776</sup> Por todas, SSTC 25/1981 (Pleno), 14 julio, FJ. 5º, Antonio Truyol Serra; y 114/1984 (Sala Segunda), 29 noviembre, FJ. 4º, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>777</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., pág. 29.

por Chile y que se encuentren vigentes. De ello se desprende que el Estado no podría amparar una vulneración de derechos fundamentales sustentando sobre ella el ejercicio de su *ius puniendi* al condenar con base en una prueba ilícitamente obtenida por un particular<sup>778</sup>. Y, por otra, desobedecería el mandato contenido en el artículo 6 de la Carta Magna que dispone que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos estatales como *a toda persona, institución o grupo*<sup>779</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia de los Altos Tribunales chilenos no efectúa distinciones en torno a la cualidad del agente infractor para determinar la aplicación de la regla de exclusión, la cual debe aplicarse cualquiera sea aquella atendido el fundamento constitucional de la misma y la circunstancia que el artículo 276 inciso tercero CPPCh que la contiene no efectúa distingos al respecto. La anterior conclusión puede extraerse de las escasas sentencias que han tratado directamente este tema, como son la sentencia de la Corte Suprema de 11 de junio de 2007, Rol CS N° 1836-2007, Redactor Ministro señor Nivaldo Segura Peña, Cdo. 4° y la de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 18 de noviembre de 2008, Rol CA N° 1428-2008, Redactor Ministro señor Héctor Solís Montiel, Cdos. 4°-5°. La primera de las sentencias indicadas versó sobre un caso en que la madre de la menor víctima de abusos sexuales por parte de su empleador, ingresó a las oficinas privadas de este último y extrajo desde su ordenador una copia de archivos relativos a

---

<sup>778</sup> En el mismo sentido en Chile, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión...*, cit., págs. 65-66.

<sup>779</sup> También CAROCCA PÉREZ, Alex, ha señalado previamente esta norma constitucional como fundamento para no admitir en Chile la excepción que comentamos, “Una primera...”, en *Ius et Praxis*, cit., pág. 319.

material pornográfico infantil, material que fue utilizado por el Ministerio Público para acusarlo, además, por el delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil del artículo 374 bis, inciso segundo, del CPCh. La Corte Suprema finalmente acogió el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva de condena, interpuesto por la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, declarando nula la sentencia y el juicio oral respectivo, en razón de la ilicitud del material probatorio en que el TJOP había sustentado su convicción y condena.

### **c’) Doctrina de la buena fe o *good faith exception***

Nuevamente el fundamento constitucional que reconoce la regla de exclusión de la prueba ilícita en Chile y la ausencia de una finalidad utilitarista de la misma, que busca generar en los órganos persecutores estatales un *deterrent effect* o efecto disuasivo, impide considerar como un argumento para impedir la ineficacia de la prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales el hecho de que los agentes estatales hayan actuado creyendo que lo hacían en forma legal, o sea, actuando de *buena fe*<sup>780</sup>.

---

<sup>780</sup> En España, se aplican los mismos argumentos para estimar que no es admisible esta doctrina como excepción a la ineficacia de la prueba ilícita, aunque en la medida que la jurisprudencia, fundamentalmente a partir de la STC 81/1998 (Pleno), de 2 de abril, ha comenzado a considerar que la ineficacia de la prueba ilícita no es ya una garantía procesal constitucional, sino un mecanismo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, que puede ceder si la tutela de éstos no torna exigible la exclusión de la prueba, se sigue que “es sólo cuestión de tiempo que se admita la excepción de buena fe”. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La garantía...*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, cit., págs. 80-82. “Pronóstico pesimista” que Miranda Estrampes comprueba como cumplido, citando la STC 22/2003 (Sala Segunda), 10 febrero 2003, FJ. 10º-11º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón, donde ciertamente se recoge la excepción de buena fe, manifestando el autor su disconformidad con este fallo y compartiendo los postulados contenidos en el voto particular del mismo del Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto...*, cit., págs. 103-07.

Sin detenernos en la *good faith exception*, a la cual ya nos hemos referido en este trabajo y sin desarrollar más los obstáculos con que la misma se enfrenta para ser aplicada en el sistema chileno, que creemos se resumen en el fundamento constitucional indicado, tan sólo apuntemos que la jurisprudencia nacional, sin reflexión alguna que permita sustentar la aplicación de esta excepción en Chile<sup>781</sup>, la recoge formalmente enunciándola como una de las excepciones a los efectos reflejos de la prueba ilícita<sup>782</sup>; en otros casos, también considerándola como excepción a tales efectos reflejos, la consigna incidental y dubitativamente<sup>783</sup>; y en otros la aplica materialmente pero sin enunciarla, lo cual nos parece aún más grave. Esto último acontece en la sentencia de la Corte de

---

<sup>781</sup> Al menos explicitada en el fallo y como la única manera de conocer las razones del mismo es a través de la lectura de la motivación de la sentencia, entendemos que la ausencia de argumentos que sustenten la aplicación de esta excepción en las sentencias que analizamos, equivalen para el lector a la inexistencia de los mismos.

<sup>782</sup> En efecto, la Corte de Apelaciones de San Miguel, explicando en qué consiste la “teoría de los frutos del árbol envenenado, señala que: “siendo la prueba primigenia obtenida de manera ilícita, todo lo que es consecuencia de aquello también lo es, *salvo cuando se ha obrado de buena fe*, se ha judicializado el asunto o el descubrimiento ha resultado inevitable, lo que en la especie no ha ocurrido”. SCA de San Miguel, 18 noviembre 2008, Rol CA N° 1428-2008, Redactor Ministro señor Héctor Solís Montiel, Cdo. 8°. (La cursiva es nuestra).

<sup>783</sup> Como se desprende del siguiente fundamento de una sentencia pronunciada por la Corte Suprema conociendo de un recurso de nulidad: “Que como ya se dijo con anterioridad, no ha existido en este caso, relación causal entre la detención ilegal derivada de un erróneo control de identidad motivado por una denuncia anónima de un merodeador, donde por lo demás, *pareciera existir actuación de buena fe* por parte de los funcionarios aprehensores, y la flagrancia que motivó la actuación siguiente de la policía, cuando el acusado, en un acto voluntario, se desprendió de la droga que portaba y la arrojó en presencia de una funcionaria de Carabineros que actuó facultada por la ley procesal vigente y cuyo testimonio, tanto como la incautación que fueron evidencia y material probatorio en el juicio subsiguiente, no se han teñido con la ilicitud de la detención declarada ilegal a propósito del primitivo control de detención”. SCS, 11 diciembre 2007, Rol CS N° 5435-2007, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdo. 10°. (La cursiva es nuestra).

Apelaciones de Valdivia, de 6 de junio 2008, Rol CA N° 178-2008, en donde se señaló que:

“En el examen de la detención, para decidir si ella ha sido o no ilegal, deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias bajo las cuales las policías deben adoptar sus decisiones, efectuando un análisis bajo ese contexto y no ex post, con el estándar exigido a un profesional del derecho. Existiendo claros indicios sobre la participación criminal de uno de los imputados y no transcurriendo más de doce horas desde el momento de comisión del hecho y el de la detención, la *fuerza policial entendió estar actuando dentro de las hipótesis de flagrancia*, de manera que la detención e incautación de los objetos del delito se ajustó a derecho”,<sup>784</sup>.

El denominador común de estos fallos es que ni la Corte Suprema ni las Cortes de Apelaciones que los pronuncian explican por qué en el sistema chileno sería posible aplicar la *good faith exception* a la ineficacia de la prueba obtenida ilícitamente y cómo es que la supuesta buena fe de los agentes estatales lograría eliminar el hecho cierto de la vulneración de un derecho fundamental.

**b) En cuanto a sus efectos reflejos: la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” y sus excepciones en la jurisprudencia chilena**

A diferencia del caso español, en que la expresión “indirectamente” utilizada por el artículo 11.1 LOPJ ha dado pie a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria a aceptar la aplicación de la

---

<sup>784</sup> SCA de Valdivia, 6 junio 2008, Rol CA N° 178-2008, Redactor Ministro señor Patricio Abrego Diamantti, Cdo. 2°. (La cursiva es nuestra). Utilizamos el extracto propuesto por la base de datos <http://www.legalpublishing.cl>

denominada “teoría de los frutos del árbol envenenado”, por considerar que dicha expresión legal la consagra expresamente, en Chile los términos de los que se vale la regla de exclusión del artículo 276 inciso tercero CPPCh no permiten llegar, al menos desde el punto de vista literal, a una idéntica conclusión.

Sin embargo, la lógica misma de la regla de exclusión y el claro fundamento constitucional que reconoce, han posibilitado que la jurisprudencia otorgue una amplia acogida a esta teoría, con pronunciamientos que expresamente hacen referencia a la misma, tales como el siguiente:

“En el caso que nos ocupa, (...) la detención de que fueron objeto los acusados en la ciudad de Casablanca, fue declarada ilegal, de ahí, que toda la prueba obtenida en razón de ese acto es ilícita y debe por tanto ser excluida del juicio oral. Lo mismo ocurre con los elementos probatorios *obtenidos en forma derivada*, o como literariamente se ha denominado *frutos del árbol envenenado*”<sup>785</sup>.

---

<sup>785</sup> SCA de Rancagua, 14 junio 2007, Rol CA N° 216-2007, Redactor, no se consigna, Cdo. 4°. (La cursiva es nuestra). En el mismo sentido, SCA de Antofagasta, 19 mayo 2008, Rol CA N° 92-2008, Redactor Ministro señor Enrique Álvarez Giralt, Cdos. 6°-7°: “No es dable utilizar medios probatorios a través de los cuales se pretenda que el objeto que no fuera obtenido conforme a derecho, pueda ser tomado en consideración en el proceso y, consecuentemente, no puede considerarse prueba alguna que tenga su origen en aquélla que hubiere sido obtenido en forma contraria a la ley, pues existe un nexo causal que lo impide. Entonces, si el arma de fuego que portaba el imputado fue descubierta justamente por haber sido detenido ilegalmente, los funcionarios policiales que presenta el Ministerio Público en calidad de testigos tomaron conocimiento del hecho justamente por la actuación viciada, y depondrían acerca de las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a los hechos materia de la acusación – porte ilegal de arma de fuego – y de la declaración del imputado que ha sido declarada ilegal, lo que también alcanza al informe pericial y la prueba documental ofrecida, puesto que todos estos elementos probatorios tienen *relación directa* con la actuación de aquéllos, razón por la cual deben todos ser excluidos del auto de apertura

Sin embargo, tal como ha acontecido en Estados Unidos o en España, tan pronto se admite la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado se comienzan a elaborar las excepciones a la misma. De ahí que resulte más interesante estudiar este aspecto de la *fruit of the poisonous tree doctrine* desde el punto de vista de la jurisprudencia chilena.

Para comenzar, señalemos que la jurisprudencia, sin mayor apoyo legal, identifica con claridad tres excepciones a los efectos reflejos de la prueba ilícita:

“[S]iendo la prueba primigenia obtenida de manera ilícita, todo lo que es consecuencia de aquello también lo es, *salvo cuando se ha obrado de buena fe, se ha judicializado el asunto o el descubrimiento ha resultado inevitable*, lo que en la especie no ha ocurrido”<sup>786</sup>.

A continuación, pasaremos una breve revista a las excepciones indicadas en el fallo precedente, con la salvedad de que, por una parte, excluirémos de este catálogo jurisprudencial la excepción de buena fe, por constituir prioritariamente una excepción a la ineficacia de la prueba ilícita en general y haber sido ya estudiada y, por otra, añadiremos a dicho catálogo la excepción proveniente de las doctrinas de la fuente independiente y de la conexión atenuada.

#### **a’) La doctrina de la fuente independiente**

Tal como ya lo hemos comentado con anterioridad, la doctrina de la fuente independiente es una excepción más aparente que real, toda vez

---

de juicio oral”. Utilizamos el extracto propuesto por la base de datos <http://www.legalpublishing.cl>. (La cursiva es nuestra).

<sup>786</sup> SCA de San Miguel, 18 noviembre 2008, Rol CA N° 1428-2008, Redactor Ministro señor Héctor Solís Montiel, Cdo. 8°. (La cursiva es nuestra).



que deriva de la inexistencia de una relación de causalidad entre la primigenia ilicitud y la obtención del material probatorio.

Es decir, más que una excepción a los efectos reflejos de la prueba ilícita, constituye una consecuencia lógica de la misma derivada de la falta del indicado nexo causal.

Siendo así, la jurisprudencia chilena acoge ampliamente esta doctrina, al señalar la Corte Suprema, conociendo de un recurso de nulidad, que en términos generales la ilegalidad de una actuación debe conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, como única manera de sostener la inexistencia de violación alguna de garantías fundamentales. De esta forma, continua el Alto Tribunal, la ilegalidad alcanza a toda prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilegalidad original, pero advierte que es discutible aquello que debe entenderse por “fruto” de la ilicitud, en tanto debe establecerse una concreta *relación causal* entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la calidad de esa relación<sup>787</sup>. Más explícitamente la Corte Suprema ha señalado:

“[N]o puede darse la supuesta contaminación o ilicitud de la prueba que se pretende, toda vez que la misma se originó en una *actuación independiente* de la detención, como fue el ingreso al domicilio, autorizado por su propietario o encargado, por lo que aquello obtenido por los funcionarios de carabineros sigue siendo válido, ya que se desprendió de elementos independientes del acto declarado ilegal, como fue, únicamente, la detención del imputado. NOVENO: Que en estas

---

<sup>787</sup> SCS, 11 diciembre 2007, Rol CS N° 5435-2007, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdos. 9°-10°.

condiciones, la prueba constituida por la declaración de los funcionarios policiales y las obtenidas como consecuencia de la entrada y registro al domicilio del acusado, surgen de una *f fuente autónoma*, esto es, una vía distinta de adquisición de prueba, de modo tal que (...) la ilegalidad de la detención del imputado declarada por el tribunal de garantía en la audiencia correspondiente, no pudo tener el efecto pretendido de viciar de ilicitud la prueba de cargo o inculpativa aportada por el Ministerio Público y como consecuencia de ello se advierte que la condena del acusado puede sustentarse sin dificultad en aquellos medios obtenidos legítima y autónomamente de las supuestas manifestaciones irregulares”<sup>788</sup>.

#### **b’) La excepción de judicialización del asunto**

Para comentar la excepción a los efectos reflejos de la prueba ilícita denominada por la jurisprudencia chilena de “judicialización del asunto”, analizaremos un caso en que la Corte Suprema la acogió y que ya hemos comentado con ocasión de la prueba ilícita obtenida por particulares. Como ya señalamos, el asunto versó sobre los delitos de abuso sexual a menores reiterados (artículos 366 *bis* y 366 *ter* CPCh) y almacenamiento de material pornográfico infantil (artículo 374 *bis* CPCh), a los que había sido condenado el acusado. En la audiencia de juicio abreviado se presentó como evidencia material un disco compacto con contenido pornográfico extraído del ordenador personal del acusado de manera clandestina por la madre de la víctima y otra serie de discos compactos y vídeos de idéntico contenido obtenidos en una posterior diligencia de registro domiciliario practicada en uno de los domicilios del acusado, diligencia que se efectuó una vez formalizada la investigación

---

<sup>788</sup> SCS, 28 julio 2008, Rol CS N° 2521-2008, Redactor Abogado Integrante señor Óscar Carrasco A., Cdos. 8°-9°.

en su contra y previa orden judicial. Todos estos elementos probatorios fueron valorados positivamente por el TJOP, condenando al acusado, en lo pertinente, por almacenamiento de material pornográfico infantil. Contra esta sentencia, éste se alzó mediante recurso de nulidad fundado en el artículo 373 letra a) CPPCh en concordancia con los artículos 5 y 19 núm. 3 CCh, precisamente por haberse valorado fuentes de prueba obtenidas con infracción a garantías constitucionales. La Corte Suprema acogió el recurso, en tanto consideró ilícita la obtención del disco compacto original por parte de la madre de la víctima, pero en torno al resto de material pornográfico obtenido en el registro domiciliario del acusado, señaló:

“En efecto, como ya se ha dejado establecido, *el resto de los elementos probatorios fueron logrados cuando el hecho ya se había válidamente judicializado*, cuando se encontrada controlada la actividad policial por un Juez de Garantía competente, y obrando además premunidos de las ordenes e instrumentos legales correspondientes. En tal caso no se divisa la derivación directa de este actuar con la anterior, por ende, no puede ser ésta una razón más para considerar conculcadas garantías constitucionales y legales del imputado”<sup>789</sup>.

No estamos de acuerdo con esta excepción desarrollada por la jurisprudencia, en tanto creemos que lo relevante para excepcionar ciertos elementos probatorios de los efectos reflejos de una primigenia conculcación de garantías fundamentales es indagar acerca de la conexión o nexo causal que los une y no de manera primordial si ha mediado o no autorización judicial o se ha formalizado o no la

---

<sup>789</sup> SCS, 11 junio 2007, Rol CS N° 1836-2007, Redactor Ministro señor Nivaldo Segura Peña, Cdo. 8°. (La cursiva es nuestra).

investigación respecto del imputado, *judicializándose* de esta forma la investigación, puesto que ambas actuaciones no eliminan *per se* la contaminación de los elementos probatorios que intenta evitar la doctrina de los frutos del árbol envenenado. De lo contrario, tendríamos que concluir que en el caso de una confesión ilegal del imputado prestada en sede policial o incluso ante el fiscal, se obtuviere información pertinente para registrar un domicilio y encontrar de esta forma el cuerpo del delito, bastaría con previamente formalizar al imputado y solicitar autorización judicial para proceder al registro para así “limpiar” de la ilicitud primigenia el posible hallazgo en el registro.

En el caso en estudio, la verdad es que creemos que hubiese sido más pertinente invocar la doctrina del *descubrimiento inevitable o cursos de investigación hipotéticos*, puesto que si se suprime mentalmente de los acontecimientos la obtención clandestina del disco compacto por la madre de la víctima, con base en el sólo testimonio de la menor<sup>790</sup> el ministerio público podría igualmente haber solicitado una autorización judicial de registro domiciliario en contra del acusado y haberse encontrado dicho material pornográfico. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que el caso que hemos analizado presenta el obstáculo de la

---

<sup>790</sup> En efecto, los hechos constitutivos de abusos sexuales se producen en el lugar de trabajo de la madre de la menor, donde la víctima se quedaba después de las horas de colegio sola con el acusado, mientras su madre hacía trámites bancarios u otros ordenados por su jefe, el acusado. En parte de su testimonio la menor expresa: “que en la oficina donde ella permanecía, hacía tareas y jugaba en el computador de él [del acusado]. Señala que una memoria la usaba él y otra ella y su mamá. Un día cuando él dejó la memoria abierta ella vio mujeres sin ropa; se le pregunta por la edad de esas mujeres y contesta que tenían 20 o 16 años, pero no de la edad suya. Al preguntársele que le pareció lo que vio responde que se impresionó porque no pensó que el acusado podría tener esas cosas. Dice haber visto cosas parecidas, cintas de video antiguas que no sabía como reproducir; estaban en el cajón de abajo donde se guardaba pintura”.

improbable aplicación que tiene la doctrina del *descubrimiento inevitable* en el sistema chileno, cuestión que revisaremos en el apartado siguiente.

Otra posibilidad habría sido alegar derechamente la doctrina de la *fuerza independiente*, pues dado el tipo de delito por el que se perseguía a este acusado, la diligencia de registro domiciliario se imponía y en él se actuó respetando todas las garantías fundamentales, de suerte que el material probatorio de cargo obtenido en esta diligencia carecería de nexo causal con la primigenia vulneración de derechos fundamentales llevada a cabo por la madre de la víctima.

En síntesis, en nuestra opinión la introducción por parte de la jurisprudencia de la excepción de “judicialización del asunto” resulta preocupante, puesto que tiene pretensiones de operar automáticamente y con total prescindencia del análisis del nexo causal entre la original ilicitud y sus posibles derivaciones y porque también parece un intento velado de incorporar a nuestro sistema la excepción de buena fe.

### **c’) Doctrina del descubrimiento inevitable o cursos de investigación hipotéticos**

En nuestro análisis de la jurisprudencia chilena, en el que hemos utilizado un universo de cincuenta sentencias pronunciadas por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, sólo hemos detectado un caso en que se consigna esta doctrina como una excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado y de manera puramente formal:

“[S]iendo la prueba primigenia obtenida de manera ilícita, todo lo que es consecuencia de aquello también lo es, *salvo cuando* se ha obrado de buena fe, se ha judicializado el asunto o *el descubrimiento ha resultado inevitable*, lo que en la especie no ha ocurrido”<sup>791</sup>.

Siendo así, al parecer esta doctrina no ha sido invocada por las partes en términos de generar pronunciamientos jurisprudenciales, ni aún en casos en los que lo podría haber sido<sup>792</sup>, salvo uno muy reciente en el

---

<sup>791</sup> SCA de San Miguel, 18 noviembre 2008, Rol CA N° 1428-2008, Redactor Ministro señor Héctor Solís Montiel, Cdo. 8°. (La cursiva es nuestra).

<sup>792</sup> Como aquel en que funcionarios policiales habían recibido antecedentes sobre un sujeto que se dedicaba al tráfico de estupefacientes en una determinada residencia de la comuna del Quisco, logrando su identificación luego de una labor de inteligencia y sometiéndolo a vigilancia. Dentro de ese procedimiento se decidió que un funcionario policial interviniera como agente revelador, figura regulada en la Ley núm. 20.000, D.O. de 16 de febrero de 2005, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en cuyo artículo 25 faculta al Ministerio Público para autorizar a funcionarios policiales a desempeñarse como *agentes reveladores*, definiendo tal figura como “el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga”. Posteriormente se produjo una transacción de droga en dicho domicilio en la que colabora el policía debidamente facultado por el fiscal a cargo de la indagación, ante la cual se detuvo al acusado por delito flagrante, procediéndose a ingresar a su domicilio donde se hallaron doce coma dos gramos de cocaína, dosificada en trece bolsas de polietileno transparente, ingreso autorizado en casos de delito flagrante por el inciso primero del artículo 206 CPPCh. En el juicio oral posterior declara dicho agente y se acompaña el acta de la droga incautada, constituyendo elementos determinantes para fundar la sentencia de condena. Contra tal sentencia se alzó el acusado mediante recurso de nulidad basado en el artículo 373 letra a) CPPCh, por considerar que tanto el testimonio como la incautación de la droga provienen actuaciones ilícitas de la policía que han quebrantado el derecho a una investigación y procedimiento racionales y justos del artículo 19 N° 3 inciso sexto CCh, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse y el derecho a intimidad e inviolabilidad del hogar y a la libertad ambulatoria. Finalmente el recurso es desechado por considerar que todo el procedimiento de investigación fue lícito y por tanto también lo era las fuentes de pruebas en él obtenidas, pero sin que en ningún momento se argumentara que, aún sin la participación del agente encubierto, el domicilio estaba siendo vigilado pudiendo los policías en cualquier momento ser testigos de una transacción de droga que habría constituido igualmente delito flagrante. El caso se ventiló en la SCS, 24 enero 2011, Rol

que la Corte Suprema hace aplicación material de esta doctrina pero no designándola formalmente y que analizaremos en el apartado siguiente, pero que adelantemos se trata del enjuiciamiento del llamado popularmente “sicario”, José Mario Ruz Rodríguez.

Con todo, es necesario señalar que, al igual que en caso español, la doctrina del descubrimiento inevitable no resulta aplicable al sistema chileno dado el fundamento constitucional de la ineficacia de la prueba ilícita en Chile que impone el respeto irrestricto a los derechos fundamentales en la obtención del material probatorio penal. Siendo así, la circunstancia de que las fuentes de prueba hubiesen podido “inevitadamente” ser obtenidas por medios lícitos, pero que en definitiva no lo fueron, no es un argumento en Chile para evitar la aplicación de la regla de exclusión del artículo 276 inciso tercero CPPCh, por lo que no nos parece adecuado que la Corte Suprema, sin mayor reflexión ni argumentos, proceda a incluir esta doctrina dentro de las posibles excepciones a los efectos reflejos de la prueba ilícita en Chile.

#### **d’) Doctrina de la conexión atenuada**

Respecto de esta doctrina cabe señalar que, al igual que en el caso español, la misma reconoce serios obstáculos para ser aplicada al sistema chileno. El primero deriva de la circunstancia de que la regla de exclusión del artículo 276 inciso tercero CPPCh ordena la exclusión de pruebas “obtenidas” con infracción de garantías constitucionales expresión que, de conformidad a una interpretación sistemática de las normas de la CCh y CPPCh e historia fidedigna del establecimiento de

---

CS N° 9171-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdos. 7°-13°, GT N° 367, pág. 174.

este último cuerpo legal, admite gradaciones que pueden consistir en la privación, restricción o mera perturbación de dichas garantías. Siendo así, el que la conexión entre la ilicitud originaria y la obtención del material probatorio esté suficientemente atenuada en términos de impedir que la primigenia ilicitud alcance a la prueba derivada, no constituye un argumento que permita aplicar la excepción a los efectos reflejos de la prueba ilícita, puesto que por tenue que sea tal nexo, la vulneración de las garantías fundamentales igual se ha producido.

El segundo argumento nuevamente arranca de la naturaleza constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita en Chile, cuya objetivo no es meramente utilitarista ni destinado a generar un efecto disuasivo para los órganos persecutores estatales, sino que reconoce su fuente en la obligación impuesta a todos los órganos estatales de respetar los derechos fundamentales establecida en los artículos 5 y 6 CCh, entre otros. De esta manera la atenuación del vínculo entre la primigenia ilicitud y la obtención del material probatorio no elimina el hecho de que igualmente se vulneró una garantía fundamental.

Pese a ello, la jurisprudencia chilena ha recogido esta doctrina y lo ha hecho de una manera bastante cuestionable como pasamos a revisar.

El caso en el que detectamos la aplicación de esta doctrina constituye uno de los sucesos policiales más intrigantes y publicitados de los últimos años en Chile. Se trata del caso denominado mediáticamente “*el sicario de la Quintrala*”<sup>793</sup>. En lo pertinente de este caso se condenó a

---

<sup>793</sup> Haciendo alusión a Catalina de los Ríos y Lisperger (1604 - 1665), más conocida como *La Quintrala*, que fue una terrateniente chilena de la época colonial, famosa por su belleza y la crueldad con la que trataba a sus inquilinos. Se convirtió en



presidio perpetuo calificado al acusado José Mario Ruz Rodríguez como autor material de dos homicidios calificados y de un robo con homicidio ejecutados por encargo de la coimputada María Pilar Pérez. El tercer homicidio acaeció el día 4 de noviembre de 2008 sobre las 07:30 horas. Ese mismo día el principal sospechoso fue *invitado* por la policía al cuartel policial donde prestó una primera declaración autoincriminatoria sobre las 01:30 horas del día 5 de noviembre, sin presencia del fiscal ni de su defensor y sin que haya quedado completamente claro que le habían sido informados previamente sus derechos.

Durante la investigación posterior a cargo del Ministerio Público, el acusado prestó otras cuatro declaraciones autoincriminatorias, siendo prestadas con abogado defensor y advertido de sus derechos sólo en dos de ellas, las de los días 17 de noviembre y 11 de diciembre, ambas de 2008. En esta última declaración, el acusado no sólo habría ratificado todas sus anteriores declaraciones, sino que habría vuelto a declarar sobre los hechos imputados, todo ello en presencia del fiscal, abogado defensor y funcionarios policiales y una funcionaria administrativa del propio Ministerio Público convocados especialmente al efecto por los fiscales a cargo de la investigación.

Dado que el acusado decidió ejercer su derecho a guardar silencio en el juicio oral y ante la imposibilidad de *reproducir* las declaraciones previas otorgadas por el mismo en la fase de investigación, por no encontrarse en ninguna de las hipótesis de reproducción autorizadas en el artículo 331 CPPCh, el Ministerio Público optó por ofrecer como *prueba*

---

un ícono del abuso, y la opresión colonial. Su figura, fuertemente mitificada, pervive en la cultura popular de Chile como el epítome de la mujer perversa y abusadora. Para tildar a una mujer de abusadora en Chile se le dice "Quintrala". <http://es.wikipedia.org>

*testimonial de referencia* a la funcionaria administrativa de la Fiscalía que había presenciado la declaración del 11 de diciembre, además de otros funcionarios policiales que habían presenciado las anteriores declaraciones, todo ello con el fin de “introducir” estas declaraciones autoinculporatorias al juicio oral, siendo desechadas a su respecto las solicitudes de exclusión de pruebas presentadas oportunamente por la defensa en la audiencia de preparación del juicio oral.

Conociendo del recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Ruz, fundado en la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, por infracción al debido proceso y al derecho a guardar silencio, la Corte Suprema parte por reconocer que las declaraciones del 5 de noviembre y de 3 y 4 de diciembre se prestaron sin presencia de un defensor, para luego reflexionar que el derecho a guardar silencio es renunciable y que la presencia del abogado defensor no es absolutamente necesaria de conformidad a los artículos 91 y 194 CPPCh, centrando la cuestión en determinar si estas declaraciones y la del 11 de diciembre fueron prestadas por el acusado libre, voluntaria e informadamente, es decir, con pleno conocimientos de sus derechos, concluyendo lo siguiente:

a) Respecto de las declaraciones de 3 y 4 de diciembre de 2008, la Corte señaló que había que considerar que en esa época el acusado ya contaba con un abogado de su confianza, en tanto había quedado establecido que el 17 de noviembre de 2008 prestó testimonio ante los fiscales a cargo de la investigación en presencia del defensor público don Gonzalo Castro. Con base en esta información de la causa Corte concluyó que:

“Lo anterior revela, sin duda alguna, que previo a suministrar sus declaraciones de 3 y 4 de diciembre, en las que aportó información relevante sobre su participación en los hechos y sobre la intervención de

la coimputada, Ruz *ya contaba con un letrado* de su confianza, que evidentemente *estuvo en condiciones de asesorarlo* sobre la conveniencia de prestar una nueva declaración y sobre las consecuencias que podría acarrearle el contenido de la misma, contexto en el que, por cierto, no es posible dar por establecida la pretendida vulneración de las garantías del debido proceso y de no autoincriminación”<sup>794</sup>.

Es decir, tal como lo anunciamos en el apartado anterior, la Corte Suprema en este pasaje de la fundamentación del fallo que desecha el recurso de nulidad no hace sino acoger de alguna manera la *doctrina del descubrimiento inevitable o cursos hipotéticos de investigación*, en tanto valida las declaraciones prestadas el 3 y 4 de diciembre con base en *lo que pudo ser* pero que en definitiva *no fue*, esto es, prestarlas el acusado en presencia de su abogado defensor.

b) Pero la parte de esta sentencia que queremos destacar es la referida a lo reflexionado por la Corte Suprema en torno a la declaración del acusado del día 11 de diciembre de 2008, donde sí estuvo presente el defensor y que fue introducida al juicio a través del testimonio referencial de una funcionaria de la fiscalía que la presenció e intervino en el interrogatorio mismo. Al respecto señaló la Corte que en esta declaración el acusado efectuó una ratificación no sólo formal de sus declaraciones previas, sino que incluso se *explayó* nuevamente sobre las mismas, sin que la defensa cuestionara en esa oportunidad la comparecencia de la asistente administrativa de la fiscalía que luego declaró como testigo. Finalmente la Corte concluye que:

---

<sup>794</sup> SCS, 2 mayo 2011, Rol CS N° 2095-2011, Redactor Abogado Integrante señor Jorge Lagos G., Cdo. 34°. (La cursiva es nuestra).

“[E]n este caso, aún de estimarse que las declaraciones del imputado prestadas sin defensor resultarían inválidas, parece factible la aplicación de lo que en doctrina se conoce como “*el principio de la conexión atenuada*”, que opera como un límite o excepción a la exclusión de prueba ilícita y por el cual se permite la incorporación de prueba obtenida originalmente con infracción de garantías, en razón de haberse disipado el *sentido disuasivo o fin preventivo* de la regla de exclusión, por ejemplo, a través de un *acto libre de voluntad que tienda a purgar el vicio*, tal como ha ocurrido en este caso con la última declaración prestada por el acusado [la de 11 de diciembre de 2008], que sin duda alguna se suministró de manera voluntaria al contar con la presencia del defensor, escenario en el que la ratificación de las declaraciones previas manifestada en la misma con dicha asesoría e incluso la insistencia del letrado, desde luego *resulta apta y suficiente para purgar las supuestas irregularidades de las precedentes*”<sup>795</sup>.

Al margen de la cita errónea al efecto disuasivo que persigue la exclusión de prueba ilícitamente obtenida porque, tal como ya lo hemos indicado previamente, tal finalidad no es el fundamento de la indicada regla de exclusión en Chile, creemos que la citada sentencia se equivoca al considerar que la declaración en sede policial o ante la fiscalía constituye un medio de prueba que puede ser valorado en el juicio oral para fundamentar el fallo de condena, incluso indirectamente a través del testimonio referencial de quienes la presenciaron.

Tal posibilidad no resulta procedente en el sistema chileno por las siguientes razones:

---

<sup>795</sup> SCS, 2 mayo 2011, Rol CS N° 2095-2011, Redactor Abogado Integrante señor Jorge Lagos G., Cdo. 35°. (La cursiva es nuestra).

a) Porque el artículo 98 CPPCh concibe la declaración del imputado sólo como un *medio de defensa* y no cualquier declaración, sino sólo la judicial, otorgándole el derecho al imputado durante todo el procedimiento y en cualesquiera de sus etapas a solicitar al juez de garantía y, en su caso, al TJOP, la citación a una audiencia para prestar declaración.

b) Porque el artículo 331 CPPCh, en sus letras b, c y d, regula de manera muy restringida los eventos en que resulta posible reproducir declaraciones anteriores del imputado en la audiencia del juicio oral, mediante su reproducción audiovisual o la lectura de los registros donde consten y el silencio del acusado en el juicio oral no se contempla en ninguna de estas hipótesis. Asimismo, tampoco corresponde dar lectura a declaraciones anteriores del acusado como apoyo de memoria regulada en el artículo 332 CPPCh, porque tal hipótesis presupone que el acusado decida declarar en el juicio oral, en circunstancias que en este caso el acusado ejerció su derecho a guardar silencio durante la audiencia del juicio oral.

c) Porque, aunque sólo se considerase la declaración del día 11 de diciembre de 2008, prestada ante los fiscales y en presencia del abogado defensor del acusado, sucede que esta declaración no constituye un medio de prueba porque no se ha prestado con las garantías que el sistema procesal penal chileno establece para la prueba procesal sobre la que el tribunal sentenciador puede fundar su fallo.

Tales garantías son la contradicción, oralidad, inmediación y publicidad y la derivada de que la prueba sobre la cual el tribunal ha de fundar su convicción es la rendida en la audiencia del juicio oral, conforme lo dispone los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh.

d) Siendo así, no existe una declaración del acusado, prestada con todas las garantías ante el TJOP y en la audiencia del juicio oral que pueda entenderse derivada de una ilicitud primigenia producida en fase de investigación, respecto de la cual pueda considerarse que el nexo que une a la primera con esta última pueda considerarse atenuado. La Corte, en cambio, propone la atenuación del nexo entre una declaración prestada en fase de investigación ante el Ministerio Público y en presencia de su abogado defensor y otras cuatro declaraciones previas prestadas, también en fase de investigación, sin abogado o incluso sólo ante los agentes policiales. En síntesis, se trata exclusivamente de actuaciones de investigación que, en caso alguno, constituyen prueba procesal y respecto de las cuales no corresponde aplicar la teoría del nexo causal atenuado.

e) En cuanto al testimonio referencial de los funcionarios policiales que presenciaron las declaraciones del acusado en fase de investigación, incluso a pedido de los fiscales, o sea por la vía de la preconstitución de una prueba testimonial, argumento que bastaría para excluir dicha probanza, tampoco puede considerarse que la vinculación entre la información que ellos transmiten al tribunal sentenciador se encuentre atenuada o debilitada de la primigenia ilicitud consistente en que dichas declaraciones fueron prestadas sin abogado defensor y no quedando completamente claro que se le habían informado al acusado todos los derechos que le asistían. Aquí no hay atenuación posible, esos testimonios referenciales debieron ser excluidos, aunque sea por la vía de la exclusión temática, por haber sido obtenidos con infracción de garantías fundamentales.

g) En cuanto al testimonio referencial de la funcionaria administrativa del ministerio público, que declara sobre lo oído al

acusado en su declaración de 11 de diciembre ante los fiscales y asistido por su abogado defensor, tampoco creemos pertinente la aplicación de la doctrina de la conexión atenuada porque se trató de una declaración prestada en fase de investigación por el acusado, de manera voluntaria y libre y asistido por su abogado, por lo que no vislumbramos un problema de ilicitud en su obtención. Aquí, en cambio, los asuntos en cuestión son otros y más graves, si cabe: ¿es posible incorporar esa declaración al juicio oral por la vía de un testimonio referencial de un funcionario policial (administrativo en este caso) ante el silencio del acusado en el juicio oral?; ¿puede considerarse que la práctica misma de un testimonio referencial de la clase que analizamos vulnera directamente el derecho a guardar silencio del acusado en la audiencia de juicio oral, tratándose, en consecuencia, de una ilicitud producida y manifestada en la misma audiencia del juicio oral?; y ¿qué es realmente lo que valoró el tribunal sentenciador: el testimonio referencial o directamente la declaración del acusado en fase de investigación?.

En nuestra opinión el testimonio referencial de una declaración meramente policial o ante la fiscalía, máxime si existen dudas acerca de su regularidad, en ningún caso debe ser incorporada al juicio dado que no corresponde a una declaración judicial ni ha sido prestada con las garantías de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad ni corresponde a los casos que la ley regula como excepciones a la prueba rendida en el juicio oral como fundamento de la convicción del tribunal en, entre otros, los artículos 331 y 332 CPPCh, por lo que burlar dichas normativas significa dismantelar la estructura misma del nuevo sistema procesal penal chileno, vulnerar el derecho de defensa del acusado amén de su derecho a guardar silencio y, desde luego, con todo ello, vulnerar la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria. Tampoco es

admisible, tal como lo señala el voto disidente del fallo pronunciado por el TJOP en este caso, que sean los propios agentes del órgano persecutor estatal los que se erijan en sí mismos en fuentes de prueba y que, además, intenten con ello reemplazar el acto personalísimo del acusado consistente en su declaración en el juicio<sup>796</sup>.

En cuanto a la segunda interrogante creemos que la práctica de un testimonio referencial de la clase que analizamos vacía de contenido y vulnera directamente el derecho a guardar silencio que el acusado ha decidido ejercer en la audiencia de juicio oral, tratándose, en consecuencia, de una ilicitud producida y manifestada en la misma audiencia del juicio oral, de lo que se sigue que la valoración de este medio de prueba por parte del tribunal sentenciador implicaría una vulneración a la presunción de inocencia. En este sentido, el citado voto disidente del fallo de instancia señala:

“[E]vidente resulta que en el desarrollo de la audiencia de juicio oral, prima la decisión final del acusado a guardar silencio como medio de defensa, ejerciendo su derecho de defensa material, que aquella efectuada por el Ministerio Público de hacer comparecer a estrados testigos presentes en la declaración de su imputado, en la etapa investigativa, *con el único objeto de evitar* — aún tangencialmente — *que aquel ejerza su derecho constitucional*; razón por la cual no puede esta Magistratura considerar como sustento de incriminación los dichos del imputado introducidos vía policial y Fiscal en las audiencias de este juicio oral”<sup>797</sup>.

---

<sup>796</sup> Cfr. STJOP Tercero de Santiago, 26 febrero 2011, RIT N° 136-2009, punto I, 1 de voto disidente de Magistrado señora Doris Ocampo Méndez.

<sup>797</sup> STJOP Tercero de Santiago, 26 febrero 2011, RIT N° 136-2009, punto I, 1 de voto disidente de Magistrado señora Doris Ocampo Méndez.



Finalmente, del tenor de la sentencia del TJOP que enjuició este caso y de la Corte Suprema que desechó el recurso de nulidad, fluye que lo que realmente se valoró fueron esas declaraciones previas del acusado, aunque ciertamente no fueron las únicas pruebas de cargo que se rindieron y valoraron, pero sí tuvieron influencia decisiva en la condena de José Ruz, tal como se desprende del siguiente párrafo de la sentencia en que se ponderan los comentados testimonios referenciales de la policía y asistente del fiscal a cargo de la investigación:

“Probanza toda la anterior que estos sentenciadores de mayoría estiman de envergadura, considerando, (...), que en el caso no ha existido vulneración del derecho a guardar silencio, al que se ha acogido el imputado, *toda vez que se trata de declaraciones prestadas en la etapa investigativa* en que fue informado de sus derechos expresando su consentimiento para declarar, estimándose que la decisión adoptada por el inculcado en esta sede jurisdiccional no tiene efecto retroactivo, por lo cual *introducida la información por testigos hábiles, resulta conducente a la acreditación de su intervención, en cuanto autor*, en los términos establecidos en el artículo 15 N° 1 del Código Penal”<sup>798</sup>.

Muy interesante resulta la lectura del voto disidente que hemos citado en el cual se recogen ampliamente y se comparten las tres reflexiones precedentemente apuntadas.

En síntesis, por una parte, el testimonio de referencia de funcionarios policiales respecto de declaraciones prestadas de manera

---

<sup>798</sup> STJOP Tercero de Santiago, 26 febrero 2011, RIT N° 136-2009, Cdo. 23°, Redactores Magistrados señora Patricia González Quiroz y señor Alejandro Aguilar Brevis.

irregular por el acusado en fase de investigación, aún prescindiendo del ejercicio a guardar silencio del acusado en la fase de juicio oral, nos parece claramente una manera de eludir la regla de exclusión del artículo 276 inciso tercero CPPCh, posibilitando la valoración indirecta de una fuente de prueba ilícitamente obtenida, vulnerando con ello la presunción de inocencia. Y, por otra, el testimonio de referencia de la funcionaria del Ministerio Público que intervino, incluso interrogando al acusado, en la declaración del 11 de diciembre, nos parece una manera de burlar los artículos 296, 340 inciso segundo CPPCh, que establecen que el tribunal sólo puede fundar su convicción sobre la prueba rendida en el juicio oral y 331 CPPCh, que señala taxativamente los casos en que es posible incorporar al juicio oral declaraciones previas prestadas por el acusado, no contemplándose el silencio del acusado en la audiencia del juicio como una de las hipótesis que esta norma prevé.

En consecuencia, con esta clase de testimonio referencial nuevamente se infringe la presunción de inocencia en un doble sentido:

1) en tanto este derecho fundamental impone que la misma debe ser desvirtuada mediante prueba procesal, obtenida y practicada lícitamente y con todas las garantías en la audiencia del juicio oral; y

2) en tanto este testimonio referencial es un medio de prueba cuya práctica conculca directamente el derecho a guardar silencio del acusado ejercido en el juicio oral, por tanto se trata de un medio de prueba ilícitamente practicado cuya valoración infringe la presunción de inocencia.

Finalmente apuntar que ante esta preocupante tendencia jurisprudencial se impone la introducción de una norma que prohíba el testimonio referencial de agentes del órgano persecutor sobre

deklaraciones prestadas en la fase de investigación por el acusado, a semejanza del artículo 195.4 CPPi<sup>799</sup>.

---

<sup>799</sup> La disposición señala lo siguiente: “Art. 195. Testimonianza indiretta. 1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre. 2. Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1. 3. L'inosservanza della disposizione del comma 1 rende inutilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità. 4. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettere a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo”. Sobre este tema, puede verse GAETA, Piero, “Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195, comma 4 C.P.P.)”, en *Giusto Processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di TONINI, Paolo, Padova, CEDAM, 2001, págs. 235-79; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori”, en *La prova nel dibattimento penale*, terza edizione, Torino, G.Giappichelli Editore, 2007, págs. 255-63.

## **CAPÍTULO CUARTO: GARANTÍAS PROCESALES Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL. REGLA GENERAL**

### **I. BREVE INTRODUCCIÓN A LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA**

Mientras que en el capítulo anterior nos referimos a la exigencia de que la prueba apta para destruir la presunción de inocencia debía ser aquella cuyas fuentes habían sido obtenidas y el correspondiente medio de prueba practicado con absoluto respeto de los derechos fundamentales, en el presente nos dedicaremos a estudiar otro de los aspectos más sustanciales del derecho a la presunción de inocencia en su faceta de regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado.

Este aspecto está constituido por la necesidad de que la prueba procesal dirigida a desvirtuar la presunción de inocencia debe ser aquella practicada durante el juicio oral y ello por una razón muy simple: en línea de principio sólo la prueba practica en la audiencia del juicio oral asegura que la misma se ha practicado con respeto a las garantías fundamentales en la formación de la prueba, como son la contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

En efecto, sólo la actividad probatoria desarrollada con plena actuación de las antedichas garantías puede ser catalogada de una auténtica prueba procesal y puede conferírsele la aptitud para destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Comenzaremos este capítulo realizando una breve referencia a la configuración legal y jurisprudencial que posee la garantía general de que la prueba debe rendirse en el juicio oral, como única manera de

garantizar la plena actuación de las ya referidas garantías, para luego centrarnos en el estudio de la configuración constitucional, legal y jurisprudencial de cada uno de estos principios en los sistemas procesales penales de España y Chile.

Como es evidente, en este capítulo nos referiremos a la configuración y actuación positiva de estos principios en la formación de la prueba procesal, limitándonos sólo a enunciar las posibles excepciones a la regla de que la prueba debe rendirse en el juicio oral y, consecuentemente, a las hipótesis legalmente previstas en España y Chile que admiten la eventual utilización a los fines de la formación de la convicción judicial, especialmente de condena, de fuentes de prueba obtenidas como consecuencia de diligencias llevadas a cabo en la fase de sumario criminal en el caso español y en la fase de investigación en el chileno. Dichas excepciones e hipótesis serán objeto de estudio en los capítulos siguientes, dada la especial relevancia que su configuración legal y, sobre todo, su aplicación jurisprudencial revisten para el respeto del derecho a la presunción de inocencia, puesto que la extensión indebida de los alcances que cada una de estas hipótesis de excepción conlleva necesariamente la vulneración del derecho al debido proceso en general y particularmente al de la presunción de inocencia si se comprueba que la convicción de condena que contiene la sentencia penal se ha basado exclusivamente en actuaciones de investigación que no cumplen con las exigencias para constituirse en hipótesis de excepción, sin poder revestir, consecuentemente, el carácter de auténtica prueba procesal.

Pero antes de comenzar nuestro estudio, realizaremos una breve referencia a la noción misma de las expresiones “garantía” y específicamente de “garantía procesal”.

Cuando se habla de las exigencias o máximas esenciales de la prueba procesal aludiendo con ello a los principios de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad, creemos que es preferible hablar de “garantías” y no meramente de “principios”. Lo anterior porque coincidimos con Ramos Méndez<sup>800</sup> en considerar que la expresión “principios” no pone el debido acento en el grado de cumplimiento del mismo y de lo que estamos hablando cuando nos referimos a los indicados principios como exigencias de la prueba procesal para destruir la presunción de inocencia, no constituyen meras enunciaciones que aspiran a que sean cumplidas dentro del proceso, sino que conforman auténticas exigencias cuyo cumplimiento puede y debe ser permanentemente controlable y del cual ciertamente depende que una actividad realizada en el proceso con fines probatorios pueda o no ser catalogada de prueba procesal y, consecuentemente, ser susceptible o no de configurarse en fundamento de la convicción judicial, especialmente cuando esta es de condena.

De ahí que prefiramos utilizar la expresión “garantías” para referirnos a los principios que deben rodear la práctica de un medio de prueba, en tanto por dicha expresión en el ámbito jurídico ha de entenderse, al decir de Ferrajoli, “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” señalando, además, que en sus orígenes la expresión se encuentra conectada al derecho privado, pero que luego fue ampliándose al ámbito del derecho penal de la mano de la tradición

---

<sup>800</sup> Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, cit., págs. 7-8.

clásica del pensamiento penal de corte liberal nacido en el seno de la ilustración<sup>801</sup>.

Con respecto específicamente a las garantías procesales, el citado autor italiano señala que son aquellas relativas a la formación del *juicio* y encuentran su fundamento en la tutela de los inocentes que, junto a la de castigar a los culpables, son las dos finalidades que persigue el derecho procesal penal. Dichas garantías, constituyen los pilares sobre los cuales se cimientan los procedimientos de verificación aportados por la epistemología acusatoria, que tiene su base en el método de la prueba y refutación, lo que asegura la obtención de una *verdad mínima* (relativa y aproximada)<sup>802</sup>.

La sistematización que Ferrajoli realiza de las garantías procesales nos parece interesante, en tanto las estructura en dos grandes categorías: a) las garantías *primarias o epistemológicas*: que son la formulación de la imputación, la carga de la prueba, el derecho de defensa y el contradictorio; y b) las *secundarias o de segundo nivel*: constituidas por la *publicidad*; la *oralidad*, que comporta la intermediación y la concentración de la instrucción probatoria; la *legalidad de los procedimientos*; y la *motivación*, que cierra el sistema documentando y

---

<sup>801</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio 2000, pág. 39. Otras definiciones de garantías se pueden encontrar en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función...”, en *La restricción...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 220-21; y pág. 3 en versión electrónica y en SASTRE ARIZA, Santiago, “Derecho y garantías”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio 2000, pág. 47.

En cuanto a los orígenes de la expresión “garantía”, conviene consultar FRAGALI, Michele, “Garanzia”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XVIII, Milano, Giuffrè Editore, 1969, págs. 446-47; y en lo relativo al significado y origen de la expresión “garantía constitucional”, véase GALEOTTI, Serio, “Garanzia costituzionale”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XVIII, Milano, Giuffrè Editore, 1969, págs. 490-93.

<sup>802</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., págs. 541 y 603.

garantizando su carácter cognoscitivo. Las llamadas garantías procesales primarias representan las condiciones epistemológicas de la prueba, principalmente la refutabilidad de la hipótesis acusatoria; mientras que las secundarias o instrumentales están destinadas a asegurar la efectividad de las primarias, por lo que Ferrajoli las califica de “garantías de garantías”, en términos tales que la constatación del cumplimiento en el proceso de las garantías secundarias permite tener una relativa certeza de que en el procedimiento en general y en el probatorio en particular, se han cumplido también las garantías primarias<sup>803</sup>.

## **II. EL JUICIO ORAL COMO MOMENTO CENTRAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PROCESAL**

### **1. En el sistema procesal penal español. Regla general y enunciación de excepciones**

Ya habiéndonos referido en el capítulo segundo de este trabajo a las diferencias entre las actividades de averiguación y prueba, lo cierto es que constituye un postulado esencial del derecho a la presunción de inocencia el que la prueba destinada a destruirla sea aquella practicada, con todas las garantías constitucionales y legales, en la audiencia del juicio oral. Así lo señaló tempranamente la citada sentencia del TC 31/1981, (Sala Primera), de 28 de julio de 1981, tal como lo veremos más adelante. La anterior doctrina jurisprudencial ha conducido a negar — de manera general — eficacia probatoria a las actuaciones sumariales en términos de poder servir de fundamento a la sentencia.

Sin embargo, hemos de constatar que la jurisprudencia española tuvo que recorrer un largo camino para poder llegar a la conclusión

---

<sup>803</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., págs. 606 y 616.



enunciada, no bastándole la sola entrada en vigor de la LECRIM de 1882 y aún sosteniendo una tesis distinta con posterioridad a la CE de 1978.

A continuación pasaremos revista a esta evolución jurisprudencial y a las posibles causas de sus retrocesos y vacilaciones, aunque no con un afán exhaustivo dado que la materia se encuentra ya adecuada y bastamente estudiada y sistematizada por la doctrina española<sup>804</sup>.

#### **A) Situación hasta la STC 31/1981 y causas de la mala praxis**

No obstante la entrada en vigor de la actual LECRIM, lo cierto es que hasta por lo menos el año 1981 la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles no había acusado recepción del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal establecido por la misma y casi sin excepción fundaban su convicción judicial tanto en las pruebas del juicio oral cuanto en las diligencias sumariales. Buena muestra de ello nos la proporciona Ortells citando históricos fallos que derecha y expresamente equiparan los “folios del sumario” a la prueba procesal e incluso afirman que el *celo* de la labor jurisdiccional impone a los sentenciador a tomar conocimiento de *todos los folios sumariales*<sup>805</sup>.

Siendo este el panorama jurisprudencial tras casi cien años de vigor de la LECRIM, irrumpe la STC 31/1981, (Sala Primera), de 28 de

---

<sup>804</sup> Así, por ejemplo, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 227-38; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 293-304; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios o instrumentos que pueden ser utilizados por el Tribunal para formar su convicción”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, págs. 739-43.

<sup>805</sup> Cfr. STS, 10 noviembre 1972, J.C., noviembre-diciembre 1972, Nº 1540, en ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, núms. II-III, abril-septiembre de 1982, págs. 367-69 y fallos citados por el autor.

julio de 1981, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón, sentando la llamada doctrina de la “mínima actividad probatoria” necesaria para destruir el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Como ya hemos tenido oportunidad de señalar en este trabajo, dicha sentencia estima parcialmente el recurso de amparo interpuesto en contra de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de octubre de 1979, que condenó al procesado del caso por el delito de robo, por considerar que dicha condena se había basado exclusivamente en una confesión del procesado prestada ante la Policía, sin la presencia de su abogado y sin ser reiterada y ratificada ante el órgano judicial. Sobre este punto la citada sentencia señaló que para desvirtuar la presunción de inocencia era preciso:

“[U]na mínima actividad probatoria *producida con las garantías procesales* que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado (...). Por otra parte, las pruebas a que se refiere el propio art. 741 de la L.E.Crim., son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a los alegados y probados dentro de él (*secundum allegata et probata*)”<sup>806</sup>.

Pues bien, aunque la citada sentencia señaló que la sola declaración del procesado ante la policía sin las garantías establecidas en el art. 17 CE y sin haber sido ratificada *ante el órgano judicial* no constituye base suficiente para desvirtuar dicha presunción de inocencia (FJ. 4º), no aclarando adecuadamente si la inmediación exigida era la del Tribunal sentenciador o la del Juez de Instrucción<sup>807</sup> — cuestión que

---

<sup>806</sup> FJ. 3º. (La cursiva es nuestra).

<sup>807</sup> Sobre esta crítica a la citada STC, ver MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en

posteriormente ha sido dilucidado por la doctrina del TC como tendremos oportunidad de analizar más adelante en este capítulo —, lo cierto es que hizo renacer aquel pilar fundamental que la LECRIM de 1882 había consagrado: el juicio oral como momento central en la práctica de la prueba susceptible de fundar una sentencia penal.

Pero a pesar de esta importante sentencia del TC, existieron pronunciamientos posteriores de este Alto Tribunal en los que se insistía en valorar diligencias sumariales como si de pruebas procesales se tratara, tal como lo demuestra el tenor del FJ. 2º de la sentencia del TC 124/1983 (Sala Segunda), de 21 de diciembre, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente:

“Ahora bien, la lectura de las actuaciones judiciales *desde las diligencias previas hasta el acta del juicio oral*, precedidas por las diligencias preparatorias, ponen en evidencia que en este caso se ha llevado una *intensa actividad probatoria*, ya que en el juicio oral se tuvo presente como prueba documental *todas las actuaciones practicadas en las diligencias preparatorias*, constando, además, la práctica de la pericial y de la testifical”<sup>808</sup>.

En torno a las causas que condujeron a la jurisprudencia a formular afirmaciones como las transcritas precedentemente, hemos de señalar que son varios los autores que se pronuncian sobre ellas e

---

*Trabajos de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, págs. 558-59; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 297-98.

<sup>808</sup> La cursiva es nuestra. En el mismo sentido, entre otras, SSTC 55/1982 (Sala Segunda), 26 julio, FJ. 2º; 116/1983 (Sala Segunda), 7 diciembre, FJ. 2º-3º, Ponente en estas dos primeras sentencias D. Jerónimo Arozamena Sierra; 4/1986 (Sala Segunda), 20 enero, FJ. 1º a 3º, Ponente D. Antonio Truyol Serra; y 64/1986 (Sala Primera), 21 mayo, FJ. 2º, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce León.

intentan sistematizarlas<sup>809</sup>, por lo que sólo nos limitaremos a enunciar algunas que nos parecen más generales en términos de que pueden estar presentes también en otras realidades procesales distintas a la española.

a) Se ha mencionado como una de estas causas la nunca superada idea inquisitiva de los sistemas procesales penales que antecedieron a la LECRIM de 1882<sup>810</sup>, cuyo peso dio lugar luego a una arraigada costumbre que dicha Ley no pudo erradicar.

b) Otra de las posibles causas la encontramos en el *dogma de la verdad absoluta* como finalidad de la prueba procesal y, muy ligada a él, en una errónea interpretación de la libre convicción. Abordando ambos temas, Nobili señala que existen dos maneras de entender la libre convicción. Una de ellas impone que la operación cognoscitiva del juez no soporta por vía de principio límites de método, con lo cual se reducen los parámetros de apreciación de las pruebas a la sola veracidad, es decir, a la sola eficacia lógico argumentativa, con absoluta indiferencia por

---

<sup>809</sup> Así, por ejemplo, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 378-79; MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Trabajos de Derecho procesal*, cit., págs. 546-48; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., pág. 219; BURÓN BARBA, Luis Antonio, “Castigar y juzgar (Notas para un centenario)”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 4, septiembre 1982, págs. 109-11; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 155-56; y, especialmente, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 29-32; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 278-93; y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, cit., págs. 157 y 173-79.

<sup>810</sup> Sobre los rasgos inquisitivos y la concepción de que la convicción judicial debía formarse con base a los resultados del sumario y del juicio oral a la vez, a modo de dos materiales complementarios, que se encontraba presente en la legislación previa a la LECRIM de 1882 y en la de sus operadores, es perentoria la cita a ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 371-76.

cualquier criterio de inadmisibilidad o regla de exclusión y por cualquier consideración acerca de la manera en que se ha formado y obtenido la prueba, llegando con ello a identificar la libre convicción con la búsqueda de la verdad independientemente de su costo, característica propia del sistema inquisitivo. Del lado opuesto — continúa el autor apoyando esta segunda tesis — se considera que la libre convicción quiere decir valoración de las pruebas según la experiencia del juez, concibiendo a la prueba como una entidad jurídica respecto de la cual se han fijado condiciones de admisibilidad y modo de formación, lo cual nunca podrá coincidir con la idea de que ningún precio sea excesivo para alcanzar la verdad<sup>811</sup>.

Si a la primera de las formas enunciadas de entender la libre convicción se le une la ausencia de toda motivación de las sentencias penales, la posibilidad de que las actuaciones sumariales sean utilizadas para fundar la convicción judicial del tribunal sentenciador es ilimitada y, ciertamente incontrolable<sup>812</sup>.

c) Otra de las causas de la mala praxis que estamos estudiando y que el sistema español puede compartir con casi la totalidad de los sistemas procesales penales del mundo, es la *excesiva duración de los sumarios* o instrucción criminal, lo que impide las más de las veces la “repetición” de la diligencia sumarial o, mejor dicho, la disponibilidad de la fuente de prueba obtenida en el sumario para ser introducida en el juicio oral a través del respectivo medio de prueba. La realidad descrita

---

<sup>811</sup> Cfr. NOBILI, Massimo, “Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1971, págs. 272-73 y 275-78.

<sup>812</sup> En el mismo sentido, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 156.

ha contribuido siempre a otorgarle eficacia probatoria a las diligencias sumariales argumentando que con ello se intenta evitar la pérdida de datos que pueden ser relevantes para la decisión del caso, por cuanto el exceso de duración de los sumarios actúa directamente en detrimento de la “conservación y aseguramiento de las fuentes de prueba”, sea por la vía de la desaparición, transformación o modificación de aquellas fuentes de prueba de carácter material, o sea por la vía de al menos la pérdida de claridad en los recuerdos tratándose de fuentes personales de prueba<sup>813</sup>.

d) La excesiva confianza que proporciona a los resultados del sumario la *presencia y dirección judicial* de la fase de instrucción (artículos 303 y 306 y siguientes LECRIM) y el paulatino *aumento de garantías objetivas* sobre todo para el imputado en esta misma fase, mal entendiéndose esto último en el sentido de que aquellas garantías otorgarían por sí mismas carácter de prueba procesal a diligencias sumariales que, por su propia naturaleza y finalidad, no lo poseen al margen de las garantías que se observen en su práctica<sup>814</sup>.

e) Finalmente, específica del sistema español encontramos como causa de esta mala praxis la *errónea interpretación del artículo 726 de la LECRIM*, que como es sabido autoriza al Tribunal para examinar:

“por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad”.

Durante al menos la primera mitad de la década de 1980 se acuñó

---

<sup>813</sup> Así lo advierte GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 175.

<sup>814</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 29-30; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 290-92.

en la práctica judicial la costumbre de solicitar que se tuviera por acompañado al juicio oral, en calidad de prueba documental, la totalidad de los folios del sumario en virtud del artículo 726 LECRIM para luego, en el juicio oral, no proceder a su lectura, conformándose todas las partes con el formulismo de tenerlos “por reproducidos”.

Esta errónea interpretación del artículo 726 LECRIM se apoyó en dos órdenes de argumentos: la extensión a la fase sumarial del principio de contradicción lo que otorgaba un barniz de “prueba procesal” a las diligencias sumariales y la necesidad de evitar sistemáticas absoluciones en aquellos casos en que sólo se contaba con la mal llamada “prueba documental” que suponen los autos sumariales<sup>815</sup>.

Esta práctica ya abandonada, fue ciertamente avalada por un sector de la doctrina y también acogida por la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles<sup>816</sup>. Específicamente en el ámbito doctrinal, constituyen ejemplos de esta tesis opiniones como las de Quintano Ripollés, quien no dudaba en afirmar que, no obstante que las investigaciones del sumario no constituían formalmente pruebas, no sólo nada impedía sino que era prácticamente imposible evitar que pudieran ser utilizadas para formar la convicción judicial y ello en atención al

---

<sup>815</sup> Dando cuenta de estos argumentos, cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 191; y BURÓN BARBA, Luis Antonio, “Castigar y juzgar (Notas para un centenario)”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 109.

<sup>816</sup> SSTC 124/1983 (Sala Segunda), 21 diciembre, FJ. 2º; 103/1985 (Sala Segunda), 4 octubre, FJ. 4º; y 82/1988 (Sala Primera), 28 abril, FJ. 3º. En el ámbito de la jurisprudencia del TS, véase especialmente SSTs 1263/1983, (Sala Penal), 27 septiembre, FJ. 2º; y 1528/1983, (Sala Penal), 18 noviembre, FJ. 2º y los estudios realizados por DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 189-93; y VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 231-36.

principio de verdad material que domina el procedimiento penal<sup>817</sup>. Previamente sobre el punto se había referido Jiménez Asenjo, quien derechamente postulaba que “el fin de la instrucción constituye por sí el verdadero período probatorio del proceso” agregando que “el plenario vive y actúa en función del sumario y por el sumario mismo” y que “la instrucción es un arsenal de pruebas indiscutible” que pasa al plenario “con toda su eficacia demostrativa y le imprime carácter y vida”, limitándose la función del plenario sólo a ratificar o rectificar a la instrucción. Finalmente, concluye el autor, el sumario “es, por tanto, prueba y prueba eficaz y trascendente que decide la tesis del proceso”<sup>818</sup>. Por su parte, Silva Melero también se sumaba a esta corriente doctrinal señalando que, como consecuencia del principio de investigación de la verdad real, “la prueba en el proceso penal tanto cabe referirla a la fase sumarial como a la del juicio”<sup>819</sup>.

Con todo, las reacciones no se hicieron esperar, partiendo por el

---

<sup>817</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 370-71, citando a QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Grundsätze und Methode der Beweiserhebung im spanischen Strafprozess*, ZStW, 1960, p. 631. Resulta interesante comprobar que esta polémica y opiniones semejantes se reproducen en otras latitudes, como buena cuenta de ellos nos da NOBILI, Massimo, “Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, cit., págs. 272-73.

<sup>818</sup> JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho...*, vol. I, cit., pág. 414 y en “Concepción técnico jurídica de la instrucción criminal”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, núm. 4, 1960, pág. 578-80.

<sup>819</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, T. II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, págs. 114-15. En sentido similar, SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús, *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, T. IV, vol. II, Madrid, Santillana, 1968, pág. 719 y, del mismo autor, *Enjuiciamiento criminal: comentarios prácticos a la L. E. CRIM. referidos a la Ley de Urgencia*, Madrid, Santillana, 1962, pág. 911; y SERENA VELLOSO, Cecilio, “Sobre la esencia del proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. 4, septiembre 1982, pág. 85.



propio TC que, en sentencia de 1 de octubre de 1987, explícitamente consideró insuficiente la simple fórmula de dar por reproducidos los folios del sumario por cuanto, si bien el principio de producción de pruebas en el juicio oral no era absoluto, las excepciones al mismo sólo eran admisibles si las correspondientes actuaciones sumariales eran reproducidas en el juicio oral o sus protagonistas ratificaban su contenido o las partes podían contradecirlas en dicho acto<sup>820</sup>.

Al anterior pronunciamiento del TC se sumó el del TEDH en sentencia de 6 de diciembre de 1988, pronunciada en el asunto Barberà, Messegué y Jabardo contra el Estado español, en tanto en este asunto ante la judicatura española tanto el Ministerio Fiscal cuanto la acusación particular, solicitaron la lectura en el juicio de la totalidad del sumario como prueba documental, en circunstancias que en el juicio mismo las partes consintieron en prescindir de esa lectura, conformándose todas con recurrir a la fórmula de dar “por reproducida” dicha probanza. Al respecto el TEDH señaló que la utilización de aquella fórmula no hace sino “sustraer del control público la práctica de una gran parte de las pruebas”, por lo que tras un detallado análisis del procedimiento y de la producción de las pruebas, el mencionado Tribunal llega a la conclusión de que el procedimiento en cuestión, considerado en su conjunto, no había respondido a las exigencias de un proceso justo y público habiéndose, por tanto, violado el artículo 6.1 CEDH<sup>821</sup>.

---

<sup>820</sup> STC 150/1987 (Sala Segunda), 1 octubre, FJ. 2º, Ponente D. Carlos de la Vega Benayas. En el mismo sentido, entre muchas otras, SSTC 22/1988 (Sala Segunda), 18 febrero, FJ. 2º; 80/1991 (Sala Primera), 15 abril, FJ. 3º; 10/1992 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 2º; 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º; y 49/1998, de 2 de marzo, FJ. 4º.

<sup>821</sup> Cabe destacar en esta sentencia la opinión discrepante de algunos de sus miembros que sostiene la no vulneración en este caso del artículo 6.1 CEDH,

Por su parte, la Fiscalía General del Estado emitió la circular 1/1989, instruyendo a los fiscales a abstenerse de proponer como prueba documental todos los folios del sumario, sin especificar las precisas piezas del mismo que verdaderamente tuvieran carácter documental y de recurrir a la práctica de darlas “por reproducidas” en la audiencia del juicio oral sin proceder a su lectura<sup>822</sup>.

Sin embargo, incluso antes de estos pronunciamientos jurisprudenciales, un autorizado sector de la doctrina se había mostrado muy crítico sobre esta forma de entender el mencionado artículo 726. Así por ejemplo para Ortells Ramos una interpretación tan amplia del artículo 726 se contradice con la totalidad de los principios que inspiran la actividad probatoria en la LECRIM privando, además, de sentido a la expresa regulación de las excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral, como la contemplada en el artículo 730 LECRIM<sup>823</sup>.

Como bien apunta Díaz Cabiale, la referencia a “documento” del artículo 726 LECRIM debe entenderse en un sentido restrictivo, donde sólo cabe considerar como tal a “todo instrumento público o privado en el que se consigna un hecho distinto de las actuaciones policiales o del MF o de las diligencias sumariales”, quedando fuera de esta noción, además de las diligencias policiales o del Ministerio Fiscal, la mera

---

defendiendo la fórmula “por reproducidas” con base en la inactividad de las partes durante el juicio oral y en la restricción que la publicidad general o para terceros puede sufrir válidamente en la fase sumarial.

<sup>822</sup> Circular 1/1989, de 8 de marzo, Fiscalía General Del Estado, párrafo V: “Análisis del procedimiento abreviado”, B) “Fase intermedia”, c) “Los escritos de acusación”.

<sup>823</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 385-86. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., págs. 219-21; BURÓN BARBA,

documentación o puesta por escrito del resultado de las actuaciones sumariales, de lo contrario habría que concluir que toda diligencia de este tipo se convertiría en documento por medio de su consignación por escrito<sup>824</sup>.

Con relación a este tema, cabe apuntar que tanto la legislación penal, como la jurisprudencia mantienen un concepto de documento que podríamos calificar de materialmente amplio, a fin de incorporar al mismo los avances tecnológicos en cuanto a las reproducciones de imágenes y voces, pero que igualmente excluye las actuaciones sumariales documentadas. De ello dan cuenta el artículo 26 CP y una reiterada jurisprudencia que señala que por “documento” ha de entenderse:

"[A]quellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma, [con lo cual] quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario”<sup>825</sup>.

---

Luis Antonio, “Castigar...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 109; y MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., pág. 545.

<sup>824</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 186. En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, vol. III (Arts. 649 a 749), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 2709-710.

<sup>825</sup> STS 300/2008, (Sala Penal), 28 mayo, FJ. 5º, Ponente D. Joaquín Jiménez García. En el mismo sentido, SSTs (Sala Penal) 278/1999, 19 febrero, FJ. 1º; 609/1999, 15 abril, FJ. 1º; 489/2000, 15 marzo, FJ. 2º; 1231/2000, 3 julio, FJ. 2º; 1322/2000, 17 julio, FJ. 1º; 231/2003, 7 febrero, FJ. 1º; 430/2006, 12 abril, FJ. 1º; 319/2008, 4 junio, FJ. 3º; y 512/2008, 17 julio, FJ. 5º.

Reafirmando estas mismas ideas, Montero se encarga de diferenciar el concepto de “documentos” del de “piezas de convicción” a que se refiere el artículo 726, recalando el carácter de verdaderas pruebas que poseen estas últimas y definiéndolas como aquellos vestigios o elementos materiales que en diversas diligencias de inspección ocular o entrada y registro domiciliario recoge el Juez de Instrucción de conformidad a los artículos 326, 334, 335, 574 y 586 de la LECRIM<sup>826</sup>.

Finalmente, apuntemos que aún más explícita se muestra la jurisprudencia a la hora de definir las llamadas piezas de convicción, salvando cualquier posible duda o confusión entre el significado de éstas y el de “documento” ya referido, señalando al respecto que la LECRIM se ocupa de las piezas de convicción en sus artículos 391, 438, 620, 622, 626, 629, 634, 635, 654, 688, 712, 726 y 844, entre otros, pudiéndose entender por dichas piezas, de acuerdo a los ya citados artículos 712 y 726 y a las aportaciones de la doctrina científica:

“[L]os instrumentos y efectos del delito, los libros, documentos y papeles, y, en general, todos aquellos objetos inanimados que puedan servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado a la causa, bien uniéndolos materialmente a los autos, bien conservándolos, debidamente etiquetados, a disposición del tribunal aunque con independencia de la materialidad de los mentados autos”<sup>827</sup>.

---

<sup>826</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., pág. 556.

<sup>827</sup> STS 110/1983 (Sala Penal), 1 febrero, FJ. 1º, Ponente D. Luis Vivas Marzal. En sentido similar se pronuncian las SSTs (Sala Penal), 1 diciembre 1995, FJ. 3º, Ponente D. Fernando Cotta Marquez de Prado y 692/1997, (Sala Penal), 7 noviembre, FJ. 95, Ponente D. Francisco Soto Nieto.

**B) Evolución hacia el principio de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba procesal del artículo 741 LECRIM, posterior matización del mismo y enunciación de las excepciones**

La clara distinción entre actos de prueba y actuaciones de investigación realizadas durante la fase sumarial del proceso penal vino de la mano de pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a la referida STC 31/1981, constituyendo una consolidada doctrina del TC que se mantiene hasta hoy<sup>828</sup> y que, en síntesis, sostiene que las diligencias realizadas durante la fase de instrucción en el proceso penal:

a) No constituyen prueba de cargo en sí mismas, sino meros actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente.

b) Su finalidad no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la sentencia.

c) Su finalidad es la preparación del juicio oral, permitiendo su apertura, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para

---

<sup>828</sup> Así, por ejemplo, SSTC 217/1989 (Sala Primera), 21 diciembre, FJ. 2º; 101/1985 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 2º; 145/1985 (Sala Primera), 28 octubre, FJ. 2º; 22/1988 (Sala Segunda), 18 febrero, FJ. 2º; 135/1989 (Sala Primera), 19 julio, FJ. 3º y 6º; 201/1989 (Sala Primera), 30 noviembre, FJ. 3º; 161/1990 (Sala Primera), 19 octubre, FJ. 2º; 138/1992 (Sala Primera), 13 octubre, FJ. 2º; 328/1994 (Sala Primera), 12 diciembre, FJ. 2º; 157/1995 (Sala Segunda), 6 noviembre, FJ. 3º; 32/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 4º; 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º; 34/1996 (Sala Segunda), 11 marzo, FJ. 3º; 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 2º; 141/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 4º; 94/2002 (Sala Segunda), 22 abril, FJ. 3º; 206/2003 (Sala Primera), 1 diciembre, FJ. 2º; 148/2005 (Sala Segunda), 6 junio, FJ. 2º; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º; 92/2006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 2º; 10/2007 (Sala Primera), 15 enero, FJ. 2º; y 29/2008 (Sala Segunda), 20 febrero, FJ. 5º.

fundar las respectivas tesis de la acusación y la defensa<sup>829</sup>.

Cabe señalar que el principio de centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba fue establecido por la jurisprudencia en un primer momento de manera absoluta, señalando que las diligencias sumariales no constituían en ningún caso prueba de cargo<sup>830</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia muy tempranamente procedió a matizar esta regla dando paso al expreso reconocimiento de algunas excepciones, para lo cual fue reemplazando expresiones como la que indicaba que las pruebas destructoras de la presunción de inocencia eran “únicamente las del juicio oral”, por otras menos categóricas como “normalmente” o “por regla general”<sup>831</sup>.

No tardó demasiado la jurisprudencia para enfrentar con mayor énfasis y precisión el tema relativo a las excepciones a la regla del artículo 741 LECRIM y así señaló que:

“Esta (...) idea no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerles esa

---

<sup>829</sup> Siguiendo esta doctrina del TC, véase SSTs 24/2007 (Sala Penal), 25 enero, FJ. 7º; 225/2007 (Sala Penal), 21 marzo, FJ. 2º; y 486/2007 (Sala Penal), 30 mayo, FJ. 1º.

<sup>830</sup> STC 101/1985 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 2º, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón.

<sup>831</sup> SSTC 145/1985, de 28 octubre, FJ. 2º, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón; 182/1989 (Sala Primera), 3 noviembre, FJ. 2º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra; 36/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 2º, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 3º, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral; 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 6º, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera; y 206/2003 (Sala Primera), 1 diciembre, FJ. 2º; Ponente D. Javier Delgado Barrio.

eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción”<sup>832</sup>.

Asimismo la jurisprudencia ha recalcado que la eventual eficacia probatoria de las diligencias sumariales no pasa de constituir una excepción a la regla general del citado artículo 741 LECRIM y que, como tal, ha de ser interpretada “restrictivamente”<sup>833</sup>; mientras que, con relación a los supuestos de los artículos 714 y 730 LECRIM, ha señalado como cauces procedimentales válidos para permitir el ingreso del resultado de las diligencias sumariales al acervo probatorio a ser valorado por el tribunal sentenciador la lectura del contenido de la diligencia o el interrogatorio sobre la misma, en tanto sólo de esta manera el resultado de la diligencia sumarial accede al debate procesal público ante el tribunal, dando con ello cumplimiento a la “triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción”<sup>834</sup>.

---

<sup>832</sup> STC 80/1986 (Sala Primera), 17 junio, FJ. 1º, Ponente D. Eugeni Díaz Eimil. En el mismo sentido, véase SSTC 22/1988 (Sala Segunda), 18 febrero, FJ. 2º; 182/1989 (Sala Primera), 3 noviembre, FJ. 2º; 201/1989 (Sala Primera), 30 noviembre, FJ. 3º; 217/1989 (Sala Primera), 21 diciembre, FJ. 2º; 138/1992 (Sala Primera), 13 octubre, FJ. 2º; 328/1994 (Sala Primera), 12 diciembre, FJ. 2º; 32/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 4º; 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º; 157/1995 (Sala Segunda), 6 noviembre, FJ. 3º; 34/1996 (Sala Segunda), 11 marzo, FJ. 3º; 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 6º; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º; 92/2006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 2º; y 10/2007 (Sala Primera), 15 enero, FJ. 2º.

<sup>833</sup> SSTC 36/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 2º, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y 206/2003 (Sala Primera), 1 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Javier Delgado Barrio. Al respecto, véase también MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios o instrumentos que pueden ser utilizados por el Tribunal para formar su convicción”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, cit., pág. 742 y ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 156.

<sup>834</sup> STC 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º, Ponente D. Tomás Vives Antón. En el mismo sentido, véase SSTC 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 6º; 195/2002

Al hilo de la excepcionalidad que implica incorporar al material probatorio que ha de servir de base a la sentencia actuaciones o diligencias realizadas, no sólo fuera del juicio oral, sino derechamente en fase sumarial, la jurisprudencia ha sido muy explícita en especificar la oportunidad procesal en que deben tener lugar esas diligencias, descartando todo valor probatorio a las diligencias policiales. De esta manera ha aclarado el TC que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECRIM:

“[S]e refieren *exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha*, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía”<sup>835</sup>.

En síntesis, de acuerdo a esta doctrina jurisprudencial, tres son en principio las posibles excepciones a la regla contenida en el artículo 741 de la LECRIM o, dicho en términos más correctos, tres son los posibles cauces a través de los cuales se pueden utilizar diligencias sumariales para fundar la sentencia:

- 1) La práctica de prueba anticipada en fase sumarial.
- 2) La dudosamente llamada “prueba preconstituida” desarrollada

---

(Sala Segunda), 28 octubre, FJ. 2º; 206/2003 (Sala Primera), 1 diciembre, FJ. 2º; y 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º.

<sup>835</sup> STC 206/2003 (Sala Primera), 1 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Javier Delgado Barrio (la cursiva es nuestra), siguiendo a las SSTC 217/1989 (Sala Primera), 21 diciembre, FJ. 2º; 303/1993 (Sala Primera), 25 octubre, FJ. 4º, Ponente en las dos primeras D. Vicente Gimeno Sendra; y 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 5º, Ponente D. Pedro Cruz Villalón.



en fase sumarial e incorporada al juicio a través de su lectura por la vía del artículo 730 LECRIM.

- 3) Las declaraciones sumariales reproducidas en el juicio oral a objeto de ser confrontadas con las vertidas en el juicio oral, en condiciones de permitir a la defensa del acusado someterlas a contradicción por la vía del artículo 714 LECRIM<sup>836</sup>.

Tal como lo anunciáramos al inicio de este capítulo, la determinación de las características, requisitos, alcances y su real naturaleza de excepciones de las hipótesis enunciadas será objeto de estudio en los capítulos siguientes, limitándonos en esta sede sólo a mencionarlas.

## **2. En el sistema procesal penal chileno. Regla general y enunciación de excepciones**

Tal como lo veremos con mayor detenimiento en los apartados siguientes, el CPPCh se preocupó especialmente de regular la oportunidad de practicar los medios de prueba con virtualidad para destruir la presunción de inocencia que asiste al acusado, estableciendo al juicio oral como el momento central en la práctica de la prueba procesal en dos claras disposiciones, sus artículos 296 y 340 inciso segundo. La primera de las normas citadas, el artículo 296 CPPCh, dispone expresamente que:

“La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley”.

---

<sup>836</sup> Por todas, STC 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 6º, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera.

Acorde con esta norma, se encuentra la segunda constituida por el artículo 340 CPPCh que en su inciso segundo dispone:

“El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”.

A estas disposiciones se le une el artículo 334 inciso primero CPPCh que prohíbe incorporar o siquiera invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral a los registros y demás documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público, salvo en los casos previstos por la ley.

Tal como se desprende o se anuncia en las disposiciones citadas, el mismo Código se hizo cargo de algunas hipótesis de imposibilidad absoluta de disponer de las fuentes de prueba obtenidas como consecuencia de actuaciones de investigación para la o las audiencias de juicio oral, regulando de manera expresa las excepciones a esta regla general.

Es así como se ocupa de regular la *prueba anticipada* en fase de investigación en sus artículos 190 a 192 y en la fase de preparación del juicio oral en su artículo 280. De igual forma regula, en su artículo 331, la reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral siempre que se cumplan algunas de las cuatro hipótesis que la norma prescribe y que en los capítulos siguientes analizaremos en detalle.

Finalmente, el CPPCh también regula, en su artículo 332, la lectura en el juicio oral de declaraciones prestadas con anterioridad por el acusado, testigo o perito ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, con la finalidad de ayudar la memoria de estos sujetos, demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Ante la regulación expresa efectuada por el legislador chileno de las excepciones a la regla de la práctica de la prueba en el juicio oral, la jurisprudencia nacional no ha hecho sino reiterar esta normativa y reconocer, de manera también explícita, que si bien el inciso segundo del artículo 340 CPPCh exige a los jueces formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, ello no obsta a que se rinda en un lugar, o incluso en un tiempo diverso al de la realización del juicio oral, como acontece, por ejemplo, con la prueba anticipada<sup>837</sup>.

El análisis de esta regla general lo efectuaremos más adelante en el presente capítulo y de manera conjunta con el estudio de la actuación de los principios de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad en la formación de la prueba procesal en el sistema procesal penal chileno, mientras que el estudio de las características, requisitos, alcances y verdadera condición de excepciones de la prueba anticipada que regula el CPPCh y de las hipótesis previstas en sus artículos 331 y 332, lo reservaremos para los capítulos siguientes.

Siendo así, en este apartado sólo nos interesa recalcar que la condición de momento central para la práctica de la prueba procesal destructora de la presunción de inocencia que detenta el juicio oral, constituye uno de los pilares fundamentales del sistema procesal penal chileno instaurado por el Código del ramo del año 2000, consagrado no en una sino en dos de sus disposiciones y reforzado con otras importantes normas del mismo cuerpo legal que estudiaremos más adelante. En este sentido el propio Mensaje del CPPCh señala que el eje del procedimiento

---

<sup>837</sup> SCS, 6 agosto 2007, Rol CS N° 2926-2007, Redactor Ministro señor Alberto Chaigneau del Campo, Cdo. 13°; y SCA de Santiago, 30 abril 2008, Rol CA N° 619-2008, Redactor Abogado Integrante señor Carlos López Dawson, Cdo. 14°.

que se instaura en este cuerpo normativo está constituido precisamente por la garantía del juicio previo, con lo que se pretende cambiar fundamentalmente el modo en que los jueces conocen los casos para su resolución, pasando del sistema de lectura de expedientes a uno en el que:

“[L]a percepción tanto de las pruebas como del debate de las partes se realice de forma directa, en el juicio”.

### **III. LAS GARANTÍAS DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL**

#### **1. El principio de contradicción**

##### **A) Concepto y consideraciones generales acerca del principio de contradicción**

Sabido es que la existencia de dos partes o de dos posiciones jurídicas opuestas resulta consubstancial a la idea misma de proceso, llegando incluso a afirmarse que un “proceso sin partes” es equivalente a hablar de un “proceso sin proceso”<sup>838</sup>.

Reconocido como un principio fundamental y estructural del proceso en general<sup>839</sup> y calificado como “fuerza motriz” y “garantía

---

<sup>838</sup> CALAMANDREI, Piero, “El carácter dialéctico del proceso”, en *Proceso y democracia*, Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, trad. cast. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 158.

<sup>839</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., pág. 181 y el mismo autor en “Los principios del proceso”, Lección 21, en *Introducción al Derecho procesal*, con MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Madrid, Colex, 1996, págs. 291-92.

suprema” del proceso<sup>840</sup> o, si se quiere, “como una prescripción auténtica del derecho natural dotada de un contenido imperativo mínimo insoslayable”<sup>841</sup>, lo cierto es que el contradictorio presenta una de sus manifestaciones más claras y relevantes en el ámbito de la prueba, considerándose en este aspecto como “un instrumento técnico de la acción dialéctica de las partes”<sup>842</sup>.

En general este principio puede conceptualizarse señalando que “consiste en la efectiva posibilidad de que toda persona que se halle expuesta a ser afectada en su posición jurídica por una resolución judicial, pueda influir en el contenido de la misma, mediante la adquisición de conocimiento de los materiales en que ha de fundarse, la toma de postura respecto a los mismos y la participación en la introducción en el proceso de esos materiales”<sup>843</sup>.

El principio de contradicción suele ser entendido como una garantía, contrapartida o manifestación esencial del derecho de defensa<sup>844</sup>, sin embargo, es importante señalar que, tal como se desprende del concepto que hemos referido, los sujetos destinatarios de este principio son las partes en general y no sólo el acusado en el ámbito de

---

<sup>840</sup> CALAMANDREI, Piero, “El carácter dialéctico del proceso”, en *Proceso y democracia*, cit., pág. 148.

<sup>841</sup> GUASP, Jaime, “Administración de justicia y derechos de la personalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. IX, 1944, pág. 92.

<sup>842</sup> DOMINIONI, Oreste, “Un nuovo *idolum theatri*: il principio di non dispersione probatoria”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, pág. 744 (traducción propia).

<sup>843</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “Los principios del proceso”, (I), en *Introducción al Derecho procesal*, Dir. y Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel, 2ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, pág. 313.

<sup>844</sup> En este sentido, DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, en *Revista Justicia*, vol. I, 1988, pág. 136.

un proceso penal<sup>845</sup>, por cuanto el derecho de defensa se concibe como un derecho fundamental atribuido a todas las partes de un proceso, que se manifiesta en la necesidad de que éstas sean oídas, en términos de que puedan alegar y probar y conocer y rebatir todos los materiales tanto de hecho como de derecho que puedan tener alguna incidencia en la resolución judicial<sup>846</sup>.

La precedente afirmación se explica al revisar los posibles fundamentos que subyacen en este principio. En efecto, no se trata el contradictorio de un simple método o técnica legislativa que puede o no estar presente en el proceso, sino que encuentra su razón de ser en la propia dignidad humana, en el fin último de justicia que debe perseguir el proceso en general y en la necesidad de garantizar la imparcialidad del juzgador<sup>847</sup>.

Pero, además, el contradictorio también conlleva implícita la idea de la igualdad de armas entre las partes, es por ello que se considera que este principio reconoce como esencial complemento al de igualdad,

---

<sup>845</sup> Cfr., entre otros, GIMENO SENDRA, Vicente, “Los principios del proceso”, Lección 21, en *Introducción al Derecho procesal*, con MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, cit., págs. 293-94; y ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “Los principios del proceso”, (I), en *Introducción al Derecho procesal*, 2ª ed., cit., págs. 313-14.

<sup>846</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, cit., págs. 140-41. En contra, LOZZI, Gilberto, “I principio dell’oralità e del contraddittorio nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, pág. 671; y, del mismo autor, “Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, págs. 1090-91.

<sup>847</sup> CALAMANDREI, Piero, “El carácter...”, en *Proceso...*, cit., págs. 149 y 157 y, del mismo autor, en *Instituciones de Derecho procesal civil*, trad. cast. Sentís Melendo, T. II, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1973 (*Istituzioni di Diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, Parte seconda, Padova, CEDAM- Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1944), págs. 294-96. En este sentido, también DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Principios fundamentales del derecho procesal penal”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, N° 4, 1982, pág. 550.

debiendo existir una perfecta concordancia entre ambos, llegando incluso a su completa identificación tal como lo apunta Carnelutti al señalar que el principio del contradictorio “no es otra cosa, en el fondo, que *igualdad entre las partes*”, por lo que para garantizar un efectivo contradictorio, en opinión del maestro italiano, hay que poner el acento en la igualdad, para así hacer posible que cada parte se sitúe en condiciones de poder desplegar en el proceso una acción tal que constituya un contrapeso eficaz a la acción de la otra<sup>848</sup>.

Muchos son los autores que se refieren a la necesaria presencia en el proceso del binomio contradicción/igualdad, dado que sólo es posible garantizar la efectividad del primero de estos principios a través de asegurar una *real* igualdad entre las partes, tanto de intervención, capacidad como de medios y estos últimos no sólo técnicos sino también económicos<sup>849</sup>.

---

<sup>848</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil. Derecho y proceso*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1971 (*Diritto e processo*, Nápoli, Moranó Editore, 1958), págs. 112-13. (La cursiva es del autor).

<sup>849</sup> Concuerdan en considerar necesaria en el proceso la presencia del binomio contradictorio/igualdad, entre otros, en Italia, CALAMANDREI, Piero, “El respeto de la personalidad en el proceso”, en *Proceso...*, pág. 176; CAVALLARI, Vincenzo, “Contraddittorio b) Diritto processuale penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. IX, Milano, Giuffrè Editore, 1961, pág. 730; ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, Giovanni e GREVI, Vittorio, 3ª edizione, Padova, CEDAM, 2006, pág. 654; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pág. 614; y SIRACUSANO, Delfino, “La prova penale”, en *Elementi di Diritto processuale penale*, con TRANCHITA, Giovanni y ZAPALA, Enzo, cit., págs. 92-3.

En Iberoamérica y España, COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho procesal civil*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, págs. 66-8 y también en *Fundamentos...*, cit., págs. 150-51; GUASP, Jaime, “Administración de justicia y derechos de la personalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, cit., pág. 94; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos ...*, cit., págs. 183-87 y, del mismo autor, “Los principios...”, en *Introducción...*, cit., págs. 294-96; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Principios fundamentales del derecho procesal penal”, en *Revista de Derecho Procesal*

En términos generales se puede afirmar que la esencia del contradictorio viene dada por la necesidad de que en el proceso las partes tengan garantizada la posibilidad de: a) conocer las opiniones, argumentaciones, conclusiones del otro; b) manifestar al juez las propias; c) indicar los elementos de hecho y de derecho que le ayuden; y d) ejercer una actividad propulsiva del proceso, mediante la presentación de solicitudes, instancias, oposiciones, impugnaciones, etc.<sup>850</sup>.

Pero como ya habíamos adelantado, es en el ámbito probatorio donde el principio de contradicción presenta una de sus manifestaciones más evidentes y relevantes y es en este aspecto precisamente en el que se vincula de manera especial con el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria.

Desde este punto de vista — el probatorio — el principio de contradicción, tal como lo apunta Ortells, “no se satisface con que todo el material de convicción se introduzca en el juicio de modo que las partes puedan conocerlo y discutirlo, sino que impone que ese material *resulte* de la actividad de las partes y del Tribunal practicando, según su propia normativa, cada medio de prueba”<sup>851</sup>.

---

*dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 547-49; MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, “Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 12 (versión electrónica); y ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “Los principios...”, (I), en *Introducción...*, 2ª ed., cit., pág. 319.

<sup>850</sup> Cfr. CAVALLARI, Vincenzo, “Contraddittorio b) Diritto processuale penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. IX, cit., pág. 730 (traducción propia).

<sup>851</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 380-81. (La cursiva es del autor). En sentido similar, véase también MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 274.



Tal como lo expresó metafóricamente Carnelutti: “es necesario que una piedra choque contra la otra a fin de que salte la chispa de la verdad”<sup>852</sup>. Y es que, precisamente, es en el aspecto probatorio donde el contradictorio despliega sus mayores ventajas, por cuanto sólo a través de una prueba sometida estrictamente al principio de contradicción puede entenderse legitimado el método cognoscitivo del proceso y la decisión que le pone término, dado que es la propia lógica la que impone acordar que sólo del contraste entre las posiciones opuestas que las partes representan, podrán surgir muchas más posibilidades de aproximarnos a la verdad empírica de los hechos que se enjuician y, en definitiva, a la justicia de la decisión, aunque tan sólo pueda ser una verdad contextualizada, relativa y aproximativa. De ahí que la principal garantía de su obtención y la principal condición epistemológica de la prueba se encuentra precisamente “en la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las partes del proceso”, en tanto portadoras de puntos de vistas contrastantes al ser titulares de intereses opuestos<sup>853</sup>.

Para Taruffo el papel que juega el contradictorio con relación a la adquisición y valoración de la prueba a los efectos de la decisión sobre los hechos posee tres manifestaciones que tienen lugar en tres momentos distintos del procedimiento probatorio: a) En la fase de identificación del

---

<sup>852</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil. Derecho y proceso*, vol. I, cit., pág. 113.

<sup>853</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., págs. 610 y 613. En el mismo sentido, refiriéndose a la necesaria concepción dialéctica de la prueba, véase UBERTIS, Giulio, *La prova...*, cit., págs. 13-4 y “La ricerca...”, en *La conoscenza del fatto...*, cit., págs. 12-3; LOZZI, Gilberto, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, pág. 12; y TONINI, Paolo, *Lineamenti di diritto processuale penale*, terza edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, pág. 117 y 136.

material probatorio este principio permite a la parte, por un lado, manifestarse en torno a la admisibilidad y relevancia de la prueba propuesta por la otra u ordenada de oficio por el juez y, por otro, proponer pruebas contrarias a las propuestas por la contraparte o dispuestas por el juez de oficio; b) En la fase de formación de las pruebas, el contradictorio actúa posibilitando la participación activa de las partes en el proceso de formación de la prueba, evitando con ello, además, que se formen pruebas no aptas para fundar una decisión sobre los hechos correcta; y c) En la fase de valoración de la prueba el contradictorio cumple una función de control adicional a los poderes discrecionales del juez en aquellos sistemas donde impera la libre convicción en la valoración de la prueba<sup>854</sup>.

## **B) Formas de entender el contradictorio en el ámbito de la prueba**

Es importante señalar en esta sede que desde la doctrina italiana se proponen dos maneras de entender el contradictorio en materia de adquisición y valoración de la prueba, el contradictorio *para* la prueba y el contradictorio *sobre* la prueba<sup>855</sup>.

---

<sup>854</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., págs. 427-35. Siguen a Taruffo en España en estas ideas MORENO CATENA, Víctor, “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en *Derecho procesal penal*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., cit., págs. 371-72 y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 110.

<sup>855</sup> Principalmente TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., págs. 378 y siguientes. En España, GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 114-22 y, en cierta medida también, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El nombre de la «inmediación» en vano”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 2 (D-98), 2003, pág. 1732.

Con todo, la noción del contradictorio *sobre* la prueba, pensamos que ya había sido esbozada en España por ORTELLS RAMOS, Manuel, al señalar, refiriéndose a la lectura de diligencias sumariales irreproducibles ordenada por el artículo 730 LECRIM, que el requisito de la lectura no es una formalidad vacía pues viene a garantizar el

Para Taruffo el procedimiento de formación de la prueba puede ser procesal o extraprocesal. En el primer caso el contradictorio actúa en la formación procesal de la prueba y entonces se habla de un *contradictorio para la prueba*, en tanto este principio actúa en la formación procesal de la misma, o sea, cuando se obtiene la fuente de prueba<sup>856</sup>. Tal como lo explica Cesari, “la dialéctica en la formación de la prueba presupone una relación directa con la fuente declarativa, una participación activa en la formulación de las preguntas, una selección de las mismas confiadas a las opciones de las partes con el solo límite de la pertinencia y de las prohibiciones legales, una relación triádica, con las partes y el juez en los vértices de la figura geométrica que representa el ligamen procesal”<sup>857</sup>.

En el segundo caso se habla de un *contradictorio sobre la prueba*, el cual tiene lugar en todos aquellos eventos en que la fuente de prueba existe de manera previa al inicio del proceso, procurando en él tan sólo verificar su aceptabilidad o autenticidad, por ejemplo, huellas de una rueda sobre el asfalto<sup>858</sup> o, como lo explica Guzmán Fluja, “el contradictorio sobre la prueba concurre cuando se ha garantizado que las partes han podido hacer sus observaciones pertinentes y adecuadas a su

---

principio de contradicción, “en cuanto somete con claridad y perfecta delimitación a la discusión de las partes, un elemento de convicción que podrá ser valorado en la sentencia”, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 413.

<sup>856</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., págs. 378-79 y 429-30; y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 115.

<sup>857</sup> CESARI, Claudia, “Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, pág. 1452. (Traducción propia).

<sup>858</sup> Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., págs. 378-79.

derecho para que el juez sentenciador las pueda tener en cuenta a la hora de la valoración de la prueba”<sup>859</sup>.

De acuerdo a esta sistematización, el contradictorio para la prueba actúa al interior del proceso para las pruebas de formación procesal, mientras que no tiene cabida cuando dicho proceso de formación ha tenido lugar fuera del proceso. En este segundo caso, el contradictorio simplemente se posterga, planteándose únicamente en la fase procesal de empleo de esas pruebas, lo cual no implica ninguna minusvaloración o reducción indebida del mismo, siempre que la normativa procesal correspondiente asegure a las partes la posibilidad de que el contradictorio pueda actuar en el proceso cuando las pruebas (formadas fuera del proceso) sean efectivamente empleadas. La única posibilidad de que esto se materialice es que las normas que regulen el contradictorio “tardío” permitan que el mismo opere *antes* de la valoración de la prueba, con el objeto de poner a las partes en condiciones de influir en la valoración que de la misma realizará el juez, por la vía de darles la oportunidad de intervenir, discutir y eventualmente deducir otras pruebas, antes de que la decisión sobre el hecho sea formulada<sup>860</sup>.

En este punto tan sólo cabe aclarar con Sentís Melendo que en general todas las “pruebas” son preexistentes al proceso, sólo que preexisten en estado de *fuentes de prueba* y, como tales, han de ser incorporadas y constituidas en el proceso utilizando *medios* y siguiendo un determinado *procedimiento*, para sólo así finalmente constituir auténtica prueba procesal<sup>861</sup>.

---

<sup>859</sup> GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 115.

<sup>860</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., págs. 379-86 y 430.

<sup>861</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba...*, cit., págs. 164-65 y 342-43.

### **C) Reconocimiento positivo y jurisprudencial del principio de contradicción en España**

El principio de contradicción se encuentra en la base de la LECRIM, tanto como exigencia de presencia e intervención del inculpado cuanto como criterio formal que estructura la actividad procesal. De lo anterior buena cuenta da la propia Exposición de Motivos de la LECRIM que señala que esta ley, al establecer un juicio oral y público e introducir el sistema acusatorio, busca superar los defectos de la LECRIM de 1872 procurando “la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario tan pronto como el Juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública, ni estorba al descubrimiento de la verdad”, a la vez que proclama como principios tutelares de la libertad y rectores del nuevo sistema introducido a los “de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad”.

Desde el punto de vista de la positivación de este principio, si bien no existe en el ámbito constitucional una norma que expresamente lo contemple como acontece en Italia con el artículo 111 de la Constitución<sup>862</sup>, la doctrina está de acuerdo en que se encuentra recogido

---

<sup>862</sup> Cuyos párrafos 2° a 5° disponen:

“Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

en el artículo 24 de la CE, en su párrafo uno al proscribir la indefensión y en su párrafo dos, tanto de manera genérica al proscribir el derecho a un proceso con todas las garantías, cuanto de manera específica a través de garantizar variados aspectos de este principio, como son los derechos a la defensa y asistencia letrada y a ser informado de la acusación<sup>863</sup>.

---

Il processo penale e' regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non puo' essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si e' sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilita' di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”.

Con todo, es importante destacar que el contenido y redacción dada a los cinco apartados citados del artículo 111 CI, introducidos por obra de la Legge Costituzionale de 23 de noviembre de 1999, n. 2, ha dado origen a algunos problemas de interpretación y de adecuación normativa de los cuales una pequeña muestra puede verse en: CAMON, Alberto, “Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, págs. 1518-24; LOZZI, Gilberto, “Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 1087-92; CESARI, Claudia, “«Giusto processo», contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, págs. 56-87; y, de la misma autora, “Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 1447-69.

<sup>863</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “Los principios...”, (I), en *Introducción...*, 2ª ed., cit., pág. 313. En el mismo sentido se pronuncian RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, cit., págs. 13-4; GIMENO SENDRA, Vicente, “Los principios...”, en *Introducción...*, cit., pág. 292; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 78; BORRAJO INIESTA, Ignacio, “La prueba debe practicarse en el juicio oral: titubeos y dificultades para observar el derecho a ser presumido inocente en el proceso penal”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 7, julio 1997; GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 107; y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 28.

También reconociendo que el principio de contradicción se encuentra recogido en el artículo 24 CE, pero radicándolo sólo en su párrafo primero se pronuncia DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, en *Revista Justicia*, cit., pág. 118; y sólo en su párrafo segundo ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 164; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 113; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., pág. 75; y TOMÉ

Por su parte, la jurisprudencia del TC también se ha hecho eco de estas opiniones doctrinales, radicando el principio de contradicción en el artículo 24 CE aunque ubicándolo unas veces en su numeral uno<sup>864</sup> y otras en su numeral 2, dentro del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>865</sup>.

A lo anterior hay que añadir que este principio también se encuentra reconocido en los artículos 14.3 del PIDCP y 6.3 de la CEDH, que integran el ordenamiento jurídico español al haber sido ratificados por España de conformidad a los artículos 10.2 y 96.1 de la CE. Las citadas disposiciones recogen diversos aspectos del principio de contradicción, pero particularmente se refieren al contradictorio en la formación de la prueba en las letras e) del artículo 14.3 del PIDCP y d) del 6.3 de la CEDH.

Antes de referirnos a las normas de la LECRIM que garantizan el principio de contradicción en la formación de la prueba, cabe destacar que existen pronunciamientos jurisprudenciales que realzan el valor del contradictorio como el método más adecuado y eficaz de adquisición del conocimiento judicial y así se ha dicho por el TS, en la sentencia 238/2009, de 6 de marzo, FJ. 1º, Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez, que “contradecir” en general es oponer algo a lo afirmado por otro y en

---

GARCÍA, José Antonio, “Fase decisoria (II)...”, en *Derecho procesal penal*, cit., pág. 464.

<sup>864</sup> STC 176/1988 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 3º, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil. En el mismo sentido, véase SSTC 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 2º; 199/2006 (Sala Primera), 3 julio, FJ. 4º y las en esta última citadas.

<sup>865</sup> STC 317/2006 (Sala Segunda), 15 noviembre, FJ. 2º, Ponente Dª. Elisa Pérez Vera y las en ella citadas, a saber: SSTC 167/2002 (Pleno), 18 septiembre, FJS. 9º y 10º; 24/2006 (Sala Primera), 30 enero, FJ. 1º; 91/2006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 3º; 95/2006 (Sala Primera), 27 marzo, FJ. 1º; y 114/2006 (Sala Primera), 5 abril, FJ. 2º.

términos procesales “el proceso contradictorio” es aquel en el que se reconoce a las partes el derecho de interlocución actual en condiciones de igualdad sobre los temas objeto de la decisión, otorgando la posibilidad real de efectuar un control intersubjetivo de las afirmaciones probatorias y de las distintas alegaciones, a quienes puedan resultar afectados por ellas. Desde esta perspectiva, continúa el citado fallo, el principio de contradicción es una implicación del derecho de defensa, pero:

“[T]iene además reconocido valor epistémico o de método, ya que, en virtud de una experiencia universal, se sabe que el controversial y dialógico es el más adecuado para decidir sobre la verdad de los enunciados; pues, dicho de forma coloquial, es notorio y está generalmente aceptado que «de la discusión sale la luz»”.

En la LECRIM son varias las disposiciones que contemplan el principio de contradicción en sus diversas facetas, de las cuales sólo analizaremos las que tienen que ver con la formación de la prueba o que pueden tener alguna incidencia en este aspecto del contradictorio, centrándonos, además, sólo en la fase de plenario o juicio oral y ello por dos órdenes de razones. La primera, de carácter metodológico, en tanto el estudio específico de la actuación del principio de contradicción durante el sumario en el proceso español es un tema que excede de los fines del presente trabajo. La segunda, puesto que durante la fase de sumario no es posible la plena actuación de este principio dadas las características propias de la investigación penal y las finalidades del sumario criminal, que no son otras que la de preparar el juicio oral y fundar la convicción acusatoria más no la sentencia definitiva. La distinta naturaleza y finalidad de, por una parte, los actos de investigación policial y del sumario como fase este último del procedimiento penal y, por otra, de los actos de prueba y del juicio oral, justifican plenamente el déficit de



contradictorio en los primeros y la más absoluta vigencia de este principio en los segundos, a la vez que justifican que centremos nuestro estudio del principio de contradicción sólo a la fase de juicio oral.

**a) Derecho de intervención del acusado y su abogado**

En la fase de plenario la intervención del acusado y de su abogado se encuentra exigida desde el comienzo de la misma (artículo 652 párrafo 2º LECRIM), siendo completamente obligatoria en el acto del juicio oral, lo cual queda adecuadamente garantizado por los artículos de la LECRIM números 841, que prevé como causa de suspensión del juicio oral en curso la sobrevenida rebeldía del acusado, ordenándose en tal caso el archivo de los autos y 746 que prevé como causa también de suspensión del juicio o del inicio de las sesiones del mismo la enfermedad repentina del procesado o del defensor de alguna de las partes en términos de no poder estar presente en el juicio y, en el caso del defensor, no poder además ser reemplazado sin grave inconveniente para la defensa del interesado (746.5º y 4º, respectivamente). Lo anterior, sin perjuicio de la facultad del Tribunal del juicio oral de expulsar temporalmente al acusado de la sala de la audiencia cuando éste altere el orden voluntariamente y persista en esa actitud a pesar de las advertencias y apercibimientos recibidos de hacerle abandonar la sala (artículo 687 LECRIM).

Excepciones propiamente tales a esta exigencia de presencia e intervención del acusado y de su defensor en el juicio oral las podemos encontrar, para el procedimiento abreviado, en el artículo 786.1 de al LECRIM que, tras declarar preceptiva dichas presencias, añade en su párrafo 2º que la ausencia injustificada del acusado debidamente citado no será causa de suspensión si el Juez o Tribunal, a solicitud del

Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y oyendo a la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, siempre que la pena requerida no exceda de determinados límites temporales que fija la citada disposición, norma que en términos similares prevé la LECRIM en el artículo 970 para el procedimiento de faltas. En esta última clase de procedimiento el artículo 971 LECRIM, además, exonera al denunciado de la obligación de asistir al juicio oral si vive fuera de la demarcación del juzgado a condición de que nombre a apoderado que represente sus intereses en ese juicio. Apuntar finalmente que, en todos estos casos, la excepción encuentra su fundamento en la escasa entidad de la pena y que para su válida aplicación constituye *condicio sine qua non* que el acusado haya tenido la posibilidad de asistir al juicio mediante la debida y oportuna citación para comparecer<sup>866</sup>.

Al hilo de este último comentario recordemos con Ortells que el respeto del principio de contradicción “exige sólo conceder una posibilidad y no la efectiva utilización de la misma”, debiendo en todo caso ser esa posibilidad efectiva y no meramente “ficticia o formal, ni de difícilísimo aprovechamiento”<sup>867</sup>. De esta doctrina se ha hecho eco la jurisprudencia constitucional al señalar en la STC 198/2006 (Sala Segunda), de 3 de julio, FJ. 3º, Ponente D. Ramón Rodríguez Arribas, que:

---

<sup>866</sup> En este sentido, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 95; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 273-74.

<sup>867</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “Los principios...”, (I), en *Introducción...*, 2ª ed., cit., pág. 314. En el mismo sentido se pronuncia CAVALLARI, Vincenzo, para quien “el principio del contradictorio no significa que la parte deba necesariamente estar presente y contradecir o defenderse, sino solamente que ella deba ser puesta en las condiciones de hacerlo cuando lo considere oportuno”, “Contraddittorio...”, en *Enciclopedia...*, T. IX, cit., pág. 730 (traducción propia).

“[E]s también doctrina constitucional la de que no se quebranta el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por motivos que no responden a una actuación judicial constitucionalmente censurable (...), [porque] lo que nuestra doctrina protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones del coacusado”<sup>868</sup>.

La presencia del acusado y de su defensor en las sesiones del juicio oral tiene especial relevancia para hacer efectiva la actuación del principio de contradicción en la formación de la prueba, faceta de este principio que es permanentemente destacada por la jurisprudencia constitucional en diversos pronunciamientos, como el contenido en la STC 344/2006 (Sala Primera), de 11 de diciembre, FJ. 4º, letra d), Ponente Dª. María Emilia Casas Baamonde, al señalar que:

“«[N]ingún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido» (...), pues, como se había señalado en anteriores ocasiones: «el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos» (...). La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las «reglas esenciales del desarrollo del proceso» (...), que se proyecta como exigencia de validez sobre la actividad probatoria (...)”<sup>869</sup>.

---

<sup>868</sup> En idéntico sentido véanse las SSTC 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 3º; 80/2003 (Sala Segunda), 28 abril, FJ. 6º; 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 4º; y 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 5º.

<sup>869</sup> El entrecomillado es de la sentencia. En el mismo sentido véase, además de las sentencias citadas en el referido fallo, las SSTC 138/1999 (Sala Segunda), 22 julio,

**b) El juicio oral como momento central de la práctica de la prueba**

Sin duda la norma que mejor garantiza el contradictorio en la formación de la prueba es el artículo 741 LECRIM, al prescribir que el tribunal pronunciará sentencia apreciando según su conciencia las *pruebas practicadas en el juicio*.

De igual manera, la jurisprudencia, desde la tantas veces citada sentencia del TC 31/1981 que vino a establecer en España la doctrina de la presunción de inocencia, mayoritariamente ha reconocido al juicio oral como el momento central en la producción del único material susceptible de considerarse prueba procesal, en tanto la jurisprudencia ha entendido desde el citado fallo que sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el tribunal que ha de pronunciar sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes<sup>870</sup>.

**c) Derecho a interrogar y contrainterrogar a los testigos y peritos**

---

FJ. 4º; 143/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 3º; 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 5º; y 198/2006 (Sala Segunda), 3 julio, FJ. 3º.

<sup>870</sup> STC 344/2006 (Sala Primera), 11 diciembre, FJ. 4º, Ponente Dª. María Emilia Casas Baamonde y las en ella citadas. En el mismo sentido, véase SSTC 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 2º; 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 2º; 141/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 4º; 94/2002 (Sala Segunda), 22 abril, FJ. 3º; 80/2003 (Sala Segunda), 28 abril, FJ. 5º; 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 3º; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º.

Una de las manifestaciones más importantes del principio de contradicción en la formación de las pruebas personales es la posibilidad del interrogatorio cruzado o *cross examination*. Este sistema, con algunas variantes con respecto al propio de los sistemas acusatorios puros de origen fundamentalmente norteamericano<sup>871</sup>, lo encontramos en la LECRIM en los artículos 708, con referencia a la prueba testimonial y 724, con referencia a la prueba pericial.

En esencia, lo relevante es que a las partes se les garantice el derecho a interrogar a los testigos, especialmente al acusado respecto de los testigos de cargo y para ello, el sistema del interrogatorio cruzado es una clara forma de posibilitar el contradictorio en la formación de la prueba, aunque no necesariamente deba tratarse de un interrogatorio cruzado entregado de manera exclusiva a las partes como en los sistemas acusatorios puros, porque en el caso español esta modalidad no viene impuesta por la Constitución<sup>872</sup> y porque para algunos dicho método es considerado intimidatorio para el testigo restándole, además, espontaneidad a su declaración<sup>873</sup>.

---

<sup>871</sup> Al respecto DÍAZ CABIALE, José Antonio, señala como diferencias básicas entre el *cross examination* puramente adversarial y el que contempla la LECRIM el carácter bifásico del segundo complementado de la participación activa del juez o tribunal en este interrogatorio; la posibilidad de aclarar o fundamentar las respuestas por parte de los testigos sin tener que limitarse a respuestas muy definidas y concretas; y la improcedencia de preguntas sugestivas o capciosas en el contrainterrogatorio efectuado al testigo y, en general, durante todo el interrogatorio, tres caracteres que no se presentan en el *cross examination* puramente adversarial, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Ed. Comares, 1996, págs. 343-46. Véase en el mismo sentido, GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 109-10.

<sup>872</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 99-100.

<sup>873</sup> Entre los críticos al sistema del interrogatorio cruzado entregado a las partes se apuntan GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., págs. 255-56; VÁZQUEZ SOTELO, J. Luis, «*Presunción de inocencia*» del imputado e

La relevancia del derecho del acusado de interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo también es recogida en la jurisprudencia declarando que, conforme a las exigencias dimanantes del artículo 24.2 de la CE:

“[E]l principio de contradicción es una de las «reglas esenciales del desarrollo del proceso» (...) y, de modo más específico, en relación con el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, que se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso”<sup>874</sup>.

En la misma línea se encuentra la jurisprudencia del TEDH, que ha declarado en la sentencia 96/2001, de 27 de febrero, asunto *Lucà contra Italia*, que:

“Los elementos de prueba deben en principio ser presentados ante el acusado en audiencia pública, con vista a un debate contradictorio. Este principio tiene excepciones que solo se pueden aceptar con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por norma general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 [CEDH] exigen conceder al acusado la ocasión adecuada y suficiente de responder a un testimonio contra él e

---

«*íntima convicción*»..., cit., pág. 234 y nota 266, misma página; y TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., págs. 430-31. En general, sobre la importancia del derecho a contrainterrogar del acusado y los diversos temores a que se enfrenta el testigo en su declaración, sobre todo cuando se trata de la víctima, véase GARCÍA QUESADA, María Teresa, “El miedo de los testigos”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 393-402.

<sup>874</sup> STC 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 5º, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel y las en ella citadas, a saber: SSTC 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 4º; 57/2002 (Sala Primera), 11 marzo, FJ. 3º; y 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º. (El entrecomillado es de la sentencia).

interrogar al autor, en el momento de la declaración o más tarde (FD. 39).

De ello resulta, no obstante, que los derechos de la defensa se encuentran limitados de forma incompatible por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o de manera importante, en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de la instrucción ni durante los debates (FD. 40)”<sup>875</sup>.

## **2. Publicidad**

### **A) Concepto y consideraciones generales acerca de la publicidad**

El principio de publicidad en el ámbito del procedimiento penal constituye uno de los principales logros del pensamiento liberal que inauguró el movimiento político-social de la Ilustración<sup>876</sup>.

---

<sup>875</sup> En sentido similar, véanse las SSTEDH, 24 noviembre 1986, (asunto Unterpertinger contra la República de Austria), FD. 31; 6 diciembre 1988, (asunto Barberà, Messegué y Jabardo contra el Reino de España); 20 noviembre 1989, (asunto Kostovski contra Reino de los Países Bajos), FD. 41; 27 septiembre 1990, (asunto Windisch contra la República de Austria), FD. 26-28; 19 diciembre 1990, (asunto Delta contra la República de Francia), FD. I; 19 febrero 1991, (asunto Isgrò contra la República de Italia), FD. 34; 20 septiembre 1993, (asunto Saïdi contra la República de Francia), FD. 43; y 10 noviembre 2005, (asunto Bocos-Cuesta contra Reino de los Países Bajos), FD. 68. Sobre esta doctrina jurisprudencial del TEDH véase GABRIELLI, Chiara, “Condanna fondata soltando sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2006, págs. 284-97 y la jurisprudencia citada en este artículo.

<sup>876</sup> Sobre los orígenes de la publicidad como principio en el ámbito jurídico en general y en el procedimiento penal en particular, véase GALLO, Filippo, “Pubblicità a) Diritto romano”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Milano, Giuffrè Editore, 1988, págs. 966-74; LIBERATI, Gianfranco “Pubblicità a) Diritto intermedio”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, cit., págs. 975-96; GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso*, vol. II, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961 (Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses

Partiendo de que la publicidad es definida por el Diccionario de la Real Academia como “cualidad o estado de público” y este último concepto como “notorio, patente, manifiesto o sabido por todos”, lo cierto es que en el ámbito jurídico procesal no es fácil encontrar una definición propiamente tal de este principio, mas sí muchas descripciones de su contenido. Lo anterior sobre todo si se considera que la expresión “publicidad se caracteriza, a juicio de Pedraz Penalva, por su “historicidad y anfibología”, expresiones con las que el autor intenta describir las variaciones experimentadas por el concepto de publicidad según ha sido utilizado en las sociedades romana, medieval o liberal, añadiendo que esta diversidad de significaciones que se han dado a la expresión publicidad se han producido aún dentro de entornos culturales coetáneos, idénticos o incluso dentro de un mismo núcleo cultural<sup>877</sup>.

En general, la publicidad puede hoy definirse como “el derecho a la inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el Tribunal por personas que no forman parte del mismo” y, desde el punto de vista probatorio, puede señalarse que un “proceso público” es “aquel procedimiento en el que la ejecución o práctica de la prueba se realiza

---

de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935), págs. 55-6; y FAIRÉN GUILLÉN, Víctor en sus siguientes obras: a) “Ideas y textos sobre el principio de publicidad”, en *Temas del ordenamiento procesal*, T. I, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 576-603; b) *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, 2ª ed., Valencia, Caixa d'estalvis de Valencia, 1988, págs. 529-35; y c) en lo pertinente, la bibliografía citada por el mismo autor en *Doctrina...*, cit., págs. 415-20.

<sup>877</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Notas sobre publicidad y proceso”, en *El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad*, *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989, págs. 125-28. Artículo publicado un año más tarde en *Constitución y proceso*, Madrid, Akal, 1990, págs. 203-26.



mediante la posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general”<sup>878</sup>.

## **B) Clases y fines de la publicidad**

La doctrina, desde Chiovenda y Goldschmidt, ha estado de acuerdo en clasificar la publicidad según los sujetos a quienes afecta y así se ha hablado de publicidad en cuanto a las partes y de publicidad en cuanto a terceros<sup>879</sup>.

La *publicidad para las partes* es aquella que impone que sólo las partes puedan asistir y tomar conocimiento de las actuaciones procesales; mientras que la *publicidad para los terceros* (o mejor dicho, extraños al proceso) presupone que esta asistencia y conocimiento pueda corresponder también a cualquier miembro de la comunidad social<sup>880</sup>.

---

<sup>878</sup> Definiciones que corresponden, respectivamente, a PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Notas sobre publicidad y proceso”, en *El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad, Poder Judicial*, cit., pág. 116; y GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 97.

<sup>879</sup> En este sentido y otras clasificaciones CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 179; GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso*, vol. II, cit., pág. 156; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, T. II: núms. 12-30, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pág. 108; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre”, en *Temas del ordenamiento procesal*, T. III, Madrid, Ed. Tecnos, 1982, págs. 1376-77 y del mismo autor, véase también *Doctrina...*, cit., págs. 407-14; ALMAGRO NOSETE, José, *Consideraciones de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, págs. 252; MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., pág. 538; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Notas...”, en *El Poder Judicial...*, *Poder Judicial*, cit., págs. 117-18; y GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., págs. 97-8.

<sup>880</sup> Cfr., por todos, CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 179; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, T. II: núms. 12-30, cit., pág. 108; y GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, cit., págs. 97-8.

Otras clasificaciones de la publicidad pueden verse, además de los autores ya citados, en FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, en a) “Ideas y textos sobre el principio de

Sin embargo, buena parte de la doctrina está de acuerdo en señalar que cuando se habla de publicidad en el proceso en realidad sólo se está haciendo referencia a la publicidad para los terceros o general, en tanto la primera, esto es, la publicidad para las partes, se entiende más bien como una manifestación o imposición del principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia o, si se quiere, del derecho de defensa que asiste a todas las partes en el proceso<sup>881</sup>.

Nosotros concordamos con la citada opinión que, por lo demás, es la que también comparte la jurisprudencia española como veremos más adelante, porque entendemos que la publicidad, en tanto derecho de las partes a tomar conocimiento e intervenir en el proceso, es más bien un principio instrumental del derecho de defensa y facilitador de la contradicción, como ya tuvimos ocasión de tratarlo en el acápite anterior relativo al contradictorio; mientras que en la publicidad general o para los terceros subyacen valores y fines que se identifican más fuertemente con el pensamiento jurídico liberal que impulsó hacia el siglo XVIII su

---

publicidad”, en *Temas del ordenamiento procesal*, T. I, cit., págs. 572-75; b) *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, cit., págs. 526-29; y c) *Doctrina...*, cit., págs. 407-09; y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Notas...”, en *El Poder Judicial...*, *Poder Judicial*, cit., págs. 117-18.

<sup>881</sup> El primero que en España hizo esta aclaración fue ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios...*, T. II, cit., págs. 108-09. Esta opinión ha sido secundada por buena parte de la doctrina española, así por ejemplo, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, en a) “Ideas y textos...”, en *Temas...*, T. I, cit., pág. 573; b) “Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre”, en *Temas del ordenamiento procesal*, T. III, cit., pág. 1376; c) *El Tribunal...*, cit., pág. 527; y d) *Doctrina...*, cit., pág. 407; ALMAGRO NOSETE, José, *Consideraciones de Derecho procesal*, cit., pág. 252; MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., nota núm. 28, pág. 538; PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías...*, cit., pág. 117; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 126; y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 131.

instauración en el proceso en tanto posibilita el control ciudadano de la administración de Justicia.

En efecto, la publicidad es uno de los principios que mayor carácter político posee dentro de los principios del proceso en general y del proceso penal en particular. Ya exigido desde el pensamiento liberal que inspiró a la Ilustración y sobre todo al proceso codificador europeo del siglo XIX, ha sido calificado por Couture como perteneciente a la “esencia del sistema democrático de gobierno”, como el “más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores” y el único que, en definitiva, permite al pueblo erigirse en “juez de los jueces”<sup>882</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia del TEDH — seguida por la española — se une a la doctrina científica al señalar que las finalidades de la publicidad son las siguientes: a) proteger a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; b) preservar la confianza en jueces y tribunales; y c) por la transparencia que la publicidad proporciona a la administración de justicia ayuda a cumplir la finalidad del juicio equitativo constituyendo, en consecuencia, una garantía fundamental de toda sociedad democrática o Estado de Derecho<sup>883</sup>.

### **C) Reconocimiento positivo y jurisprudencial del principio de publicidad en España**

---

<sup>882</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos...*, cit., pág. 158. En sentido similar, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., cit., pág. 252; y ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 407.

<sup>883</sup> SSTEDH, 8 diciembre 1983, (asunto Pretto contra la República de Italia), FD. 21 y 22 febrero 1984, (asunto Sutter contra Confederación Suiza), FD. 26. En España véase las SSTC 96/1987 (Sala Primera), 10 junio, FJ. 2º; y 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 3º.

La publicidad en España encuentra reconocimiento en la Constitución en sus artículos 24.2 donde se garantiza el derecho a un “proceso público” y 120 prescribiendo en su numeral 1 que las “actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento” y en su numeral 3 que las sentencias se pronunciarán en audiencias públicas.

A esta normativa se le suman, de conformidad al artículo 10.2 CE, los artículos 10 DUDH, garantizando el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia ante un tribunal independiente e imparcial; 6.1 CEDH, estableciendo el derecho a un proceso público y equitativo y, más adelante, prescribiendo que la sentencia debe ser pronunciada públicamente; y 14.1 PIDCP, instituyendo el derecho de todas las personas a un proceso público y con todas las garantías y estableciendo la obligación de que toda sentencia debe ser pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

En materia de la legalidad ordinaria, recordemos que ya la Exposición de Motivos de la vigente LECRIM anunciaba la superación de los vicios de la antigua LECRIM mediante “el planteamiento del juicio oral y público” pero, a la vez, advertía su discordancia con “ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad que el proyecto de Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta la sentencia firme”. Y ello en razón de que el legislador de 1882 consideró necesario compensar al Estado por la desigualdad y posición desventajosa en que se encuentra frente al actuar cauteloso del delincuente en la fase preparatoria y de ejecución del delito, tornándose

imprescindible dotar al primero de “alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad” del segundo.

Al hilo de estas consideraciones, al estudiar el régimen de publicidad que establecen las normas de la legalidad ordinaria en España, es necesario señalar que la regla general se encuentra estatuida en el artículo 232 de la LOPJ, en cuyo numeral 1 se consagra la publicidad de las actuaciones judiciales, salvo las excepciones que establezcan las leyes de procedimiento; y en su numeral 2 se faculta a los Jueces y Tribunales para limitar el ámbito de la publicidad y acordar el secreto de todas o parte de las actuaciones, mediante resolución motivada y por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades.

Acorde con las directrices constitucionales y con la LOPJ, la LECRIM establece un régimen de publicidad que no afecta por igual a la fase de instrucción que a la de juicio oral y que también atiende al tipo de publicidad de que se trate, para las partes o para terceros extraños. Por nuestra parte nuevamente nos centraremos en la actuación de la publicidad general en la fase de juicio oral, además de por las razones metodológicas ya indicadas con ocasión del estudio del principio de contradicción, porque, como es lógico, en la fase de instrucción no rige la *publicidad para los terceros* de conformidad al artículo 301 LECRIM, que establece el secreto de las diligencias del sumario hasta el juicio oral, con las excepciones previstas en la misma ley<sup>884</sup>, mientras que el artículo

---

<sup>884</sup> Véase también los artículos 234 y 235 LOPJ relativos al derecho de los “interesados” a solicitar información, examinar, obtener copias y solicitar la exhibición, testimonio o certificación que requieran de las actuaciones judiciales no declaradas secretas o reservadas. Sobre el tenor de estos artículos y las dificultades interpretativas que genera el uso de la expresión “interesados”, véase AGUILÓ MONJO, Miguel A.,

302.I LECRIM establece como regla general la *publicidad para las partes* en la fase de instrucción, contemplando una importante excepción constituida por el secreto sumarial regulado en el párrafo segundo del mismo artículo<sup>885</sup> y que, tal como ya lo hemos comentado, constituye más correctamente una excepción al principio de contradicción<sup>886</sup>. Pero, además, porque, tal como lo ha declarado el TC en la sentencia 176/1988 (Sala Primera), de 4 de octubre, FJ. 2º, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil, la publicidad para los terceros es un principio aplicable fundamentalmente al acto solemne del juicio oral y al posterior pronunciamiento de la sentencia, en razón de que sólo en el juicio es donde “se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa”, por lo que sólo en esta fase del procedimiento “tiene sentido la

---

“La publicidad de las actuaciones judiciales”, en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1987, págs. 854-56.

<sup>885</sup> En esta misma fase se prevé también la prohibición a los jueces y magistrados de revelar hechos o datos conocidos con ocasión o en el ejercicio de su función, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona (artículo 417.12 LOPJ), como asimismo se establecen diversas sanciones según se trate de abogados, procurados, personas en general o funcionarios públicos que revelen datos pertenecientes a actuaciones afectadas por el secreto del sumario (artículo 301.II, III y IV LECRIM).

<sup>886</sup> STC 176/1988 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 2º. En el mismo sentido véanse: SSTC 62/1982 (Sala Primera), 15 octubre, FJ. 2º; 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 3º; y 100/2002 (Sala Segunda), 6 mayo, FJ. 4º. Sobre la vinculación del secreto del sumario al derecho a un proceso público o al de defensa y contradicción y su falta de interés práctico, puede verse PECES MORATE, Jesús E., “Publicidad y secreto sumarial”, en *El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad, Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989, pág. 135 o, del mismo autor, “Publicidad y secreto sumarial”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 7, septiembre 1989, págs. 53.

publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad”<sup>887</sup>.

Siendo así, en la fase del juicio oral la publicidad se aplica en toda su extensión, tanto para los terceros como, evidentemente, para las partes (principio de contradicción) y tanto inmediata como mediata, estableciéndolo así el artículo 680 LECRIM:

“Los debates del juicio oral serán público, bajo pena de nulidad”.

Las excepciones a la publicidad del juicio oral son de dos órdenes:

a) Por razones de moralidad, orden público o protección al ofendido o a su familia de conformidad a los artículos 680 II y III, 681 y 682 LECRIM. Normas que — recordemos — deben concordarse y complementarse con los artículos 6.1 del CEDH y 14.1 del PIDCP que, además de las causas que establece la LECRIM, añaden: a) el interés en la seguridad nacional en una sociedad democrática; b) la protección de los intereses de los menores o de la protección de la vida privada de las partes; y c) el interés de la justicia cuando ésta pudiera verse perjudicada por la publicidad y en la medida considerada necesaria por el tribunal.

b) Por razones de conservación o restablecimiento del orden del debate: se faculta al Presidente del Tribunal, en uso de sus atribuciones de dirección de los debates del juicio oral, para expulsar a quienes alteren dicho orden, aún tratándose del propio acusado (artículos 684.II y IV y 687 de la LECRIM).

---

<sup>887</sup> En igual sentido véanse: ATC 123/1989 (Sala Segunda), 13 marzo, FJ. 2º; y STC 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 3º. La misma idea puede deducirse de las SSTEDH, 8 diciembre 1983, (asunto Pretto contra la República de Italia), FD. 21 y ss. y 22 febrero 1984, (asunto Sutter contra Confederación Suiza), FD. 26 y ss.

En relación a las limitaciones o restricciones de la publicidad para los terceros en la fase de juicio oral, conviene señalar que la jurisprudencia ha ido, de una parte, interpretando o delimitando algunos conceptos que podrían calificarse de demasiado amplios, como “moralidad”, “orden público”, etc.<sup>888</sup> y de otra, recalcando el carácter no absoluto del derecho a un proceso público a la vez que señalando los requisitos que debe cumplir la adopción de las medidas que lo restringen, los cuales pueden sistematizarse, siguiendo en parte el esquema planteado por Aguiló Monjo, como sigue<sup>889</sup>:

a’’) Previsión legal: exigencia derivada del artículo 53.1 CE y también del 29.2 DUDH y corroborada por la jurisprudencia<sup>890</sup>.

b’’) Interpretación estricta de las causas legales de restricción: En este sentido la jurisprudencia ha señalado que la autorización constitucional de las excepciones a la publicidad del artículo 120.1 “no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador”, debiendo someterse las normas legales que las prevean a una interpretación estricta, dado que la publicidad procesal se encuentra ligada a otros derechos fundamentales de los ciudadanos, como son el derecho a un proceso público y el derecho a recibir libremente información<sup>891</sup>.

---

<sup>888</sup> Baste leer la STC 62/1982 (Sala Primera), 15 octubre, FJ. 3º y 4º, Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, donde el Alto Tribunal se enfrenta a la difícil tarea de delimitar el concepto de “moral pública”.

<sup>889</sup> Cfr. AGUILÓ MONJO, Miguel A., “La publicidad de las actuaciones judiciales”, en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, T. II, cit., págs. 850-51.

<sup>890</sup> STC 96/1987 (Sala Primera), 10 junio, FJ. 2º, Ponente D. Antonio Truyol Serra. En el mismo sentido: STC 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 3º.

<sup>891</sup> STS 1020/1995, (Sala Penal), 19 octubre, FJ. 2º, Ponente D. José Antonio Martín Pallín. En el mismo sentido, previamente: SSTC 13/1985 (Sala Segunda), 31 enero, FJ. 3º; y 96/1987 (Sala Primera), 10 junio, FJ. 2º.



c'') Resolución judicial motivada: Requisito derivado de los artículos 232.2 LOPJ y 680 LECRIM y perteneciente a una abundante jurisprudencia que viene exigiendo la motivación de toda resolución limitativa o restrictiva de derechos fundamentales y que, en el caso concreto de la publicidad, ha puntualizado que se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos (artículo 24.1 CE), cuando se afecta el ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo<sup>892</sup>.

d'') Proporcionalidad y justificación de la medida: Estas exigencias derivadas de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 18 CEDH, han sido también precisadas por una amplia jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles en materia de restricciones a los derechos fundamentales que, en resumen, impone que cualquier medida limitativa o restrictiva de tales derechos debe ser adoptada por una resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento y que la ejecución de la misma deba atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su

---

<sup>892</sup> STC 62/1982 (Sala Primera), 15 octubre, FJ. 2º, Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. En el mismo sentido: STC 176/1988 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 3º; y ATC 295/1993 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 2º.

autorización<sup>893</sup>.

En cuanto a la necesidad específica de que cualquier medida restrictiva del derecho fundamental a un “juicio público” requiera de una precisa y manifiesta justificación que la respalde, hemos de señalar que constituye una reiterada exigencia establecida por la jurisprudencia constitucional que tal medida restrictiva debe venir objetiva y razonablemente justificada en circunstancias que hagan evidente que la misma resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, pero coordinándolo adecuadamente con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario<sup>894</sup>.

### **3. La oralidad, la intermediación y la concentración**

#### **A) La oralidad**

Si bien la oralidad puede ser concebida como un principio relativo a la mera forma de los actos procesales y en este sentido referida al medio de comunicación utilizado al interior del proceso, lo cierto es que lo que realmente define si un proceso es oral o escrito, es la particular

---

<sup>893</sup> Por todas, SSTC 49/1999 (Pleno), 5 abril, FJ. 4º-7º, Ponente D. Tomás S. Vives Antón y 166/1999 (Sala Primera), 27 septiembre, FJ. 2º, Ponente D. Pablo García Manzano.

<sup>894</sup> STC 176/1988 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 3º, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil. En el mismo sentido: ATC 295/1993 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 2º y SSTC 100/2002 (Sala Segunda), 6 mayo, FJ. 4º; y 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 4º. Véase también la completa sistematización jurisprudencial que del requisito de justificación de la medida realiza BONET NAVARRO, José, “La instrucción previa: aspectos generales”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, pág. 270-73.

forma que asume el material procesal sobre el que puede basarse o fundarse la sentencia del órgano juzgador<sup>895</sup>. De esta manera, un procedimiento será oral “cuando la sentencia sólo puede fundarse sobre lo que se ha aportado oralmente ante el órgano jurisdiccional”; mientras que será escrito, cuando dicha sentencia tiene que basarse en lo documentado en autos<sup>896</sup>.

Debe aclararse, sin embargo, que la oralidad o escritura nunca aparecen en los procedimientos en estado puro, sino que se reflejan en los mismos de manera combinada, por lo que lo correcto es más bien hablar de *predominio* que de absoluta primacía de uno u otro principio<sup>897</sup>. No existe, en consecuencia, ningún sistema exclusivamente oral, sino que todos en este aspecto pueden ser calificados de *mixtos*. En consecuencia, la oralidad bien entendida no excluye a la escritura, la que siempre

---

<sup>895</sup> Idea esbozada ya por WACH, Adolf, *Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana*, trad. Krotoschin, Ernesto, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958 (*Vorträge über die Reichs – Civilprozessordnung*, Bonn, Bei Adolf Marcus, 1879); y seguida por tantos otros, de los cuales nos limitamos a citar sólo a algunos autores clásicos, tales como: GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., pág. 134; CALAMANDREI, Piero, “Oralità nel processo”, en *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Mauro, volume Primo, Napoli, Morano Editore, 1965, pág. 452; CAPPELLETTI, Mauro, “Valor actual del principio de la oralidad”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, cit., pág. 88 (*Relación presentada al 2º Congreso Latinoamericano de derecho procesal*, Ciudad de México, febrero de 1969, publicada en *Giurisprudenza italiana*, CXII, 1969, IV, columnas 89-95) y en *Giustizia e Società*, seconda edizione, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, págs. 130-34 y especialmente pág. 213. En España, entre otros: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Algunos problemas...”, en *Temas...*, T. III, cit., pág. 1.373; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., pág. 223; ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “Los principios del proceso”, (II), en *Introducción...*, 2ª ed., cit., pág. 356; y MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., pág. 534.

<sup>896</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “Los principios del proceso”, (II), en *Introducción...*, 2ª ed., cit., pág. 356.

<sup>897</sup> Sobre este aspecto de la oralidad y escritura, véase CAPPELLETTI, Mauro, “Valor actual del principio de la oralidad”, en *La oralidad...*, cit., págs. 85-87.

conservará y cumplirá en el proceso oral la doble finalidad de preparar el tratamiento del pleito y documentar lo acontecido en él, sobre todo de lo que ocurre durante las audiencias<sup>898</sup>.

De lo anterior se colige la importancia de determinar en qué medida está presente la oralidad en un procedimiento, para lo cual habremos de analizar la forma predominante que poseen los actos procesales y cuál es la función que esos actos (escritos u orales) desempeñan en el proceso, para sólo así poder precisar o calificar a tal o cual procedimiento de oral o escrito<sup>899</sup>. En este sentido, los procedimientos que se dicen orales pueden tener, en general, una fase inicial de proposición escrita seguida de una o más audiencias verbales de prueba, debate final y sentencia y no por ello dejan de ser orales, por cuanto en estos casos los escritos fundamentales pueden simplemente ser preparatorios del juicio oral.

Pero para precisar con exactitud cuál es el significado que atribuimos a la oralidad y cuál es el que nos resulta útil en este apartado de nuestro trabajo, es necesario recordar que el principio de oralidad puede admitir varios significados, de los que buena cuenta nos da Ferrua, para quien tres son las posibles maneras de entender este principio. Uno de carácter etimológico y de uso frecuente en la legislación, lo entiende como una específica modalidad del diálogo que se desarrolla entre el juez (o ministerio público) de un lado y el testigo (o imputado) del otro y se refiere a la necesidad de que las respuestas al interrogatorio al que son

---

<sup>898</sup> Como ya lo apuntaron CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., págs. 137-39; y CALAMANDREI, Piero, "Oralità nel processo", en *Opere giuridiche*, cit., págs. 451-52.

<sup>899</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel y ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, "Los principios...", (II), en *Introducción...*, 2ª ed., cit., pág. 356.

sometidos estos últimos se emitan “oralmente”, o sea, de “viva voz”, mediante el uso de la palabra hablada antes que de otro medio de comunicación. Mirada desde esta perspectiva la oralidad podría admitir — como regla — la lectura en el juicio de declaraciones efectuadas por estos sujetos en fases anteriores al juicio oral y público, sin que la oralidad se viese perjudicada o disminuida, no así la intermediación que en tal supuesto se resentiría gravemente<sup>900</sup>.

Un segundo significado de origen doctrinal busca diferenciar la oralidad de la intermediación, señalando que la primera constituye una “forma de manifestación” del conocimiento, mientras que la segunda, un “grado” del conocimiento judicial<sup>901</sup> o, como más claramente lo expuso Goldschmidt, “la oralidad es una *forma del entendimiento*, la inmediatividad es un *escalón de la percepción*”<sup>902</sup>. Sin embargo, desde esta perspectiva para que se entienda respetado el principio de oralidad no sería necesario que la prueba la asumiera directamente el tribunal sentenciador, sino que bastaría simplemente con que el medio de prueba se rindiera de manera oral, aunque no existiera verdadera intermediación judicial<sup>903</sup>.

Un tercer significado de la oralidad, apuntado ya por Chiovenda, la entiende como una fórmula “necesariamente breve y representativa” de

---

<sup>900</sup> Cfr. FERRUA, Paolo, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, Giufrè Editore, 1981, págs. 280-81. (Traducción propia).

<sup>901</sup> Cfr. FERRUA, Paolo, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., pág. 291. (Traducción propia)

<sup>902</sup> Sic. GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., págs. 144-45. (La cursiva es del autor).

<sup>903</sup> Cfr. FERRUA, Paolo, *Oralità...*, cit., pág. 292. En idéntico sentido previamente GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., pág. 145; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios...*, T. II, cit., pág. 18; FAIRÉN GUILLÉN,

toda una serie de consecuencias procesales que son tan importantes como la oralidad misma en la producción de la prueba en aquellos juicios en que ésta es necesaria más allá de la prueba documental. En opinión de Chiovenda, la oralidad entendida como intermediación de relaciones entre el juez sentenciador y los elementos de los cuales debe extraer su convicción, es la condición indispensable para la actuación del principio de la libre convicción, tanto como “*l’aria è necessaria per respirare*”<sup>904</sup>.

Pero para que la oralidad pueda ser entendida en este sentido “inmediato”, es decir, como principio que impone que el juez extraiga su decisión de la impresión recibida directamente por él de la actividad procesal, deben concurrir dos condiciones más, las que también fueron apuntadas en su momento por Chiovenda<sup>905</sup> y reiteradas posteriormente por gran parte de la doctrina moderna, a saber: a) la identidad física entre el juez que decide y el juez que asume la prueba (llamada también *intermediación en sentido espacial*) y b) la continuidad de las operaciones probatorias en términos de permitir al juez pronunciar su decisión en un período de tiempo no excesivamente distante del primer contacto con las fuentes de prueba (llamada *intermediación en sentido temporal o concentración*)<sup>906</sup>.

En síntesis, conforme a este tercer significado de la palabra

---

Víctor, *El Tribunal...*, cit., pág. 504; GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., pág. 227; y FENECH, Miguel, *El proceso penal*, cit., pág. 112.

<sup>904</sup> Cfr. CHIOVENDA, José, “L’oralità e la prova”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, T. I, 1924, págs. 16-17; y, del mismo autor, en *Principios...*, T. II, cit., pág. 136. En el mismo sentido, entre otros, CALAMANDREI, Piero, “Oralità...”, en *Opere...*, cit., págs. 451 y ss; FERRUA, Paolo, *Oralità...*, cit., pág. 282; e ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio di procedura penale*, 3ª edizione, cit., pág. 654.

<sup>905</sup> CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., págs. 139-40.

<sup>906</sup> Por todos, FERRUA, Paolo, *Oralità...*, cit., pág. 283.

“oralidad” se quiere expresar simbólicamente una serie de criterios, tales como la inmediación, la admisión y valoración de la prueba conforme a la libre convicción y el desarrollo del proceso de manera eficiente, rápida y concentrada, todos los cuales deben confluir en la totalidad del proceso, pero muy especialmente deben estar presentes en la discusión oral, en la práctica de la prueba y en la valoración crítica de los hechos de la causa, o sea, en el ámbito del derecho probatorio<sup>907</sup>.

Al hilo de estas ideas, no podemos sino adscribirnos a este tercer significado de la oralidad y afirmar, con Fairén Guillén, que la oralidad, aislada de todo otro valor, sólo tiene carácter técnico, pero que ligado a otros principios como los ya enunciados, adquiere carácter político y con ello se puede elevar a verdadero pilar fundamental del proceso<sup>908</sup>.

## **B) La inmediación**

Entendida la oralidad en el tercer sentido apuntado en el apartado anterior, es fácil concluir que la misma es compañera necesaria de la inmediación, pudiendo concebirse ambos principios como dos aspectos de una misma cosa, dependientes entre sí igual que lo son “dos cuerpos de igual raíz, de tal modo que si uno de ellos se marchita, el otro también lo hace”<sup>909</sup>.

En este sentido la inmediación no sólo se encuentra estrechamente unida a la oralidad, en tanto sólo en el marco de un proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicada, sino que la inmediación constituye

---

<sup>907</sup> En este sentido, CAPPELLETTI, Mauro, *Giustizia e Società*, cit., págs. 134, 213 y 217-18. (Traducción propia).

<sup>908</sup> Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Tribunal...*, cit., págs. 481-82.

<sup>909</sup> KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, Mannheim-Berlín-Leipzig (Bensheimer), 1927, págs. 220 y ss., citado por FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Tribunal...*, cit., pág. 505.

verdaderamente la “esencia del proceso oral”<sup>910</sup>.

En efecto, la importancia del requisito de que el juez funde su sentencia en aquel material que ha sido aportado oralmente, en nuestra opinión no radica sólo en el uso de un mero método de comunicación, sino más bien o sobre todo en la necesidad de que el juez entre en contacto directo, sin intermediario alguno, con las fuentes personales o materiales que le proporcionan los medios de prueba rendidos en su presencia como única manera de formar su cabal y libre convicción en el proceso constituyendo, incluso, condiciones de legitimidad del juicio penal.

Sentado lo anterior, la inmediación ha sido clásicamente clasificada por Goldschmidt en dos categorías: a) Subjetiva o formal, que es aquella que impone al juez sentenciador relacionarse lo más directamente posible con los medios de prueba (relación juez-medios de prueba); y b) Objetiva o material, que impone al juez utilizar aquellos medios de prueba que se encuentran en la más directa relación con el hecho a probar (relación medios de prueba-hechos a probar)<sup>911</sup>. A lo anterior Gimeno Sendra introduce, con apoyo en la doctrina alemana, una tercera categoría que denomina “inmediación en la apreciación de la prueba” la cual posee dos aspectos, el primero de los cuales se identifica con lo que Goldschmidt define como inmediación en sentido objetivo o material, mientras que el segundo impone la exigencia de que la valoración de la prueba “sea realizada lo más pronto posible, una vez

---

<sup>910</sup> Como así lo sostiene CHIOVENDA, José, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. III, trad. cast. E. Gómez Orbaneja, 1ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, pág. 163; y, del mismo autor, “L’oralità e la prova”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, T. I., cit., pág. 16.

<sup>911</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., págs. 146-47.



finalizado el juicio”<sup>912</sup>.

Con respecto a la inmediación cabe efectuar al menos dos advertencias adicionales, ambas apuntadas acertadamente por Carlo Massa<sup>913</sup>. La primera se encuentra dirigida a determinar el verdadero alcance del principio de inmediación, aclarándose en este sentido que para entender este principio se debe partir de la premisa de que el juez no podrá nunca conocer directamente los hechos y circunstancias que forman el objeto del juicio, porque todos ellos se desarrollaron históricamente fuera de su presencia, por lo que sólo los podrá aprehender a través de las representaciones que las fuentes de prueba le hagan de los mismos, especialmente las personales. De ahí que se pueda afirmar que la exigencia que verdaderamente entraña la inmediación procesal se encuentra exclusivamente constituida por el deber del juez de entrar en directo contacto con las fuentes de prueba, escuchándolas y percibiéndolas sin intermediarios y sin poder delegar en otros sujetos la tramitación del medio de prueba, salvo casos excepcionales previstos en la ley. La segunda advertencia dice relación con la circunstancia de que el fundamento de la inmediación no debe buscarse en manuales de Derecho, sino que el mismo reposa sobre un elemental principio de la naturaleza humana, según el cual, por regla general, el conocimiento es tanto más cercano a la verdad, cuanto más cercana sea la percepción del hecho que se debe comprobar y valorar.

---

<sup>912</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., págs. 227-28. Con todo, el segundo de los aspectos enunciados por Gimeno Sendra creemos se identifica más con el llamado principio de concentración procesal que, como veremos más adelante, es también compañero necesario de la oralidad e inmediación.

<sup>913</sup> Cfr. MASSA, Carlo, “Il principio dell’immediatezza processuale”, en *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, T. II, Milano, Giuffrè Editore, 1972, págs. 1123-24 y 1127-28.

Conforme a lo hasta aquí dicho, reiteremos que para que la inmediación pueda realmente ser actuada en el proceso requiere siempre estar acompañada, además de la oralidad, que es el vehículo que la posibilita, de la *concentración procesal* y de la *identidad física del juez sentenciador*. El fundamento último que sustenta la antedicha afirmación es fácil de deducir: la dificultad de retener en la memoria las impresiones causadas por la prueba oral rendida ante el juez es lo que requiere que la inmediación sea acompañada de la concentración procesal que, a su vez impone la condensación del juicio en una o varias sesiones consecutivas; mientras que la necesidad de que la convicción del juez sentenciador emane de aquellas pruebas que ha presenciado directamente, sin intermediario alguno, es lo que torna necesario que haya permanente identidad física entre el juez que asume y adquiere la prueba y el juez sentenciador, ambos, en definitiva, deben ser una misma persona, de lo contrario la inmediación procesal desaparece<sup>914</sup>.

Entre las ventajas que la inmediación acarrea, lo cierto es que debe tenerse claro que en realidad este principio no es un valor en sí, sino que es funcional a otros valores, en tanto permite: a) asegurar la genuinidad de los elementos de prueba, que a veces se pueden corromper

---

<sup>914</sup> En este punto existe absoluta unanimidad doctrinal. Así por ejemplo, véase GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., págs. 138-39; WACH, Adolf, *Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana*, cit., págs. 7-9; FLORIÁN, Eugenio, *Elementos...*, cit., pág. 105; CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., págs. 139-40; CALAMANDREI, Piero, “Oralità...”, en *Opere...*, cit., pág. 453; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Algunos problemas...”, en *Temas...*, T. III, cit., págs. 1373-74; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios...*, T. II, cit., pág. 25; FOSCHINI, Gaetano, “Dibattimento”, a) Diritto processuale penale, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XII, Milano, Giuffrè Editore, 1964, pág. 347; MASSA, Carlo, “Il principio dell’immediatezza processuale”, en *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, T. II, cit., págs. 1134-39; FERRUA, Paolo, *Oralità...*, cit., pág. 283; e IGARTUA

si vienen transmitidos por medio de terceras personas o bien por escritos sin la debida cautela; b) posibilitar que el juez valore de mejor modo la credibilidad de la fuente y la atendibilidad del elemento de prueba; y c) asegurar el contradictorio, esto es el derecho de la contraparte a examinar a la persona que ha rendido una declaración precedente<sup>915</sup>.

Otra de las ventajas de la inmediación deviene de la circunstancia de que por su intermedio el juzgador no sólo accede a la información, dato o elemento que objetivamente contiene o transmite la respectiva fuente de prueba, sino que lo coloca en condiciones de poder percibir por sus propios sentidos todos aquellos otros *elementos paralingüísticos* que derivan especialmente de las fuentes personales de prueba, tales como los gestos o rubor del rostro, la entonación de la voz, los movimientos corporales, etc.<sup>916</sup>.

Si bien todos estos elementos “paralingüísticos” cobran especial importancia en el ámbito de las fuentes de prueba personales, lo cierto es que resulta necesario precisar que no están llamados a probar los hechos objeto del juicio, porque no son representativos de los mismos, sino que constituyen *indicios* de la veracidad de la fuente personal y de la verdad

---

SALAVERRÍA, Juan, “El nombre de la «inmediación» en vano”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, cit., pág. 1727.

<sup>915</sup> Cfr. TONINI, Paolo, “Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, núm. 3, pág. 1137.

<sup>916</sup> En este sentido ventajoso de la inmediación se pronuncia prácticamente todos los autores desde Klein y Chiovenda hasta los contemporáneos siendo, creemos, innecesaria la cita de cada uno de ellos. Por todos, GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 125. En sentido crítico, advirtiendo acerca de los “influidos inconscientes” que ocasiona la “interacción de los roles entre el acusado y el Tribunal”, véase GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos...*, cit., págs. 231-32; y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, págs. 60-64.

del hecho por ella narrado o, dicho en otros términos, del *modo* como el testigo narra los hechos derivan la *credibilidad* del narrador y la *verosimilitud* del hecho narrado: descuidar estos elementos “significaría cerrar los ojos frente a la verdad”<sup>917</sup>.

Con relación al tema del control de la inmediación como sustento de la convicción judicial hemos de efectuar dos comentarios finales. El primero advierte, siguiendo a Igartua Salaverría, que para otorgar credibilidad a una declaración ésta habrá de satisfacer dos condiciones: *sinceridad* y *veracidad*. La sinceridad viene dada por la “correspondencia entre lo que *dice* y lo que *piensa* el declarante”; mientras que la *veracidad* de la declaración depende de que lo que el declarante *piense* se corresponda con la *realidad*. En consecuencia, la sinceridad es algo que el juez sentenciador podrá determinar con base en la inmediación; pero la veracidad de la declaración, es algo que no depende de la inmediación, sino de otros elementos tales como el bagaje de conocimientos, máximas de experiencia jurisprudenciales, prejuicios, etc., del juzgador; pero en ningún caso de lo directamente percibido durante la vista oral, porque no es una cuestión que pertenezca al ámbito de la *percepción judicial* de lo declarado, sino que es propia de la *percepción personal* del declarante<sup>918</sup>.

El segundo comentario apunta a determinar dónde deben quedar plasmados los resultados que la inmediación arroja en la convicción judicial, es decir, aquella credibilidad que el juez le confiere a la fuente

---

<sup>917</sup> Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, “Valor actual...”, en *La oralidad...*, cit., págs. 93-4.

<sup>918</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El nombre...”, en *La Ley*, cit., pág. 1728. En sentido similar se pronuncia TONINI, Paolo, “Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs.1137-38.

de prueba, sea ésta personal o material. La pregunta actualmente debe responderse con rotundidad: las percepciones judiciales derivadas de la intermediación y que sustentan la convicción judicial en ningún caso pueden quedar enmarcadas dentro del secretismo de la “íntima convicción” del juez, lo cual es inaprensible para los justiciables, sino que necesariamente habrán de manifestarse en la motivación de la sentencia, como única manera de que las mismas puedan ser controlables en su racionalidad. Lo anterior porque, tal como lo señala Igartua Salaverría, la intermediación ha dejado de ser el “astro-rey” del proceso para dar paso en su lugar a la *motivación* de las sentencias, que en el fondo es la explicación que el juez da a la colectividad de su decisión, en tanto “mientras la «convicción» rota sobre la libertad del juez para *autoconvencerse*, la motivación gira en torno a la *obligación* del juez de ser *convinciente*”<sup>919</sup>.

A mayor abundamiento, la única manera de evitar que la valoración de las fuentes de prueba, especialmente de las personales, caiga en el subjetivismo y arbitrariedad y, en cambio, pueda ser objeto de un control de racionalidad, es mediante la *verbalización* de incluso aquellos elementos paralingüísticos que el tribunal de instancia consideró para determinar si el medio de prueba o qué aspectos del mismo adquieren o no el estatuto de elementos de prueba<sup>920</sup>.

---

<sup>919</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El nombre...”, en *La Ley*, cit., págs. 1729-30. (La cursiva y entrecomillado son del autor). Sobre este punto, puede leerse más extensamente a IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 127-73.

<sup>920</sup> En este sentido, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, Madrid, Civitas Ediciones SL, 2004, págs. 110-11 y, del mismo autor, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., págs. 162-63. En sentido similar,

Al respecto señala Taruffo que en la valoración que el juez hace sobre la fiabilidad de la prueba es necesario que se desprenda de sí mismo y observe desde fuera todo aquello que proviene del contacto inmediato que tiene con las fuentes de pruebas, a fin de poder seleccionar aquellos datos que puedan tener algún valor cognoscitivo sobre la base de criterios intersubjetivamente aceptados o aceptables y excluir todos los otros que correspondan a reacciones psicológicas que no racionaliza de acuerdo con tales criterios. Sólo sobre la base de los primeros datos el juez debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente indentificables a fin de poder, a su vez, ser racionalmente controlables. En definitiva, coincidimos con Taruffo en considerar que “lo que no puede ser racionalmente elaborado *no existe* a los efectos de la correcta valoración de la prueba”<sup>921</sup>.

La intermediación juega un rol importante como presupuesto necesario de un juicio de cierta calidad, pero no es suficiente: los datos que se extraen a partir del contacto directo con la fuente de prueba sólo pueden ser aquellos verbalizables y deben ser, además, suficientemente verbalizados en la sentencia, única manera de que puedan ser intersubjetivamente evaluables y, por tanto, racionalmente controlables<sup>922</sup>. Pensar lo contrario es volver a una concepción irracional

---

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Sobre prueba y proceso penal”, en *Discusiones*, núm. 3, 2003, págs. 59-60 y TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, núm. 3, 2003, págs. 83-84.

<sup>921</sup> TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, cit., págs. 83-84.

<sup>922</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Sobre prueba y proceso penal”, en *Discusiones*, cit., págs. 59-60.

de la libre convicción y a una noción psicologista de la motivación, concepciones que no compartimos.

### C) La concentración

Ya hemos dicho que el principio de concentración impone que el juicio se desarrolle en una o más audiencias consecutivas lo más próximas en el tiempo posible y que su principal fundamento nuevamente hay que encontrarlo en una limitación natural del conocimiento humano, cual es que la primera percepción y el recuerdo de la misma evidentemente se diluyen con el transcurso del tiempo, limitación plenamente aplicable, desde luego, al proceso jurisdiccional.

La necesidad de que la oralidad y la intermediación estén acompañadas al interior del proceso del principio de concentración o “unidad del acto” es una afirmación apuntada desde antiguo y compartida ampliamente por la doctrina<sup>923</sup>. Tal es así que Chiovenda llegó a considerar el principio de la concentración como la principal característica exterior del proceso oral y a prácticamente identificar ambos principios al señalar que “decir *oralidad* es como decir *concentración*”<sup>924</sup>; mientras que Alcalá-Zamora y Castillo apuntó que las

---

<sup>923</sup> Cfr. WACH, Adolf, *Conferencias...*, cit., pág. 4 y 16; GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., pág. 138; CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 140; CALAMANDREI, Piero, “Oralità...”, en *Opere...*, cit., pág. 453; CAPPELLETTI, Mauro, *Giustizia...*, cit., págs. 134 y 212-13; MASSA, Carlo, “Il principio...”, en *Studi...*, T. II, cit., pág. 1138; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, en a) *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 281-82; b) “Algunos problemas...”, en *Temas...*, T. III, cit., págs. 1374-75; y c) *El Tribunal...*, cit., págs. 512-13; MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., pág. 537; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El nombre...”, en *La Ley*, cit., pág. 1727; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 119.

<sup>924</sup> CHIOVENDA, José, *Principios...*, T. II, cit., pág. 140 y en *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. III, cit., pág. 164. (La cursiva es del autor).

mayores ventajas del llamado proceso oral obedecen a la concentración e inmediación antes que a la sola oralidad<sup>925</sup>.

Este principio ha sido clasificado en dos grandes categorías complementarias, a saber: a) la de las actividades procesales y b) la del contenido del proceso<sup>926</sup>. De estas categorías, nos detendremos sólo en la relativa a la actividad procedimental, porque es esta la que impone la necesidad de que los actos procesales deban desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias lo más cercanas temporalmente entre sí<sup>927</sup>.

En el ámbito probatorio la concentración de los actos procesales está llamada a coadyuvar a que las percepciones judiciales de lo manifestado por las partes y las pruebas rendidas en presencia del juez, permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de pronunciar sentencia<sup>928</sup>, para lo cual no sólo basta con que el juicio oral se realice en una sola audiencia o en pocas audiencias sucesivas, sino también es necesario que el pronunciamiento de la sentencia se efectúe inmediatamente después de la clausura del juicio oral<sup>929</sup>.

---

<sup>925</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios...*, T. II, cit., pág. 19.

<sup>926</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de Derecho procesal*, cit., págs. 282-83. Otros autores distinguen, en cambio, entre concentración espacial y temporal, FOSCHINI, Gaetano, “Dibattimento”, a) Diritto processuale penale, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XII, cit., pág. 345.

<sup>927</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., pág. 537.

<sup>928</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., pág. 537.

<sup>929</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero, “Oralità...”, en *Opere...*, cit., pág. 453. Previamente, WACH, Adolf, *Conferencias...*, cit., pág. 4.



#### **D) Reconocimiento positivo de los principios de oralidad, intermediación y concentración en España**

La oralidad se encuentra reconocida como principio del proceso, en general y, del penal en particular, prioritariamente en los artículos 120.2 CE y 229.1 LOPJ, al prescribir ambas disposiciones que el procedimiento (o actuaciones judiciales) será predominantemente oral, añadiendo la última de las disposiciones citadas la indicación de que esto será así “sin perjuicio de su documentación”, con lo cual queda claro que la intención del legislador español se ajusta a la idea del predominio de la oralidad, sin exclusión absoluta de la escritura, aun cuando debemos entender la “documentación” en un sentido amplio, que incluya los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos propios de la tecnología moderna (artículo 230 LOPJ).

Corroborando el predominio de la oralidad la LECRIM admite la escritura de algunas actuaciones procesales de gran relevancia en el proceso, tales como las calificaciones provisionales (artículos 649 y siguientes) y definitivas (artículo 732), pero establece con claridad que el material sobre el que el juez fundará su sentencia es oral al disponer, en su artículo 741, que el tribunal apreciará según su conciencia las *pruebas practicadas en el juicio oral*.

A esta disposición central del sistema de enjuiciamiento penal español, se le unen la exigencia constitucional de que la sentencia sea pronunciada en audiencia pública (artículo 120.2 CE) y otras tantas de la LECRIM que son su necesario antecedentes, tales como las que regulan el modo de practicar las pruebas durante el juicio oral (artículos 688 y siguientes); los informes de las partes (artículo 734); y el derecho a la “última palabra” que le asiste al acusado de conformidad al artículo 739.

Pero también hemos dicho que la sola oralidad en el proceso no pasa de ser un principio meramente técnico y que sólo combinándose con otros principios relevantes como el de inmediación y concentración, puede alcanzar la categoría de verdadero pilar fundamental del proceso.

De esta forma la inmediación en la práctica de la prueba en el juicio oral se encuentra también consagrada y garantizada en diversas disposiciones de la LECRIM, además de la que se deduce del ya citado artículo 741. Así, por ejemplo, la inmediación atraviesa toda la práctica de la prueba testimonial (artículos 701 y siguientes); la prueba pericial (artículos 723 y siguientes); la inspección personal del tribunal, obviamente anterior al inicio de las sesiones del juicio oral (artículo 727); y la información final de las partes (artículos 734 y siguientes).

La identidad física del tribunal sentenciador, condición indispensable para la correcta actuación del principio de inmediación, también se encuentra regulada y garantizada en la LECRIM, ordenando la suspensión del juicio, incluso de oficio, cuando algún individuo del Tribunal se imposibilitare por grave enfermedad (artículo 746 N° 4) y disponiendo el cese definitivo del juicio y citación a uno nuevo, cuando tal imposibilidad se prolongare indefinidamente o por un tiempo demasiado largo (artículo 749).

Por su parte, la concentración procesal es establecida principalmente en el artículo 744 LECRIM, que dispone que el juicio oral continuará durante todas las *sesiones consecutivas* que sean necesarias hasta su conclusión y en los artículos 745 y siguientes de la misma Ley, que regulan de manera muy precisa las causas de suspensión del juicio oral. Continúa la protección legislativa al principio de concentración, ordenando la discusión por parte del tribunal de las

cuestiones de hecho y de derecho debatidas en el proceso “inmediatamente después de celebrado el juicio o en el siguiente día” y el pronunciamiento de la sentencia para dentro de tercero día de terminado aquel, tratándose de delitos y en caso de faltas, en el mismo día o al siguiente de concluido el juicio (artículos 203 y 741 LECRIM).

### **E) Reconocimiento jurisprudencial de los principios de oralidad, intermediación y concentración en España**

La necesidad de la concurrencia del trinomio oralidad/inmediación/concentración en la práctica de la prueba en el juicio oral también ha sido apuntada por la jurisprudencia española en una doctrina constante y reiterada a contar de la ya tantas veces citada sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981. En tal sentido la jurisprudencia constitucional española ha señalado que:

“La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto de juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, derechos que se traducen, en la legalidad vigente, en los principios de oralidad, intermediación y contradicción, que rigen en el proceso penal, reflejados entre otros, en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”<sup>930</sup>.

La estrecha vinculación entre la oralidad e intermediación en el

---

<sup>930</sup> STC 175/1985, de 17 diciembre 1985, FJ. 4º, Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. En sentido similar, SSTC 182/1989 (Sala Primera), 3 de noviembre, FJ. 2º; 217/1989 (Sala Primera), 21 de diciembre, FJ. 2º; 3/1990 (Sala Segunda), 15 de enero, FJ. 1º; 199/2005 (Sala Primera), 18 de julio, FJ. 1º; 24/2006 (Sala Primera), 30 enero, FJ. 1º; 91/2006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 3º; 95/2006 (Sala Primera), 27 marzo, FJ. 1º; y 114/2006 (Sala Primera), 5 abril, FJ. 2º. También, entre otras, SSTS 515/1996, (Sala Penal), 12 de julio, FJ. 1º; 244/2007 (Sala Penal), 22 de marzo, FJ. 1º; 421/2008 (Sala Penal), 17 de junio, FJ. 3º; y 485/2008 (Sala Penal), 14 de julio, FJ. 1º.

ámbito probatorio es también ampliamente exigida por la doctrina del TC que considera imprescindible el contacto directo del juez sentenciador con las pruebas rendidas en el juicio oral<sup>931</sup>. Asimismo, la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles ha recalcado que la inmediación en la práctica de la prueba corresponde única y exclusivamente al tribunal sentenciador y no otro órgano jurisdiccional<sup>932</sup>.

Las ventajas de la inmediación, específicamente sobre el valor de los elementos “paralingüísticos” que pueden ser percibidos por el órgano sentenciador, en especial tratándose de pruebas personales, ha sido también destacada por la jurisprudencia, señalando al respecto que la presencia del testigo o acusado en el juicio oral no solo aporta una declaración, sino también:

“[U]nos signos -forma de decir lo que se expresa, los silencios, las miradas, los gestos, que son manifestaciones elocuentes de unos sentimientos que a veces no se saben o no se quieren expresar con claridad, por piedad, por miedo, por vergüenza, etc.- y éstos son aspectos muy importantes de la función judicial, en la que ha de hacerse un gran esfuerzo intelectual por descubrir, conforme a las reglas

---

<sup>931</sup> STC 217/1989 (Sala Primera), 21 de diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra. Véase también, entre otras, SSTC 24/2006 (Sala Primera), 30 enero, FJ. 1º; 91/2006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 3º; 95/2006 (Sala Primera), 27 marzo, FJ. 1º; y 114/2006 (Sala Primera), 5 abril, FJ. 2º.

<sup>932</sup> Por todas, SSTS 1602/1994, (Sala Penal), 20 septiembre, FJ. 4º, Ponente D. Roberto Hernández Hernández y 241/2008, (Sala Penal), 14 mayo, FJ. 3º, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano. En sede constitucional, todas las sentencias que dan lugar al amparo por vulneración del derecho a un proceso con garantías por condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública, se fundan en esta exigencia de que la inmediación judicial ha de ser exclusivamente la del juez sentenciador, consagrando una doctrina que fue establecida por el Pleno del TC en la STC 167/2002 (Pleno), 18 de octubre, FJ. 9º-11º, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas y reiterada por muchas otras, tales como SSTC 198/2002 (Sala Segunda), 28 octubre, FJ.

científicas de la psicología del testimonio y a los criterios de experiencia, la realidad”<sup>933</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha distinguido claramente lo que es la “percepción sensorial” de la prueba practicada en el juicio oral, o sea “lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice”, de lo que es la valoración racional de la prueba, indicando que sólo la primera constituye un límite a la función revisora del tribunal de casación en tanto deriva de la inmediación, mientras que la valoración racional puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control<sup>934</sup>.

En cuanto a la diferenciación entre la *sinceridad* y *veracidad*, en términos que solo la primera es una cuestión que efectivamente depende de la inmediación, creemos que se encuentra recogida por la jurisprudencia en todas aquellas sentencias que abordan el tema de la declaración de la víctima como única o principal prueba de cargo. En estos casos la jurisprudencia ha señalado que tal testimonio ha de ser creíble desde tres parámetros, a saber: ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud de su declaración y persistencia de la misma. En el primero de los parámetros apuntados se atiende a aspectos subjetivos de la víctima-testigo, como sus propias características físicas o psicoorgánicas y la inexistencia de móviles espurios que la hagan

---

3º; 212/2002 (Sala Segunda), 11 noviembre, FJ. 3º; y 230/2002 (Sala Segunda), 9 diciembre, FJ. 7º.

<sup>933</sup> STS (Sala Penal), 9 octubre 1993, FJ. 2º, Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo. En sentido similar se pronuncian, entre otras muchas, SSTS 1428/1999, (Sala Penal), 8 octubre, FJ. 2º; 144/2007, (Sala Penal), 22 febrero, FJ. Único; y 485/2008, (Sala Penal), 14 julio, FJ. 1º.

<sup>934</sup> STS 244/2007, (Sala Penal), 22 marzo, FJ. 1º, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta por todas.

incriminar a una persona inocente. Mientras que en análisis de la verosimilitud del testimonio se atiende a la necesidad de que la declaración a) sea lógica en sí misma, o sea, no contraria a la lógica vulgar o a la común experiencia, debiendo determinarse si la versión es o no insólita u objetivamente inverosímil por su propio contenido; y b) se encuentre rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso<sup>935</sup>. De esta doctrina se desprende que, todo lo relacionado con la “incredibilidad subjetiva” del testimonio de la víctima es algo que puede ser apreciado por el tribunal de instancia con base a la inmediación; mientras que la apreciación de la “verosimilitud del testimonio” no dependerá de la inmediación judicial, sino de elementos extraños al declarante, relacionados más bien con la circunstancia de si lo declarado es objetivamente verídico más allá de lo que el testigo crea y de lo que pueda ser apreciado por el juez con base en sus conocimientos, máximas de experiencia, etc.

En torno a la exigencia de que los resultados de la inmediación han de exteriorizarse en la motivación de la sentencia, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que el análisis de la infracción a la presunción de inocencia exige un examen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de a) prueba válida, b) prueba suficiente y c) prueba debidamente razonada y motivada. Al hilo de este último aspecto a revisar dicho Tribunal ha recalcado la necesidad de que la sentencia debe ser motivada, aún tratándose de elementos de convicción que el tribunal

---

<sup>935</sup> Por todas, véase SSTS 435/2008, (Sala Penal), 25 junio, FJ. 3º, Ponente D. Joaquín Giménez García y 373/2008, (Sala Penal), 24 junio, FJ. 2º, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

sentenciador ha extraído de la inmediación de que ha gozado con las fuentes de pruebas, especialmente con las personales. De esta forma el Tribunal Supremo ha señalado, clara y contundentemente, que:

“En consecuencia el principio de inmediación ya no puede ser esgrimido ni para excusarse el Tribunal que oye y ve al testigo para justificar y explicitar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria, ni la inmediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena”<sup>936</sup>.

La evolución hacia esta doctrina no fue fácil, en tanto la idea que por años se acuñó en torno a los elementos de convicción derivados de la inmediación en las pruebas personales consistió en considerarlos como un terreno inexpugnable, que quedaba dentro del secretismo de la “íntima convicción”. En este período no es raro encontrar sentencias del Tribunal Supremo en los siguientes términos:

“La convicción que, a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que *no son expresables a través de una motivación*”<sup>937</sup>.

El paso para separar la percepción sensorial de la valoración racional se fue dando paulatinamente por la doctrina del Tribunal Supremo, con sentencias como la de 2 de marzo de 2001, donde el recurrente alegó infracción a la presunción de inocencia fundado en la

---

<sup>936</sup> SSTS 408/2004, (Sala Penal), 24 marzo, FJ. 1º, 90/2007, (Sala Penal), 23 enero, FJ. 3º, Ponente en ambas D. Joaquín Giménez García y las en ella citadas.

<sup>937</sup> STS (Sala Penal), 12 febrero 1993, FJ. 2º, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. (La cursiva es nuestra).

falta de motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial que lo condenó con base en uno de los dos únicos testimonios contradictorios rendidos en el juicio, pero sin dar ninguna razón concreta que justificara la inclinación del tribunal por aquel testimonio y no por el otro que lo eximía de culpa. El Tribunal Supremo consideró en este caso que el recurrente tenía razón porque la resolución impugnada no explicaba concretamente por qué concedió su crédito a las declaraciones de la víctima, con lo cual la falta de motivación quedaba demostrada<sup>938</sup>.

En esta evolución, el Tribunal Supremo ha ido elaborando una doctrina que intenta situar el valor de la inmediación en sus justos límites, sentando a lo menos tres puntos trascendentales que deben tenerse presente a la hora de referirse a la inmediación en la formación de la prueba<sup>939</sup>, a saber: a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez<sup>940</sup>; b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar; y c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y que ha fundado la sentencia

---

<sup>938</sup> STS 306/2001, (Sala Penal), 2 marzo, FJ. 1º, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta. En sentido similar, STS 435/2008, (Sala Penal), 25 junio, FJ. 2º, Ponente D. Joaquín Giménez García y las en ellas citadas.

<sup>939</sup> SSTS 90/2007, (Sala Penal), 23 enero, FJ. 3º y 227/2007, (Sala Penal), 15 marzo, FJ. 1º, Ponente en ambas D. Joaquín Giménez García.

<sup>940</sup> Sobre este punto más explícita resulta STS 278/2007, (Sala Penal), 10 abril, FJ. 1º, Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez, que señala (sic): “La inmediación es un medio, pero no un método, y que, como tal, puede ser bien y mal empleado. Es decir, la inmediación, siendo necesaria, no es por sí sola suficiente garantía, pues con inmediación cabe hacer verdaderos juicios, o sea, enjuiciamientos dotados de la necesaria racionalidad, que permitirán llegar a conclusiones dotadas de buen fundamento. Y también pronunciamientos elípticos, como es el caso, en los que el déficit de análisis y contrastación de los datos de diversa procedencia crea el riesgo de la decisión acrítica, emocional o por mera empatía”.



condenatoria puede y debe ser analizada y controlada en casación como consecuencia del rol de garante de la efectividad de la proscripción de toda decisión arbitraria (artículo 9.3° CE) que detenta el Tribunal Supremo.

Finalmente, apuntemos que en los casos en que se estiman infringidos los principios de contradicción, oralidad, inmediación o publicidad en la práctica de la prueba y, por tanto, el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia se estimará vulnerada sólo por derivación, es decir, sólo cuando las pruebas que no se practicaron de conformidad con las citadas garantías, hayan sido las únicas que sustentaron la condena. Tal situación equivale a comprobar la ausencia de una mínima actividad probatoria de cargo válida y suficiente para fundamentar la condena y, por lo tanto, la infracción del derecho a la presunción de inocencia<sup>941</sup>. Sobre este tema volveremos más adelante, cuando analicemos las excepciones a la regla general de que la prueba debe rendirse en el juicio oral.

#### **IV. LAS GARANTÍAS DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO**

##### **1. Reconocimiento positivo y jurisprudencial de la contradicción en Chile**

##### **A) La contradicción en el juicio oral en la legislación procesal penal chilena**

---

<sup>941</sup> SSTC 212/2002 (Sala Segunda), 11 noviembre, FJ. 4°; 41/2003 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 4°; 307/2005 (Sala Segunda), 12 diciembre, FJ. 5°; y 324/2005 (Sala Primera), 12 diciembre, FJ. 3°.

El principio de contradicción representa uno de los pilares fundamentales del sistema de enjuiciamiento penal instaurado por el CPPCh, señalando su Mensaje, tal como ya lo hemos comentado, que la garantía del juicio oral y previo que este Código establece pretende cambiar la forma en que los jueces conocen las causas sometidas a su resolución, pasando del sistema escrito y de lectura de expedientes que establecía el CdPP de 1906 a uno en el que se privilegia la inmediatez del tribunal sentenciador tanto respecto de la práctica de las pruebas cuanto del debate de las partes desarrollado en la audiencia del juicio.

Con este nuevo sistema el legislador chileno armonizó la legislación procesal penal a los ya vigentes tratados internacionales que integran el ordenamiento jurídico nacional en virtud del artículo 5 inciso segundo CCh. Ya hemos comentado que principalmente el artículo 14 PIDCP se ocupa del principio de contradicción al establecer en su numeral 1 el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, mientras que su numeral 3 se consagra variados aspectos de este principio, fundamentalmente en sus letras a), b), d) y e), estableciendo esta última letra el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; y que, en el ámbito estrictamente americano, la CADH realiza otro tanto su artículo 8 numerales 1 y 2 letras a) a f).

En el ámbito constitucional la CCh consagra en su artículo 19 núm. 3 la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, garantizando especialmente el derecho a la defensa jurídica y gratuita en su caso (incisos primero a tercero); el derecho irrenunciable del imputado a ser asistido por un abogado de confianza o nombrado por el Estado (inciso cuarto); y la exigencia de que toda sentencia de un órgano que

ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiendo al legislador establecer las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos (inciso sexto), con lo cual, reenvía al legislador ordinario la tarea de establecer tales garantías.

Acorde con esta tarea encomendada por la Constitución, el CPPCh es bastante específico en la consagración del principio de contradicción, cuyas normas pasamos a estudiar centrándonos en la aplicación de este principio en la fase de juicio oral.

Con todo, hemos de señalar que las normas esenciales que rigen la aplicación del principio de contradicción en el CPPCh se encuentran incluidas en su Libro Primero, “Disposiciones generales”, Título I, “Principios básicos”, concretamente en sus artículos 7 y 8.

La primera de ellas establece que la calidad de imputado se adquiere desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia, entendiéndose por aquella cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realice por o ante un tribunal con competencia en lo penal, el ministerio público o la policía, en que se atribuya a una persona responsabilidad en un hecho punible. La segunda de las disposiciones citadas regula el ámbito temporal y material del derecho de defensa, estableciendo que el imputado tiene derecho a defensa técnica desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y que, en virtud del mismo, tiene derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como derecho a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en el referido Código.

A estas normas se une todo el régimen de comunicaciones y citaciones del ministerio público a los intervinientes<sup>942</sup> en general y al imputado en particular (artículos 22 a 23 CPPCh) y el de notificaciones y citaciones judiciales (artículos 24 a 33 CPPCh). Además de ello, cabe destacar el derecho permanente de los intervinientes, salvo las excepciones expresamente previstas por la ley, de tener acceso al contenido de los registros de actuaciones judiciales (artículo 44 CPPCh).

Por otra parte, el CPPCh dedica un párrafo completo a regular los derechos que le asisten a la defensa del imputado — párrafo 5º, título IV, Libro I, artículos 102 a 107, ambos inclusive —, imponiéndole al propio ministerio público el deber de solicitar la designación de un defensor para el imputado si éste no ha designado uno de su confianza, debiendo tal designación efectuarse, en todo caso, antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado, salvo que éste prefiera defenderse personalmente y el tribunal lo autorice para ello siempre que no perjudicare la eficacia de la defensa (artículo 102 CPPCh). Asimismo, se sanciona con nulidad a cualquiera actuación que se realice en ausencia del defensor en aquellos casos en que la ley ha exigido expresamente su participación (artículo 103 CPPCh).

Al margen de estas disposiciones generales, aplicables a toda clase de procedimiento y fase procedimental, debemos señalar que el principio de contradicción constituye el eje central del juicio oral, tanto desde la perspectiva de la exigencia de intervención del acusado en esta

---

<sup>942</sup> Recordemos que, de conformidad al artículo 12 CPPCh, se consideran tales al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realicen cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

fase, cuanto erigiendo al juicio oral como el momento central en la práctica de la prueba procesal y regulando expresamente la actuación del contradictorio en la formación de la prueba durante el desarrollo del mismo.

**a) Presencia e intervención del acusado y defensor**

La presencia e intervención del acusado y de su defensor se encuentran especialmente protegidas durante el desarrollo del juicio oral. De esta forma el artículo 285 CPPCh prescribe que el acusado deberá estar presente durante toda la audiencia del juicio pudiendo, en todo caso, ser autorizado por el TJOP para salir de la sala siempre que lo solicitare a condición de que permanezca en una sala próxima. Asimismo, el tribunal podrá disponer que el acusado abandone la sala cuando su comportamiento perturbare el orden. En ambos casos, la ley impone al órgano jurisdiccional la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar su oportuna comparecencia y el deber de informarle lo ocurrido en su ausencia tan pronto reingrese a la sala de audiencia.

Dentro de las causas que el CPPCh contempla para la suspensión del juicio oral, de conformidad a los artículos 283 inciso segundo y 252 letra b), se encuentra la circunstancia de que el imputado no comparezca al procedimiento y sea declarado rebelde de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes del mismo Código. Esta causa junto con las demás que contempla el artículo 252 CPPCh se tratan todas de hipótesis que hacen procedente el sobreseimiento temporal, de tal suerte que más que suspender el juicio oral implican supuestos de interrupción indefinida del mismo toda vez que el artículo 254 CPPCh dispone que la reapertura del procedimiento podrá ser solicitada por el fiscal y demás intervinientes sólo cuando cesare la causa que motivó el sobreseimiento temporal.

Sin embargo, el citado artículo 283 dispone que el juicio siga adelante cuando la declaración de rebeldía se produjere respecto del imputado a quien se le hubiere otorgado la posibilidad de prestar declaración, siempre que el tribunal estimare que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo faltare el pronunciamiento de la sentencia. Esta norma nos parece criticable en cuanto coincidimos con alguna doctrina nacional en orden a estimar que la misma se encuentra en el límite de la regla de inadmisibilidad del juicio contra ausentes que deriva del derecho de defensa<sup>943</sup>, además de no ser completamente coherente con las normas que regulan la rebeldía. En efecto, el artículo 101 CPPCh dispone en su inciso segundo que:

“La investigación no se suspenderá por la declaración de rebeldía y el procedimiento continuará hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual se podrá sobreseer definitiva o temporalmente la causa de acuerdo al mérito de lo obrado. Si la declaración de rebeldía se produjere durante la etapa de juicio oral, el procedimiento se sobreseerá temporalmente, hasta que el imputado compareciere o fuere habido”.

Puede comprenderse que si la rebeldía se produce y es decretada durante el juicio oral faltando sólo el pronunciamiento de la sentencia definitiva, aquél no se suspenda, pero nos merece más dudas que la rebeldía del acusado en momentos iniciales del juicio no ocasione su suspensión.

Sin embargo, la historia fidedigna del establecimiento de esta norma aclara un poco la cuestión. El proyecto original señalaba en el

---

<sup>943</sup> Cfr. HORVITZ LENNON, María I., “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 252.

entonces artículo 371 inciso tercero que el juicio se suspenderá por las causas señaladas en las letras b, c y d del artículo 342, todas causas de sobreseimiento temporal entre las cuales se encontraba la rebeldía del acusado y continuaba disponiendo:

“Con todo el juicio seguirá adelante cuando la declaración de rebeldía se produjere respecto del imputado *que ya hubiere prestado declaración en el juicio oral*, siempre que el tribunal estimare que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo faltare la dictación de la sentencia”<sup>944</sup>.

Durante su tramitación en el Senado la norma adoptó la redacción actual, porque se quiso con ella precisar que en casos de rebeldía se seguirá adelante con el juicio no sólo cuando el imputado rebelde hubiere prestado declaración, sino también cuando, habiéndosele otorgado la posibilidad de hacerlo, no lo hubiere hecho por haberse acogido a su derecho a guardar silencio<sup>945</sup>. Con ello, de conformidad a la redacción actual del artículo 283 y a los citados trabajos parlamentarios, dos son las condiciones que deben concurrir copulativamente para que la rebeldía del acusado durante el juicio oral no ocasione la suspensión del respectivo juicio:

a’) Que el acusado ya haya prestado declaración o, habiéndosele concedido la adecuada oportunidad para hacerlo, haya decidido ejercer su derecho a guardar silencio; y

---

<sup>944</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>945</sup> Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 354, diario de sesiones del Senado, pág. 320.

b') Que el TJOP estime que la ulterior presencia del acusado no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo falte el pronunciamiento de la sentencia.

En cuanto a la intervención del defensor, el CPPCh eleva la presencia de aquél durante toda la audiencia del juicio al rango de requisito de validez de la misma según lo prescribe expresamente su artículo 286. Su no comparecencia implica el abandono de la defensa y obliga al tribunal a designar un defensor público en su reemplazo. Para evitar dilaciones indebidas en el juicio y el abuso que pudiera hacerse del abandono de la defensa<sup>946</sup>, por una parte, el artículo 286 citado prescribe que la audiencia no podrá suspenderse por la incomparecencia del defensor elegido por el acusado (defensor de confianza), pues en tal caso se procede a su reemplazo designando de inmediato un defensor público al que se le concederá un período prudente para interiorizarse del caso; y, por otra, el artículo 287 CPPCh establece sanciones para el defensor o fiscal que no comparece o abandone injustificadamente la audiencia del juicio oral o alguna de sus sesiones, pudiendo llegar las mismas hasta dos meses de suspensión del ejercicio de la profesión.

Por su parte, la intervención del acusado y de su defensa en el debate mismo del juicio oral se encuentra garantizada, a lo menos, por dos normas del CPPCh. La primera es el artículo 326 al disponer que, una vez realizadas las exposiciones por parte del fiscal y querellante si lo hubiere, se le indicará al acusado que tiene derecho a ejercer su defensa

---

<sup>946</sup> Objetivos que quedaron expresamente consignadas como finalidades de los artículos 286 y 287 CPPCh en los trabajos parlamentarios. Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 350, diario de sesiones del Senado, pág. 315.



de conformidad al artículo 8 del mismo Código, ofreciéndosele la palabra al defensor para luego hacer lo mismo respecto del acusado para que exponga libremente lo que creyere conveniente respecto de la o las acusaciones formuladas en su contra, pudiendo luego ser interrogado directamente por el fiscal, querellante y defensor, como asimismo recibir las preguntas aclaratorias que pueda formularle los jueces del TJOP. Finalmente, la norma prescribe que el acusado podrá en cualquier momento del juicio solicitar ser oído para aclarar o complementar sus dichos. La segunda norma es la del artículo 338 inciso final, que le concede al acusado, tras los alegatos de clausura de la acusación y defensa, el derecho a la última palabra.

**b) El juicio oral como momento central para la práctica de la prueba procesal**

Tal como ya lo hemos indicado, el CPPCh erige al juicio oral como la única oportunidad para rendir la prueba en su artículo 296, a la vez que prescribe, en el inciso segundo de su artículo 340, que la convicción del tribunal sentenciador sólo puede formarse sobre la base de la prueba practicada en el juicio oral. Pero al mismo tiempo, la primera de las normas citadas advierte que esta regla debe entenderse “salvas las excepciones expresamente previstas en la ley”, debiendo en estos últimos casos incorporarse la prueba en la forma establecida en el párrafo 9° del Título III del Libro II CPPCh, es decir, de acuerdo a las reglas que rigen el desarrollo y la práctica de la prueba en el juicio oral.

Pero volviendo al establecimiento del juicio oral como momento central en la práctica de la prueba procesal, hemos de señalar que el CPPCh refuerza esta regla prohibiendo, en su artículo 334, incorporar o siquiera invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio

oral a los registros y demás documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público. La norma también establece excepciones derivadas de algunos supuestos de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral en razón de hipótesis de imposibilidad absoluta, consenso o rebeldía o lecturas para apoyo de memoria que serán analizados en los capítulos siguientes y que regulan, respectivamente, los artículos 331 y 332 CPPCh. Sin embargo, el mismo artículo 334 dispone que ni aún en estos casos de excepción se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

Creemos que con los artículos 296, 340 inciso segundo y 334 CPPCh, todas las cuales se complementan y refuerzan, la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba procesal se encuentra plenamente garantizada en el plano legislativo en el sistema chileno, por lo que lo más interesante a nuestro juicio será analizar la aplicación que de estas normas efectúa la jurisprudencia y, especialmente, la interpretación que se otorga a las normas de excepción de los citados artículos 331 y 332 CPPCh.

**c) La actuación del contradictorio en la formación de la prueba**

En relación a esta materia el artículo 291 CPPCh dispone, en lo pertinente, la oralidad durante la audiencia del juicio, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes y declaraciones del acusado cuanto en la recepción de la prueba y, en general, en lo referente a toda intervención de quienes participaren en el juicio.

En lo relativo al *contradictorio en la formación de la prueba*, acorde con el citado artículo 291, el artículo 329 CPPCh establece que los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente en la audiencia, sin que pueda sustituirse su declaración en el juicio por la lectura de los registros en que consten sus declaraciones anteriores u otros documentos que las contuvieran, sin perjuicio de las excepciones reguladas en los artículos 331 y 332 CPPCh.

Más adelante esta norma establece el método del interrogatorio cruzado para la recepción de la prueba pericial y testifical, debiendo estas fuentes de prueba personales, en consecuencia, someterse al interrogatorio de las partes, primero por la parte que las presenta y luego por las restantes. En el caso específico de los peritos, el interrogatorio cruzado sucede a la previa exposición verbal del contenido y conclusiones del informe. La intervención del tribunal en este interrogatorio sólo se limita a formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos.

Con la finalidad de garantizar la actuación del contradictorio en la formación de la prueba y, con ello, la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba procesal, el citado artículo 329 dispone en su inciso final lo siguiente:

“Los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. La parte que los presente justificará su petición en una audiencia previa que será especialmente citada al efecto, debiendo aquéllos comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren”.

Por otra parte, para superar algunos de los defectos de que puede adolecer el sistema de interrogatorio cruzado, el CPPCh establece en su artículo 330 un catálogo de métodos prohibidos de interrogación, que proscriben las preguntas sugestivas en el interrogatorio y, tanto en el interrogatorio como en el conainterrogatorio, las engañosas, las destinadas a coaccionar al testigo o perito o las formuladas en términos poco claros, prohibiciones que también resultan aplicables al interrogatorio del acusado que se allane a prestar declaración.

En cuanto al *contradictorio sobre la prueba*, cabe señalar que el artículo 333 CPPCh establece varias reglas destinadas a garantizarlo:

a') En cuanto a la prueba documental la norma prescribe que los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen.

b') En cuanto a las piezas de convicción u objetos que constituyan evidencia se dispone que los mismos deberán ser exhibidos en la audiencia del juicio y podrán ser examinados por las partes.

c') En lo relativo a las grabaciones, elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se establece que deberán ser reproducidos en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

Con todo, la norma faculta al TJOP para autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Además, se dispone que todos estos medios u objetos podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos

durante sus declaraciones, para que los reconozcan o se refieran al conocimiento que de ellos tuvieron.

## **B) La contradicción en el juicio oral en la jurisprudencia**

Dado que el CPPCh es bastante explícito en torno a la exigencia de que la prueba sobre la cual el tribunal debe fundar su convicción es la practicada en el juicio oral, el aporte de la jurisprudencia sobre este punto se reduce más bien a reiterar las respectivas normas del Código que establecen esta regla. De esta forma la jurisprudencia, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 5 de noviembre de 2007, ha señalado que se desprende con toda claridad del artículo 296, párrafo 9º del Título III del Libro II y artículo 340 inciso segundo, todos del CPPCh, que tres son las características fundamentales del sistema probatorio regulado en dicho cuerpo legal:

a) Que la prueba que debe servir de base a la sentencia debe rendirse durante la audiencia del juicio oral, salva las excepciones expresamente previstas en la ley;

b) Que la normativa relativa a la producción e incorporación de la prueba durante el juicio oral entrega de manera exclusiva a los litigantes la función de aportar, producir e incorporar la prueba, con la sola excepción del inciso cuarto del artículo 329 CPPCh, que contempla la facultad limitada del tribunal de formular preguntas al testigo o peritos con el único fin de aclarar sus dichos para cuyo ejercicio, añade la jurisprudencia, se exige como presupuesto la existencia de declaraciones oscuras o conceptos técnicos que no han logrado ser esclarecidos por los interrogatorios formulados por las partes; y

c) Que, a mayor abundamiento, constituye un rasgo característico de un sistema acusatorio adversarial<sup>947</sup> o de partes que el tribunal a cargo de fallar la causa sometida a su conocimiento tenga un rol pasivo en cuanto a los actos de prueba, y que éstos sólo pueden ser realizados por los litigantes, salvo contadas excepciones de muy limitado contenido<sup>948</sup>.

Al hilo de lo anterior la jurisprudencia ha establecido que se configura la causa del recurso de nulidad contemplada en el artículo 374 letra e) en relación con las exigencias de contenido de las sentencias del artículo 342 letras c) y d), todos del CPPCh, cuando en la sentencia el juez omite exponer clara y completamente los hechos que se dieron por probados y las razones legales para calificarlos jurídicamente, y acepta y pondera como medios de prueba, registros y documentos que dan cuenta de diligencias o actuaciones realizadas tanto por el Ministerio Público como por la policía, situación que expresamente prohíbe el artículo 334 CPPCh<sup>949</sup>.

Quizás donde más ha debido detenerse la jurisprudencia chilena en relación al principio de contradicción en la formación de la prueba, ha sido en torno a la reiterada queja de la defensa de los acusados fundamentadas en la circunstancia de que en el juicio oral declaren testigos de cargo que no han depuesto previamente ante el respectivo

---

<sup>947</sup> Para TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, el régimen de juzgamiento y decisión consagrado en el CPPCh puede catalogarse de “adversarial”, entendiéndose por tal el régimen caracterizado “por generar un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso penal, frente a un tribunal al que no se otorgan facultades de impulso ni iniciativa probatoria”, *Instituciones...*, cit., pág. 268.

<sup>948</sup> SCA de Concepción, 5 noviembre 2007, Rol CA N° 497-07, Redactor Abogado Integrante señor Marcelo Torres Daffau, Cdo. 9°.

<sup>949</sup> SCA de Temuco, 26 mayo 2008, Rol CA N° 400-2008, Redactor Ministro señor Fernando Carreño Ortega, Cdos. 4° y 5°.

fiscal.

El argumento esgrimido para fundar el respectivo recurso ha consistido en que dentro de las garantías del debido proceso se encuentra el derecho a la defensa, derecho que implica acceso y conocimiento del contenido de las diligencias del Ministerio Público, quien se encuentra obligado a dejar constancia de lo actuado de conformidad con lo previsto en el artículo 227 CPPCh y cuyo incumplimiento ocasiona que la defensa no pueda saber cuáles son los hechos eventuales que conocen los testigos al no existir una declaración previa, con lo cual no es posible compararlas o contrarrestarlas con las prestadas en el juicio oral para determinar la veracidad de los mismos.

Cabe hacer presente que en la jurisprudencia analizada esta queja se ha planteado por dos cauces procesales diversos. El primero, como fundamento del recurso de apelación del Ministerio Público en contra de la sentencia interlocutoria que contiene el auto de apertura del juicio oral en el cual se ha excluido la prueba testifical ofrecida por su parte por este supuesto defecto, considerando que se trata de una prueba “obtenida” con inobservancia de garantías fundamentales, en este caso del derecho de defensa, todo ello en virtud del inciso segundo del artículo 277 CPPCh. El segundo, más excepcional, como motivo absoluto del recurso de nulidad del juicio y la sentencia contemplado en el artículo 374 letra c) CPPCh, esto es:

“Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga”.

En síntesis, cuando se ha planteado esta queja por las respectivas defensas, sea por la vía de recurso de apelación o recurso de nulidad, la jurisprudencia ha debido establecer algunas reglas de las que buena

cuenta da la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de julio de 2007<sup>950</sup>:

a) Que el artículo 181 CPPCh, que rige las actividades de la investigación, no importa la obligación de que *todos los testigos* que se presentarán al juicio oral deban también hacerlo en la etapa investigativa y que:

“Sostener lo contrario significaría transformar la investigación en un verdadero proceso escrito, vulnerando principios como el de no escrituración, libertad probatoria y de inmediación y otorgar a los antecedentes recopilados por el Fiscal un valor probatorio que los mismos no tienen, toda vez que éste carece de competencia jurisdiccional y en nada ello altera el principio de la igualdad porque la única etapa para valorar la testimonial es el juicio oral, que es donde se produce la prueba contradictoria (Cdo. 6º)”.

b) Que el artículo 259 inciso segundo CPPCh establece que, para el caso que el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista individualizándolos debidamente, no contemplando como exigencia que los testigos del Ministerio Público hayan presentado declaración en la fase investigativa (Cdo. 7º).

c) Que al señalar el artículo 298 CPPCh que los testigos deben comparecer a declarar, ello implica que la única declaración válida es la que se presenta en juicio, lo cual se condice con los artículos 296 y 340 inciso tercero, todos del CPPCh, por cuanto la prueba que ha de servir de base a la sentencia, sobre la cual debe formar su convicción el tribunal, debe ser aquella que se rinde en la audiencia de juicio oral (Cdo. 7º).

---

<sup>950</sup> SCA de Antofagasta, 12 julio 2007, Rol CA N° 142-2007, Redactor Abogado Integrante señor Bernardo Andrés Julio Contreras, Cdos. 6º a 9º.



d) El que la ley no establezca la obligación que los testigos, antes de declarar en el juicio oral, lo hagan por escrito ante el fiscal en la etapa de investigación, no perjudica el derecho a la defensa del imputado, pues resulta incuestionable que el defensor tendrá el tiempo suficiente para estudiar su defensa en relación a los testigos, en el lapso que transcurre entre el auto de apertura del juicio oral debidamente notificado y la audiencia de juicio oral. De tal manera, se garantiza el debido proceso y la igualdad de las partes, en vista del derecho que asiste al acusado de señalar hasta el inicio de la audiencia de preparación del juicio oral los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, pudiendo ofrecer una testifical ignorada hasta ese momento por el Ministerio Público, resultando del todo justo concederle a dicha entidad el mismo derecho (Cdos. 8 y 9)<sup>951</sup>.

Con todo, la doctrina expuesta ha sido acordada con votos disidentes en algunos casos. Según esta opinión minoritaria el artículo 190 CPPCh impone “implícitamente” la obligación de que durante la etapa de investigación todos los testigos, salvo las excepciones legales, deben prestar declaración ante el fiscal sin exclusión, para que de esta forma la defensa tome conocimiento de la calidad de testigo de la persona y pueda solicitar diligencias de investigación a su respecto de acuerdo al artículo 183 CPPCh. Señala esta opinión minoritaria que este

---

<sup>951</sup> En sentido similar, SCS, 7 agosto 2007, Rol CS N° 2958-2007, Redactor Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos, Cdo. 66°; y SSCA de Santiago, 14 junio 2007, Rol CA N° 1144-2007, Cdos. 4° a 6°; 29 noviembre 2007, Rol CA N° 2490-2007, Cdo. 4°, Redactor en ambas Abogado Integrante señor Nelson Pozo Silva; 30 abril 2008, Rol CA N° 619-2008, Redactor Abogado Integrante señor Carlos López Dawson, Cdos. 13°-15° y 17°; 23 julio 2008, Rol CA N° 1345-2008, Redactor Abogado Integrante señor Manuel Hazbún Comandari, Cdos. 2°-3°; y SCA de Talca, 21 enero 2008, Rol CA N° 18-2008, Redactor Ministro señor Eduardo Meins Olivares, Cdos. 5° y 6°.

conocimiento previo al juicio oral de las declaraciones del testigo constituye una herramienta efectiva de control de la prueba testimonial en el juicio oral, ya que sirve de medio para el ejercicio de los derechos de contradicción e impugnación, los cuales están destinados a preservar la idoneidad de la declaración del testigo<sup>952</sup>.

Desde luego no concordamos que esta opinión minoritaria porque la fase de juicio oral está precisamente destinada a ejercer el principio de contradicción en la formación de la prueba mediante el interrogatorio y contrainterrogatorio de los testigos, no existiendo merma alguna del mismo si los referidos testigos no han declarado en la fase de investigación que, por su parte, está exclusivamente destinada a que el fiscal reúna los elementos necesarios para fundar su convicción acusatoria formulando la respectiva acusación pero en caso alguno a producir medios de prueba. Específicamente con relación a la prueba testimonial, el artículo 259 CPPCh inciso segundo dispone que en el escrito de acusación el fiscal debe acompañar una lista con la individualización completa de los testigos que depondrán por su parte señalando, además, *los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones*, con lo cual la defensa queda perfectamente informada de qué testigos declararán y sobre qué puntos a fin de preparar su defensa en el juicio oral y, particularmente, su contrainterrogatorio.

Con todo, podemos añadir algunos argumentos más para desechar esta tesis minoritaria, partiendo por señalar que el citado artículo 190 CPPCh sólo impone la obligación de comparecer ante el fiscal a los testigos que previamente hayan sido citados por aquél y no la obligación

---

<sup>952</sup> Votos disidentes del Ministro señor Jorge Zepeda Arancibia en SSCA de Santiago, 16 mayo 2008, Rol CA N° 851-2008; y 23 julio 2008, Rol CA N° 1345-2008.

del fiscal de citar a todos los testigos de que pretenda valerse en el juicio oral, que es una cuestión bien distinta. Por otra parte, esta misma norma señala que el fiscal no podrán exigir del testigo el juramento o promesa de decir verdad previstos en el artículo 306 CPPCh, con lo cual se reafirma que las declaraciones que el testigo realiza ante el fiscal en fase de investigación sólo tienen valor y relevancia para formar la convicción acusatoria del ente persecutor, sin que puedan constituirse en elementos esenciales para construir la teoría del caso de la defensa durante el juicio oral ni menos aún para que su omisión pueda erigirse en el motivo absoluto del recurso de nulidad contemplado en el artículo 374 letra c) CPPCh.

## **2. Reconocimiento positivo y jurisprudencial de la publicidad en Chile**

### **A) La publicidad del juicio oral en la legislación procesal penal chilena**

#### **a) Normas constitucionales y de tratados internacionales**

Con referencia exclusivamente a la publicidad para terceros en tanto, tal como ya lo hemos señalado anteriormente en este capítulo, la publicidad para las partes constituye una manifestación del principio de contradicción, debemos señalar que la CCh no la establece de manera expresa, debiendo entenderla incorporada a través de dos vías. La primera de ellas corresponde al inciso segundo del artículo 5 CCh que hace aplicable en el ámbito jurídico nacional los tratados internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. De esta forma ingresan a la legislación nacional los artículos 10 DHDH, 14.1 PIDCP y 8.5 CADH, todas normas que consagran expresamente la publicidad para terceros del juicio. Concretamente en

este aspecto el artículo 8.5 CADH establece que el proceso penal debe ser público pero no se ocupa de establecer algún catálogo de las causas que autorizan posibles restricciones a la publicidad, limitándose sólo a declarar de manera bastante amplia que las excepciones a la publicidad podrán establecerse cuando “sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

La segunda vía, es el artículo 19 N° 3 inciso sexto CCh, norma que como se sabe delega en el legislador ordinario el establecimiento de las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

#### **b) Normas generales sobre publicidad en la legislación ordinaria**

En el plano de la legislación ordinaria la primera norma que debemos citar es la del artículo 9 COT que señala:

“Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.

Por su parte, para el CPPCh la publicidad para terceros es otro de los pilares del nuevo sistema, señalando su Mensaje que la garantía de un juicio público y oral constituye un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las funciones que la comunidad le encomienda, como es la de resolver los conflictos penales:

“[D]e un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles o no resultan comprensibles al conjunto de la comunidad. En el mismo sentido, el juicio público constituye un componente antiquísimo de la cultura universal, que ha demostrado tener la capacidad de permitir una adecuada socialización del trabajo del

sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente”.

En el Libro I del CPPCh se contiene una disposición general en materia de publicidad para terceros que, desde luego, resulta aplicable a toda clase de procedimiento. Nos referimos al artículo 44 que establece que los registros y certificaciones de las actuaciones judiciales, además de ser siempre accesibles para los intervinientes, podrán ser consultados por terceros pero sólo cuando dieran cuenta de actuaciones que fueren públicas de acuerdo con la ley, a menos que, durante la investigación o tramitación de la causa, el tribunal restringiere el acceso para evitar que se afecte su normal substanciación o el principio de inocencia. Con todo, continúa esta norma, los registros serán públicos transcurridos cinco años desde la realización de las actuaciones consignadas en ellos.

### **c) Normas del CPPCh sobre publicidad en el juicio oral**

Centrándonos en la fase de juicio oral debemos señalar que la publicidad para terceros constituye uno de sus ejes estructurales, partiendo por la consagración, en el artículo 1 CPPCh, de la principal garantía del nuevo sistema procesal penal chileno relativa al derecho de toda persona a un juicio previo, oral y *público*, desarrollado de conformidad a las normas del CPPCh.

Por su parte, dentro de la normativa propia del juicio oral, el CPPCh establece como uno de los principios de dicho juicio la publicidad de la audiencia en que el mismo se desarrolla (artículo 289). Sin embargo, dada la naturaleza no absoluta de este principio, la misma norma regula la posibilidad de restringir la publicidad para terceros, bajo las siguientes reglas:

a') Se trata de una facultad del tribunal que sólo puede ejercer a *petición de parte* y no de manera oficiosa.

b') Para acordar alguna limitación a la publicidad el tribunal debe realizarlo mediante *resolución fundada*, toda vez que se trata de una resolución que restringe un derecho fundamental del imputado y porque así, además, lo dispone el artículo 36 CPPCH en cuanto ordena la fundamentación de toda resolución judicial, salvo aquellas que se pronuncian sobre cuestiones de mero trámite.

c') Para decretar estas medidas el legislador le proporciona al tribunal algunos *criterios*, señalando que podrá acceder a la solicitud efectuada por las partes en orden a restringir la publicidad general cuando considerare que dicha restricción resulta necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley. Debemos recordar que a estos criterios debe sumárseles los indicados en el artículo 14.1 PIDCP donde se establecen como causas para restringir la publicidad para terceros razones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia, criterio este última que también contempla el artículo 8.5 CADH.

d') En la resolución el tribunal podrá acordar alguna de las medidas que expresamente establece el artículo 289 CPPCh, cuales son: impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia; impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas; y prohibir al

fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

e') Finalmente la norma también se ocupa de regular la *publicidad para terceros de carácter mediata o indirecta*, a través de los medios de comunicación social, señalando que tales medios podrán fotografiar, filmar o transmitir *alguna parte de la audiencia* que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá.

Con respecto al referido artículo 289 CPPCh cabe señalar que en los trabajos parlamentarios no existió mayor discusión en torno a la consagración como regla general de la publicidad para terceros en el juicio oral ni al establecimiento de ciertas excepciones o restricciones a este principio, con la única salvedad de que el proyecto original no contemplaba la petición de parte como requisito para que el tribunal pudiera adoptar alguna medida restrictiva, lo cual fue añadido por la Cámara de Diputados<sup>953</sup>. Donde sí hubo mayor debate fue en torno a la regulación de la *publicidad mediata*, tal como lo revisaremos más adelante.

Volviendo a la regulación positiva del principio de publicidad en el juicio oral, debemos añadir que en el artículo 292 CPPCh se estatuyen las facultades que el juez presidente de la sala del TJOP posee en la audiencia de juicio, destacando aquellas de carácter disciplinario destinadas a mantener el orden y el decoro durante el debate y a

---

<sup>953</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Boletín núm. 1630-07-2, de 21 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 556.

garantizar la eficaz realización del mismo. El inciso final de esta norma dispone que en uso de estas facultades, el presidente de la sala podrá ordenar la limitación del acceso de público a un número determinado de personas, medida que sin duda de manera consecencial restringe la publicidad para terceros.

Asimismo el CPPCh, en su artículo 294, establece sanciones para aquellos que infringieren las normas de publicidad previstas en el artículo 289, pudiendo incluso expulsar a los infractores de la sala.

En cuanto al pronunciamiento mismo de la sentencia, el artículo 343 CPPCh preceptúa que una vez concluida la *deliberación privada* de los jueces, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la *audiencia respectiva*, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren e indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones. La norma además contempla la posibilidad de prorrogar la deliberación hasta por veinticuatro horas si la audiencia del juicio se ha prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente. En tal caso se debe citar a una audiencia especialmente destinada a comunicar la decisión de absolución o condena. Finalmente, el inciso tercero de esta norma dispone que la omisión del pronunciamiento de la decisión de la forma que prescribe la norma producirá la nulidad del juicio, el que deberá repetirse en el más breve plazo. Entendemos que esta sanción es aplicable tanto si se infringen los aspectos temporales que la norma prescribe para el pronunciamiento del fallo como los materiales relativos a la fundamentación de la sentencia y los formales relativos a su pronunciamiento en audiencia pública.



Dada la complejidad de muchas de las causas penales y las exigencias relativas a la fundamentación de las sentencias establecidas principalmente por los artículos 297 y 342 CPPCh, este cuerpo legal establece ciertos plazos para proceder a la redacción de la sentencia en el artículo 344 y ordena, en su artículo 346, la citación a todos los intervinientes y posterior celebración de una audiencia destinada a dar lectura de la sentencia, audiencia que, como toda audiencia judicial, también es pública para terceros ajenos al procedimiento.

Para garantizar la publicidad y otros derechos fundamentales asegurados por la Constitución o tratados internacionales, el CPPCh establece dos motivos del recurso de nulidad en los que puede incardinarse las infracciones a la publicidad durante el procedimiento o en el pronunciamiento mismo de la sentencia y posterior lectura. El primero de estos motivos constituye una causa de nulidad del juicio oral y de la sentencia de carácter general, estableciendo en el artículo 373 CPPCh letra a) que procederá la nulidad del juicio oral y de la sentencia:

“Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

La segunda disposición es la del artículo 374 letra d) CPPCh que establece específicamente como motivo absoluto de nulidad del juicio y de la sentencia lo siguiente:

“Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio”.

## **B) La publicidad del juicio oral en la jurisprudencia**

La publicidad del juicio oral constituye un principio que es ampliamente respetado y valorado por la jurisprudencia chilena, entendiendo la misma que con su vigencia por una parte, se busca el control de la comunidad de las actuaciones de los intervinientes y del aparato jurisdiccional a la vez que otorga legitimidad al procedimiento y a la sentencia que en el mismo se dicte y, por otra, permite al Estado la demostración de la efectividad del sistema de persecución penal frente a la opinión pública, satisfaciendo así el fin preventivo general de la pena<sup>954</sup>.

Sin perjuicio de este reconocimiento genérico los Altos Tribunales chilenos se han detenido en algunos aspectos de este principio que nos parece relevante destacar y que pasamos a revisar a continuación.

a) En primer término la jurisprudencia mayoritariamente se ha detenido en el alcance del inciso final del artículo 289 CPPCh que regula la *publicidad mediata* del juicio oral y de las demás audiencias judiciales ventiladas ante tribunales con competencia en lo penal según lo dispone el artículo 71 CPPCh.

Tal como hemos adelantado, de todo el contenido del citado artículo 289 el aspecto más debatido durante los trabajos parlamentarios fue precisamente la redacción de su inciso final, toda vez que el proyecto original establecía como regla general la prohibición de tomar fotografías, filmar y transmitir radial o televisivamente la audiencia del

---

<sup>954</sup> SCA de Copiapó, 9 octubre 2009, Rol CA N° 150-2007, Redactor Ministro señor Dinko Franulic Cetinic, Cdo. 2°.

juicio oral por parte de los medios de comunicación social, mientras que la excepción venía dada por la facultad del tribunal de autorizar dichas actividades cuando considerare que ello pudiera contribuir a la adecuada información del público y siempre que estuvieran de acuerdo en ello todos los intervinientes presentes en el juicio. En la Cámara de Diputados la norma mantuvo esa redacción por considerarla necesaria en aras de la protección del *derecho a la imagen* de las partes involucradas<sup>955</sup>. Sin embargo, durante el segundo trámite parlamentario, la norma en cuestión fue objeto de un largo debate que buscó la forma de equilibrar el derecho de la ciudadanía a estar informada con la privacidad y seguridad de quienes toman parte en la audiencia. Finalmente se acordó que, en principio, se podían filmar o transmitir algunas partes de la audiencia sin restricciones, siempre que los intervinientes estuvieran de acuerdo. Si alguno se oponía, debía decidir el tribunal y, si tanto el fiscal como el defensor se oponían, la restricción debía ser absoluta. Además, por motivos de orden y para el caso de producción de pruebas específicas, se consideró necesario entregar al tribunal la facultad de regular tanto la presencia del público como de los medios de comunicación social<sup>956</sup>. De esta forma, la norma del inciso final del artículo 289 CPPCh quedó redactada de la siguiente manera:

“Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo

---

<sup>955</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 342.

<sup>956</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 353, diario de sesiones del Senado, págs. 317-18.

que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá”.

Si bien la norma no es absolutamente clara sobre la necesidad de que los medios de comunicación social deban, previo al inicio de la respectiva audiencia, solicitar al tribunal la respectiva autorización judicial para efectuar las citadas filmaciones, fotografías o transmisiones, lo cierto es que conforme a la historia fidedigna de su establecimiento, la jurisprudencia de los Altos Tribunales chilenos ha señalado que tal solicitud constituye una condición ineludible que debe cumplir el respectivo medio, dado que es el tribunal quien detenta la dirección de la audiencia de conformidad a los ya citados artículos 71 y 292 CPPCh, aclarando que el tribunal sólo podrá negar la autorización si media oposición de todos los intervinientes, por lo que no existiendo tal oposición, a *contrario sensu*, el tribunal está obligado a permitir estas actividades. Si, en cambio, sólo se opusiere alguno de los intervinientes, es el tribunal el que debe resolver a la luz de los criterios que la misma norma proporciona en su inciso primero<sup>957</sup>.

Cabe señalar que este pronunciamiento fue emitido por la Corte de Apelaciones de Arica conociendo de un recurso de protección, consagrado en el artículo 20 CCh, interpuesto en contra del Juez de Garantía de esa ciudad por un periodista de televisión que pretendió filmar parte de una audiencia celebrada ante el indicado Juez sin pedir la respectiva autorización. En el informe que emitió el Juez recurrido dos fueron los argumentos que esgrimió para justificar su decisión de

---

<sup>957</sup> SCA de Arica, 21 agosto 2006, Rol CA N° 273-2006, sin indicación de redactor, Cdos. 5°-6°, confirmada en apelación por SCS, 12 septiembre 2006, Rol CS N° 4453-2006, sin indicación de redactor, Cdo. único.

prohibir la filmación: a) no habersele solicitado autorización previa por parte del periodista recurrente; y b) que él (el Juez recurrido) no era partidario de que se filmaran las audiencias:

“[E]n vistas al respeto de la dignidad y derechos de toda persona, especialmente respecto de aquellos a quienes se les imputa un delito, como también a los demás intervinientes en el proceso penal, *entre quienes se incluye*, por cuanto tienen el derecho constitucional a su *privacidad y a su propia imagen*”<sup>958</sup>.

Con respecto a este segundo argumento nos parece necesario aclarar que, en nuestra opinión, la prohibición de filmar las audiencias sólo procede si todos los intervinientes se oponen a ello o sólo algunos, debiendo en este último caso decidir el Tribunal a la luz de los criterios que el inciso primero del artículo 289 CPPCh establece. Entre estos criterios legales se pueden entender incorporados los derechos a la privacidad y a la propia imagen de las partes del juicio o intervinientes de conformidad al artículo 12 CPPCh, pero no los del propio juez dado que no es un “interviniente” del juicio en los términos del artículo 12 citado y en consideración, además, a su calidad de funcionario público, razones que nos conducen a considerar incorrecto este argumento. Con todo, cabe señalar que finalmente el recurso fue denegado pero sólo en consideración al primer argumento esgrimido (falta de solicitud de autorización judicial), sin que la Corte de Apelaciones ni la Corte Suprema se pronunciaran sobre el segundo (derecho a la imagen del propio juez y demás intervinientes).

---

<sup>958</sup> SCA de Arica, 21 agosto 2006, Rol CA N° 273-2006, sin indicación de redactor, parte expositiva. (La cursiva es nuestra).

b) El segundo aspecto de la jurisprudencia chilena que consideramos importante resaltar es el relativo a la confusión que en ella se manifiesta entre el principio de contradicción, en su faceta de derecho a intervenir en el juicio, con el de publicidad para terceros.

Esta cuestión se suscitó con ocasión de la celebración de un juicio oral en el marco del procedimiento especial para la aplicación de medidas de seguridad, regulado en los artículos 455 a 465 CPPCh, ambas normas inclusive, en ausencia del acusado que en este caso se trataba de un enajenado mental encausado por el delito de parricidio. Ni el acusado ni su curador *ad litem* pudieron asistir a la audiencia en razón que los funcionarios encargados de su traslado en Gendarmería de Chile se encontraban en huelga. En esta clase de procedimientos el CPPCh dispone, por una parte, que el juicio se realizará a puerta cerrada, sin la presencia del enajenado mental, *cuando su estado imposibilite la audiencia* (artículo 463 letra b) y, por otra, que las normas relativas al procedimiento ordinario del Libro II CPPCh se aplicarán de manera supletoria a esta clase de procedimientos (artículo 456). Contra la sentencia que condenó al acusado la defensa interpuso un recurso de nulidad fundado en la causa de la letra a) del artículo 373 CPPCh. El recurso fue finalmente acogido por estimar la Corte Suprema, en sentencia de 20 de octubre de 2009, que la única excepción a la intervención del acusado en estos procedimientos se encuentra regulada en el citado artículo 463 letra b) CPPCh, es decir, sólo si en la especie concurren circunstancias singulares que hagan suponer que la presencia del enajenado mental pudiera afectar el desarrollo de la audiencia o que el mismo pudiera atentar contra su propia persona o la de terceros, aspectos que necesariamente deben hacerse constar y decidir en forma previa a la realización del juicio, cuestión que en este caso no fue

siquiera discutida toda vez que la inasistencia del acusado se debió a una situación de hecho que afectaba al organismo (Gendarmería de Chile) encargado del traslado de los imputados o enfermos a los tribunales. Por esta razón, continúa la Corte Suprema, el tribunal debió abstenerse de celebrar el juicio oral en su ausencia, vulnerando con la decisión contraria el derecho del encartado a estar presente en el juicio, a ser oído, a conocer la prueba o la peligrosidad de su conducta, a comunicarse con su defensor, así como la probabilidad de prestar declaración, entre otros; derechos y garantías, que de haberse respetado hubieran permitido un procedimiento racional y justo, desde que el llevado a efecto, no cumplió con los requisitos mínimos procesales que validaran las actuaciones posteriores al vicio que se censura, incluida la sentencia y su lectura (Cdo. 18°).

Hasta aquí la referida sentencia nos parece correcta, sin embargo la Corte Suprema añade, refiriéndose al citado artículo 463 letra a) CPPCh que el mismo:

“[C]onstituye tan solo una *limitación general acerca de la publicidad de los juicios orales* seguidos en contra de procesados que son enajenados mentales, ello como una medida de protección, para el enfermo, con el objeto de evitar alteraciones al desarrollo del juicio oral que provengan del público, aspecto excepcional de interpretación restrictiva, que supone que para todos los demás casos, no pueda negarse en forma genérica el derecho que tiene el requerido a estar presente en su juicio”<sup>959</sup>.

---

<sup>959</sup> SCS, 20 octubre 2009, Rol CS N° 5203, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdo. 18°.

No podemos coincidir con el último argumento citado en tanto la letra b) del referido artículo 463 no regula una limitación a la *publicidad para terceros* sino que regula una importante faceta del principio de contradicción y del propio derecho de defensa, cual es el derecho a intervenir en el juicio. Probablemente el fallo se adscribe a la clasificación que distingue entre publicidad para las partes y para terceros lo cual, sin embargo, no se desprende con claridad de su tenor literal, siendo válido esperar del más alto tribunal del país un mayor rigor en la terminología técnico-procesal utilizada en sus sentencias.

### **3. Reconocimiento positivo y jurisprudencial de la oralidad, inmediación y concentración en Chile**

#### **A) La oralidad, inmediación y concentración en el juicio oral en la legislación procesal penal chilena**

##### **a) La oralidad**

La oralidad, entendiéndola como una forma abreviada de referirse a un conjunto de otros criterios, tales como la inmediación y la concentración, presentes en la admisión, práctica y valoración de la prueba y en el desarrollo mismo del proceso, constituye el mayor y más trascendental cambio que el sistema procesal penal chileno ha experimentado en toda su historia. Del sistema inquisitivo y predominantemente escrito instaurado por el CdPPCh de 1906 se transitó, sin solución de continuidad, a un sistema predominantemente oral que ha requerido de un gran esfuerzo de adaptación para todos los sujetos involucrados en el proceso penal.

Tanto es así, que el CPPCh parte en su artículo 1º estableciendo que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.



El referido significado que hemos atribuido a la oralidad en este trabajo ha sido precisamente el acogido por el CPPCh, en cuyo Mensaje se señala que el nuevo Código adoptó el sistema oral:

“[A] partir de la constatación de que este método sencillo y directo de comunicación es el único que permite asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública, concentrada, con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones, como las que tantos problemas y distorsiones han causado en el sistema vigente”.

Si bien no existe norma constitucional que en Chile establezca la oralidad de los juicios, lo cierto es que el CPPCh la regula con detalle en diversas disposiciones que cumplen con desarrollar el mandato constitucional contenido en el artículo 19 núm. 3 inciso sexto CCh.

Dado que el procedimiento que establece el referido Código se ventila en diversas audiencias, desde la relativa al control de la legalidad de la detención y la de formalización de la investigación y hasta la propia del juicio oral y lectura de la sentencia, este cuerpo legal se ocupa de regular primeramente el sistema de registro de las audiencias ventiladas ante tribunales con competencia en lo penal, exigiendo su registro íntegro “por cualquier medio que asegure su fidelidad, tales como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente” (artículo 41 CPPCh)<sup>960</sup>. Con ello, como es obvio, se puso fin en Chile a la existencia de abultados expedientes judiciales aunque, como veremos más adelante, la escritura no ha desaparecido de manera absoluta en esta clase de procedimientos.

---

<sup>960</sup> El valor de estos registros y su conservación y eventual reconstitución en caso de daño al soporte material de los mismos se encuentran regulados en los artículos 42 y 43 CPPCh.

La regulación de la oralidad y, más específicamente de ésta en unión a la inmediación, es bastante explícita con relación al juicio oral, prescribiendo el artículo 291 CPPCh que esta audiencia, por una parte, se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella, quedando prohibido la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante su desarrollo. Y, por la otra, prescribiendo que las resoluciones serán pronunciadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio.

Con todo, debemos advertir que la escritura sigue cumpliendo un rol importante en materia de preparación del juicio, en tanto los actos procesales fundamentales de acusación, demanda civil y defensa deben ser formulados por escrito según lo prescriben los artículos 259, 261 y 263 CPPCh, con la salvedad que, según los artículos 263 y 268 del mismo Código, la defensa del acusado podrá formularse por escrito hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral o *verbalmente* al inicio de dicha audiencia e inmediatamente después de la exposición sintética de los escritos de acusación y demanda civil que efectúe el Juez de Garantía según el artículo 267 CPPCh.

De esta forma se consagra el carácter mixto o *predominantemente oral* del sistema procesal penal chileno lo cual queda corroborado, además, con dos disposiciones centrales en esta materia. La primera es el ya citado artículo 296 CPPCh que prescribe que la prueba que ha de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley; y la

segunda, el inciso segundo del artículo 340 que dispone que el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

Del conjunto de estas normas se colige claramente que el sistema chileno es predominantemente oral en tanto, por una parte, el material procesal sobre el que puede fundarse la sentencia del órgano juzgador es exclusivamente el adquirido oralmente en la audiencia del juicio, salvo las excepciones legales que más adelante revisaremos y, por otra, los actos procesales fundamentales de acusación, demanda civil y defensa deben ser formulados por escrito, salvo este último que también puede serlo de manera oral. Pero además, la práctica de la prueba en la audiencia del juicio se encuentra regida casi sin excepciones por la oralidad, característica que, como sabemos, posibilita el más eficiente ejercicio de la contradicción y de los principios de inmediación y publicidad en la formación de la prueba.

Varias son las normas que se ocupan de esta materia, comenzando por el ya comentado artículo 329 que regula el interrogatorio cruzado de la prueba pericial y testifical y establece la prohibición expresa de que su declaración personal pueda ser sustituida por la lectura de los registros en que consten sus anteriores declaraciones, salvo los casos previstos en los artículos 331 y 332 CPPCh, normas que revisaremos más adelante. Del mismo modo, el artículo 228 CPPCH, que regula el registro de las actuaciones policiales durante la fase de investigación, dispone en su inciso final que estos registros “no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral”.

Por su parte, tal como ya lo hemos revisado con ocasión del estudio del principio de contradicción, la práctica de la prueba

documental se efectúa mediante su lectura y exhibición en el debate, mientras que las grabaciones, elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico, se reproducirán en la audiencia de juicio por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes (artículo 333 CPPCh).

La oralidad, además, atraviesa todo el desarrollo de la respectiva audiencia, comenzando por el señalamiento por parte del TJOP de las acusaciones objeto del juicio para luego dar paso a los alegatos de apertura del fiscal, querellante particular y demandante civil para que expongan sus pretensiones y, posteriormente, a la defensa para exponer los argumentos que la fundan y continuar con la declaración que el acusado voluntariamente decida prestar y su posterior interrogatorio cruzado por las partes (artículos 325 a 326 CPPCh). Finalmente, concluida la recepción de la prueba, se procederá a oír los alegatos de clausura de las partes y las respectivas réplicas de las mismas, para terminar la audiencia concediendo al acusado la oportunidad de ejercer su derecho a la última palabra (artículo 338 CPPCh).

Como ya sabemos, la sentencia definitiva debe también pronunciarse verbalmente al término de la audiencia tras la respectiva deliberación, pudiendo postergarse su lectura para una audiencia posterior especialmente convocada al efecto (artículos 343, 344 y 346 CPPCh).

#### **b) La inmediatez**

Como no podía ser de otra forma el CPPCh se ocupa, junto con la oralidad, especial y casi simultáneamente de la inmediatez, en especial en lo referente a la práctica de la prueba. Sin perjuicio de todas las normas que hemos citado relativas a los principios de contradicción y

oralidad en la formación de la prueba que debe servir de base a la sentencia definitiva, cuestión fundamentalmente regulada en los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh ya citados, destacaremos a continuación tres normas que de manera específica regulan y protegen la intermediación judicial con especial énfasis en el ámbito probatorio.

La primera es una norma general, aplicable a todo procedimiento, contenida en el artículo 35 CPPCh, que sanciona con nulidad la delegación de funciones en empleados subalternos para la realización de actuaciones en que las leyes requirieren la intervención del juez.

La segunda disposición es la del artículo 284 CPPCh que exige, bajo sanción de nulidad del juicio oral y de la sentencia que en él se pronunciare, la presencia ininterrumpida de los jueces del TJOP en la o las audiencias del juicio oral, norma que no sólo protege la intermediación judicial sino también la identidad física de los jueces que deciden con los que asumen la prueba, condición indispensable de la intermediación. Para garantizar el cumplimiento de esta norma el CPPCh contempla las siguientes medidas:

a') De conformidad al artículo 281 CPPCh, el JG debe hacer llegar el auto de apertura del juicio oral al TJOP competente. Una vez distribuida la causa entre las salas en las que se divide el TJOP, el juez presidente de la sala respectiva procederá a decretar la fecha para la celebración de la audiencia del juicio oral resolución en la que, entre otras menciones, indicará también el nombre de los jueces que integrarán la sala.

b') El mismo artículo 281 CPPCh dispone que en la resolución referida en el punto precedente el juez presidente de la sala, con la aprobación del juez presidente del comité de jueces del respectivo TJOP,

convocará un número de jueces mayor de tres para que la integren, cuando existan circunstancias que permitan presumir que con el número ordinario no se podrá dar cumplimiento a lo exigido en el artículo 284 CPPCh. De igual manera el artículo 17 COT señala que los TJOP funcionarán en una o más salas integradas por tres de sus miembros, sin perjuicio de lo cual, podrán integrar también cada sala un número mayor de jueces en calidad de alternos, con el solo propósito de subrogar, si fuere necesario, a los miembros de la sala que se vieren impedidos de continuar participando en el desarrollo del juicio oral. Esto es lo que se conoce como “juez alterno” y constituye una medida especialmente relevante en materia de protección de la inmediación judicial, en tanto procura evitar la nulidad o repetición del juicio oral en caso de que algunos de los tres jueces que integran la sala del tribunal sentenciador sea inhabilitado o se vea impedido de continuar asistiendo a las audiencias de juicio oral, en particular de aquellos juicios que se desarrollan en varias sesiones consecutivas.

c’) Al hilo de lo anterior el artículo 284 CPPCh dispone en su inciso segundo, nuevamente bajo sanción de nulidad del juicio oral y de la sentencia que en él se pronunciare, que lo dispuesto en el inciso final del artículo 76 CPPCh respecto de la inhabilidad se aplicará también a los casos en que, iniciada la audiencia, faltare un integrante del tribunal de juicio oral en lo penal.

De conformidad al artículo 76 CPPCh las causas de inhabilidad de los jueces del TJOP, sea en razón de implicancia o recusación, pueden hacerse valer, según el momento en el que son conocidas por la parte que las formula, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fija la fecha del juicio oral o antes del inicio del mismo, quedando prohibido deducir incidentes relativos a la inhabilitación de los

referidos jueces con posterioridad al inicio de la audiencia del juicio, sin perjuicio de la inhabilitación de oficio. Continúa esta disposición señalando, en su inciso final, que el tribunal continuará funcionando con exclusión del o de los miembros inhabilitados, si éstos pudieren ser reemplazados de inmediato en virtud de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 281 CPPCH, o sea recurriendo al juez alterno previamente designado. Si éste no se hubiese nombrado y sólo se hubiere inhabilitado a uno de los tres jueces que integran la sala respectiva, el tribunal podrá continuar con el juicio oral con sólo dos jueces siempre que hubieren concurrido a toda la audiencia. En este último caso, deberán alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva. Finalmente la norma sanciona el incumplimiento de alguna de estas condiciones con la nulidad de todo lo obrado en el juicio oral.

La tercera norma esencial en materia de protección de la inmediación judicial en el desarrollo del juicio oral y, por tanto, en la formación de la prueba procesal, es el artículo 374 CPPCh que en su letra a) establece como motivo absoluto de nulidad del juicio y de la sentencia la circunstancia de haber sido pronunciada la sentencia con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio. También entendemos que la falta de inmediación judicial puede ser motivo absoluto de nulidad a través de la causa de la letra b) del mismo artículo 374 CPPCh, es decir:

“Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286”.

### **c) La concentración**

El trinomio oralidad/inmediación/concentración constituye uno de los ejes centrales del nuevo sistema procesal penal instaurado por el

Código del rito de 2000. Su propio Mensaje señala que el nuevo sistema se basa en la consagración del juicio como elemento rector del conjunto del procedimiento, centralidad que se traduce directamente en la concentración de las actividades más importantes del procedimiento en la audiencia principal, que constituye la oportunidad para la formulación de la acusación, el ejercicio de la defensa, la producción de la prueba, el debate sobre la misma y el pronunciamiento de la sentencia.

Dos normas resultan especialmente relevantes en esta materia. En primer lugar el artículo 282 CPPCh que precisamente regula la continuidad del juicio oral, estableciendo que la audiencia del juicio se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión constituyendo, para estos efectos, sesiones sucesivas aquellas que tuvieran lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal. En segundo lugar, se encuentra el artículo 283 que regula las causas y límites temporales de la suspensión de la audiencia o las audiencias del juicio y la del propio juicio oral. Esta norma establece las siguientes reglas:

a') El tribunal podrá suspender la audiencia de juicio hasta por dos veces solamente por razones de *absoluta necesidad* y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión. Al reanudarla, deberá efectuar un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

b') El tribunal debe suspender el juicio oral si concurren algunas de las circunstancias previstas en el artículo 252 CPPCh que corresponden todas a causas de sobreseimiento temporal, situación que ya hemos comentado que más que una suspensión implica una verdadera



interrupción del juicio hasta que cese la causa respectiva de acuerdo al artículo 254 CPPCh.

c') La suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un período que excediere de diez días impedirá su continuación, caso en el cual el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio.

d') Concluye el artículo 283 CPPCh estableciendo que cuando fuere necesario suspender la audiencia, el tribunal comunicará verbalmente la fecha y hora de su continuación, lo que se tendrá como suficiente citación.

Con respecto al pronunciamiento de la sentencia ya hemos comentado que el artículo 339 CPPCh dispone que una vez clausurado el debate del juicio los miembros del tribunal pasarán *inmediatamente* a deliberar en privado y que el artículo 343 del mismo Código prescribe que una vez concluida esta deliberación la sentencia definitiva deberá ser pronunciada en la misma audiencia del juicio oral, comunicándose la decisión de absolución o condena. Lo anterior, salvo cuando la audiencia se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, caso en el cual tal deliberación se puede prolongar hasta por veinticuatro horas.

Por su parte, el artículo 344 CPPCh establece que la redacción de la sentencia podrá diferirse hasta por cinco días contados desde la comunicación de su decisión de absolución o condena, pero si el juicio hubiere durado más de cinco días, el tribunal dispondrá, para la fijación de la fecha de la audiencia para su comunicación, de un día adicional por cada dos de exceso de duración del juicio.

El transcurso de estos plazos sin que hubiere tenido lugar la audiencia citada, constituirá falta grave que deberá ser sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de lo cual, el tribunal deberá citar a una nueva audiencia de lectura de la sentencia, la que en caso alguno podrá tener lugar después del segundo día contado desde la fecha fijada para la primera.

Cabe destacar que el artículo 343 inciso tercero CPPCh dispone que la no comunicación de la decisión de absolución o condena en la oportunidad establecida por la misma norma producirá la nulidad del juicio, el que deberá repetirse en el más breve plazo posible. A su vez, el artículo 344 CPPCh inciso segundo establece que el transcurso del plazo adicional que la norma concede sin comunicar la sentencia producirá la nulidad del juicio, a menos que la decisión hubiere sido la de absolución del acusado y, en todo caso, constituirá respecto de los jueces que integren el tribunal una nueva infracción que deberá ser sancionada disciplinariamente.

A mayor abundamiento, el artículo 374 letra d) CPPCh contempla como motivo absoluto de nulidad del juicio oral y de la sentencia específicamente la violación en el juicio oral de las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y *continuidad del juicio*.

## **B) La oralidad, intermediación y concentración en el juicio oral en la jurisprudencia**

### **a) La oralidad e intermediación judicial**

Dada la claridad con que el CPPCh regula esta materia, la jurisprudencia chilena es conteste en reconocer la centralidad del juicio oral y el relevante rol que los principios que estamos estudiando cumplen en la producción de la prueba procesal, señalando que el único momento

para practicar y valorar la prueba es precisamente durante el desarrollo del juicio oral, salvo las excepciones expresamente contempladas en la ley:

“[D]esde que conforme a los principios de la oralidad, publicidad e inmediación, es ese el momento en que los testigos serán interrogados y contrainterrogados, para que el tribunal lo presencie y aprecie su fuerza de convicción, más allá de toda duda razonable, sin infringir las leyes de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permitiendo contrastar oralmente sus propias declaraciones u otras versiones de los hechos presentados durante el juicio”<sup>961</sup>.

De igual manera, la jurisprudencia se ha encargado de reiterar que la prohibición de leer durante el juicio oral los registros y demás documentos que den cuenta de actuaciones de investigación realizadas por la policía o por el ministerio público, contenida en el artículo 334 CPPCh, tiene como objetivo central garantizar la oralidad e inmediación en la producción de la prueba rendida en el juicio oral que debe servir de base a la sentencia<sup>962</sup>.

De la jurisprudencia analizada nos parece relevante destacar algunos aspectos sustanciales de la misma, los que a continuación pasamos a revisar.

---

<sup>961</sup> SCS, 7 agosto 2007, Rol CS N° 2958-2007, Redactor Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos, Cdo. 66°. En sentido similar, entre otras, SCA de Santiago, 30 abril 2008, Rol CA N° 619-2008, Redactor Abogado Integrante señor Carlos López Dawson, Cdo. 14°; y SSTJOP Segundo de Santiago, 10 julio 2009, RIT N° 45-2009, Cdo. 9° y 19 marzo 2010, RIT N° 6-2010, Cdo. 10°.

<sup>962</sup> SCA de Santiago, 10 octubre 2009, Rol CA N° 1076-2009, Redactor Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik, Cdo. 6°. En el mismo sentido previamente, SCS, 7 agosto 2007, Rol CS N° 2958-2007, Redactor Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos, Cdo. 66°.

a') En torno a la relación de la oralidad con la inmediación y otros principios formadores de la prueba procesal, además de todas las sentencias que hemos citado en que se reconoce al juicio oral como el momento central para su práctica, cabe señalar que con base en esta relación la jurisprudencia en algunos casos no ha otorgado valor probatorio a la declaración de un testigo de referencia o de oídas, señalando que la incomparecencia del testigo presencial priva al juzgador de la inmediación en la apreciación de la prueba, que es uno de los principios sustanciales e inherentes a la oralidad que debe regir en la etapa de juicio oral y que la admisibilidad del testigo de referencia como elemento de cargo debe revestir un carácter excepcional, debiendo justificarse el origen de la fuente o testigo directo y acreditar su imposibilidad de comparecer a la audiencia de juicio, cuestión esta última que será apreciada por el tribunal de acuerdo a las circunstancias del caso concreto<sup>963</sup>.

b') En cuanto al rol de la inmediación en la formación de la convicción judicial, la jurisprudencia chilena también reconoce el valor de los elementos paralingüísticos como instrumento para medir la credibilidad de un testigo, señalando, por ejemplo, que en virtud de la inmediación que tuvo el tribunal respecto de la declaración de una testigo-víctima menor de edad de un delito reiterado de abuso sexual, aquél pudo:

“[A]dvertir en ella las emociones propias de un relato de esta naturaleza, no impresionando al tribunal en ningún momento que se

---

<sup>963</sup> STJOP de La Serena, 6 de junio 2009, RIT N° 46-2009, Cdo. 9°, Redactor Magistrado señor Marco A. Flores Leyton.

trataba de una persona que repite un discurso previamente ensayado, o inventa sobre la marcha aspectos que no recuerda”<sup>964</sup>.

Asimismo, se ha señalado por el TJOP de Curicó, en sentencia de 18 de octubre de 2008, que la labor fundamental del tribunal sentenciador es apreciar y valorar la credibilidad de la prueba, centrándose en ello y no en el número de la misma, en virtud del principio de inmediación que la inviste que bien puede conducir a concluir que una sola prueba es más digna de crédito frente a muchas otras que se le contraponen. Sin embargo, esta misma sentencia es extremadamente escueta a la hora de desarrollar por qué se otorgó mayor credibilidad a una prueba testimonial sobre la versión otorgada por el acusado, limitándose simplemente a señalar que:

“[E]stos magistrados le han concedido plena veracidad a los dichos de este testigo por sobre los del acusado (...), tanto porque *así impresionaron a estos jueces en virtud del principio de inmediación* que les inviste, como porque los mismos están conteste con el resto de la prueba analizada en este fallo”<sup>965</sup>.

---

<sup>964</sup> Sic. STJOP Séptimo de Santiago, 7 enero 2009, RIT N° 168-2008, Cdo. 9°, Redactor Magistrado Carlos Iturra Lizana.

<sup>965</sup> Sic. STJOP de Curicó, 18 octubre 2008, RIT N° 40-2008, Cdo. 5°, Redactor Magistrado señor Roberto García Gil. En sentido similar se pronuncia la Corte de Apelaciones de Arica, en sentencia de 4 agosto 2008, Rol CA N° 63-2008, Redactor Ministro señor Eduardo Camus Mesa, Cdo. 2°, en la cual, conociendo de un recurso de nulidad precisamente por falta de motivación de la sentencia en virtud de los artículos 374 letra e) en relación al 342 letras c), ambos del CPPCh, se limita a señalar que “[L]a acreditación del ilícito y los motivos reseñados para condenar a la imputada, son el resultado del *principio de inmediación* en términos de apreciar los juzgadores el desarrollo de los medios de prueba vertidos en el juicio, de forma directa, lo que ha permitido la convicción y fundamentaciones que de ella derivan, en los términos que al ley exige”, para más adelante añadir que en la sentencia impugnada “se exponen claramente, en forma lógica y completa los fundamentos de convicción, como se indica en los motivos cuarto y undécimo, este último relativo a la participación en la que se hace un análisis exhaustivo por el que el Tribunal atribuyó a la acusada la calidad de

Tal como ya lo hemos comentado con ocasión de la inmediación en el sistema procesal penal español, esta clase de fundamentaciones en relación a la inmediación no satisfacen el deber de motivar las sentencias porque no permiten conocer las razones por las cuales verdaderamente se ha otorgado mayor credibilidad a una prueba sobre otra, en tanto dichas razones, al no haber sido adecuada y suficientemente *verbalizadas*, simplemente deben darse por no existente a los efectos de la correcta valoración de la prueba<sup>966</sup> y ello en razón de que los datos que se extraen a partir del contacto directo con la fuente de prueba sólo pueden ser aquellos susceptibles de ser verbalizados, como única manera de que puedan ser intersubjetivamente evaluables y, por tanto, racionalmente controlables<sup>967</sup>. Siendo así, la jurisprudencia chilena debe cuidarse de emitir pronunciamientos como el transcrito que no constituyen otra cosa que una elusión al deber de motivar los fallos, deber que el CPPCh prescribe con rotundidad en el artículo 297.

La inmediación también ha sido reconocida por la jurisprudencia chilena como un instrumento eficaz para medir la *coherencia interna del relato* de un testigo, como sucedió en una causa relativa al enjuiciamiento de un delito de porte ilegal de arma de fuego en la que el testigo señaló indistintamente haber visto al acusado portar un banano<sup>968</sup> en la mano y dentro de éste, la pistola; y que llevaba la pistola encima del banano y que tenía ambas cosas tomadas bajo el brazo. Cuando quiso

---

autora y de los medios de prueba tenidos en cuenta para llegar a tal conclusión”. No estamos muy seguros de que con esta sentencia la propia Corte de Apelaciones cumpla con su labor revisora y con el deber de fundamentar su propia sentencia.

<sup>966</sup> TARUFFO, Michele, “Algunos...”, en *Discusiones*, cit., págs. 83-84.

<sup>967</sup> Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Sobre prueba...”, en *Discusiones*, cit., págs. 59-60.

<sup>968</sup> Cartera de cintura.

aclarar sus dichos al tribunal mediante representación gestual, se observó que no había forma de que terceras personas pudiesen ver el objeto que simulaba portar — una pistola de color negro y un banano — porque la mano y el brazo obstruían la visión, todo lo cual condujo al tribunal a restarle mérito a su declaración por falta de coherencia interna, absolviendo finalmente al acusado<sup>969</sup>.

c') En cuanto a la protección de los principios de oralidad e inmediación y el uso de los medios tecnológicos en la producción de la prueba, valga señalar que acorde con lo dispuesto en el artículo 329 CPPCh, la Corte Suprema, en sentencia de 6 de agosto de 2007, estableció con claridad que una video conferencia constituye una modalidad de comunicación integral, interactiva y sincrónica que se ajusta a la exigencia del inciso segundo del artículo 340 CPPCh en cuanto a la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba que debe servir de base a la convicción judicial, satisfaciendo dicha modalidad plenamente la exigencia de inmediación porque permite el diálogo directo con la fuente de prueba personal, la respuesta instantánea entre abogado y testigo o declarante y la aprehensión por parte del juez, por sus propios sentidos, del material informativo que fluye de la prueba<sup>970</sup>.

d') Otro de los aspectos que nos parecen sustanciales en materia de inmediación, es el reconocimiento que efectúa la jurisprudencia de los límites que este principio admite en materia de valoración de la prueba

---

<sup>969</sup> STJOP Segundo de Santiago, 19 marzo 2010, RIT N° 6-2010, Cdo. 10°, Redactor Magistrado señora María Luisa Riesco Larraín.

<sup>970</sup> SCS, 6 agosto 2007, Rol CS N° 2926-2007, Redactor Ministro señor Alberto Chaigneau del Campo, Cdo. 13°.

señalando que, si bien este principio:

“[P]ermite al tribunal tomar contacto directo con la prueba a fin de valorarla en su real dimensión, las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y conocimiento científicamente afianzados, constituyen un límite al ejercicio de la libertad para valorar la prueba”<sup>971</sup>.

e’) La jurisprudencia también ha señalado que la inmediación requerida es la del tribunal sentenciador (*inmediación judicial*) erigiendo, además, a este principio en un límite a la revisión por parte del tribunal superior por la vía de un recurso de nulidad fundado erróneamente en una discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por el TJOP, puesto que la base del nuevo sistema procesal penal es la oralidad del juicio, añadiendo que:

“Es propio del *proceso oral*, por imperativo del *principio de inmediación*, que sea el Tribunal ante el cual se realizó el juicio el que valore soberanamente la prueba, y por tanto la credibilidad de los declarantes. El Tribunal superior, más allá de que le parezca acertada o no esa valoración; más allá de que comparta o no las conclusiones, no puede alterarlas, porque no presenció el juicio y su mirada es necesariamente mediata”<sup>972</sup>.

En el este sentido, de manera explícita la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 marzo de 2008, transcribe un párrafo de los antecedentes de hecho contenido en la STC 48/2008, de 11 marzo

---

<sup>971</sup> SSTJOP Segundo de Santiago, 10 julio 2009, RIT N° 45-2009, Cdo. 9°, Redactor Magistrado señora Marisel Canales Moya; y 19 marzo 2010, RIT N° 6-2010, Cdo. 10°, Redactor Magistrado señora María Luisa Riesco Larraín. En sentido similar, STJOP de Curicó, 18 octubre 2008, RIT N° 40-2008, Cdo. 5°, Redactor Magistrado señor Roberto García Gil.

<sup>972</sup> SCA de Rancagua, 22 noviembre 2004, Rol CA N° 141-2004, Redactor Ministro señor Raúl Mera Muñoz, Cdo. 8°.



2008, señalando que el Tribunal *ad quem* no puede revisar la apreciación probatoria practicada en la instancia cuando, por la naturaleza de las pruebas en cuestión, sea necesario para su valoración el concurso de los principios de *inmediación, oralidad y contradicción*, salvo que el proceso valorativo de la prueba no se haya motivado y razonado adecuadamente en la sentencia<sup>973</sup>.

Con todo, tal como lo hemos señalado, la jurisprudencia recalca que la valoración probatoria queda fuera de la órbita del recurso de nulidad, salvo que en dicha valoración se haya vulnerado las leyes de la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicamente afianzados<sup>974</sup>.

El hecho de que la jurisprudencia chilena declare, por una parte, que la valoración de la prueba en tanto dependa de la intermediación judicial queda fuera del ámbito de control del tribunal superior en el marco de un recurso de nulidad y que, por otra, reconozca como límite a la libre valoración probatoria las llamadas reglas de la sana crítica, tal como en todo caso lo prescriben los incisos primeros de los artículos 297 y 340 CPPCh, nos merece una opinión positiva porque con ello la jurisprudencia, al menos en el plano retórico, parece no eludir el examen de racionalidad de la valoración de la prueba efectuada por los jueces de

---

<sup>973</sup> SCA de Santiago, 10 marzo 2008, Rol CA N° 2699-2008, Redactor Abogado Integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas, Cdo. 11°, citando la STC 48/2008 (Pleno), 11 marzo 2008, Antecedentes 2°, letra e), Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde y las en ella citadas de 17 mayo 1985, 23 julio 1986, 13 mayo 1987 y 2 de julio 1990.

<sup>974</sup> SSCS, 20 septiembre 2006, Rol CS N° 3570-2006, Redactor Ministro señor Rubén Ballesteros C., Cdo. 17°; y 7 agosto 2007, Rol CS N° 2958-2007, Redactor Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos, Cdo. 66°. En el mismo sentido, SCA de Antofagasta, 13 octubre 2002, Rol CA N° 323-2003, Redactor Ministro señor Óscar Clavería Guzmán, Cdo. 3°.

fondo escudándose en la falta de inmediación judicial con relación a la producción de la prueba procesal, fundamentalmente en lo relativo a la *veracidad* de lo declarado por las fuentes de prueba personales que, como ya hemos comentado, no es una cuestión que dependa de la inmediación como sí lo es la *sinceridad* de las declaraciones de dichas fuentes.

**b) La concentración**

Con relación a la concentración, no hemos detectado en la jurisprudencia analizada que se otorgue a este principio el rango de garantía procesal en la producción de la prueba en unión a los de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad, sin perjuicio de entender tal reconocimiento implícito en todas aquellas sentencias ya citadas que declaran la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Más bien hemos comprobado que la jurisprudencia otorga a la concentración un carácter formal relativo a la continuidad misma de la audiencia del juicio oral, tal como está concebido y consagrado en el artículo 282 CPPCh.

Con todo, creemos que en algunos casos este principio de “continuidad del juicio oral” ha sido llevado a extremos que nos merecen serias dudas en tanto estimamos que atentan contra otro derecho fundamental del proceso, cual es el derecho a la prueba que constituye, en nuestra opinión, un derecho al cual debe dársele aplicación prioritaria.

De tal situación deja constancia la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de septiembre de 2002, que rechaza un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público fundado en la causa de la letra a) del artículo 373 CPPCh, impugnándose por esta vía la sentencia absolutoria del TJOP de Temuco bajo el argumento de que tal absolución

se produjo en razón de no haberse escuchado la versión del testigo más importante de la fiscalía, como era la víctima, no obstante haberse solicitado la suspensión del juicio oral en virtud del artículo 283 CPPCh, lo que fue denegado por el citado TJOP, cuestión que a juicio del recurrente determinó la absolución. Con relación a este argumento del recurso, la Corte Suprema señaló que el artículo 283 CPPCh concede una facultad discrecional al TJOP y no la obligación de suspender el juicio oral, desde que la causa que la norma establece es genérica e impone el análisis y la comprobación por parte del tribunal de la existencia de motivos “de absoluta necesidad”, motivos que en el caso comentado el tribunal estimó que no concurrían debiéndose, en cambio, la incomparecencia de este testigo-víctima más bien a un actuar negligente del Ministerio Público<sup>975</sup>.

Con todo, la precedente decisión fue acordada con el voto disidente del Ministro señor José Luis Pérez Z., quien sostuvo que el TJOP debió haber suspendido la causa hasta hacer traer al ofendido, pues su testimonio era vital para determinar junto a otros antecedentes la existencia del hecho punible y la participación de los imputados; que con esta actitud el TJOP infringió las normas del debido proceso, porque produjo un desequilibrio evidente entre las partes del proceso, lo que no resulta racional ni justo; y que el hecho de no aceptar la tesis sustentada en el recurso pone el riesgo el éxito de la reforma procesal penal chilena, en tanto:

“[B]astaría que los imputados o sus familiares amenazaran al ofendido o a sus parientes y éste no comparezca, y el tribunal debería absolver a los

---

<sup>975</sup> SCS, 30 septiembre 2002, Rol CS N° 2538-2002, Redactor Ministro señor Alberto Chaigneau del Campo, Cdos. 8°-9°.

imputados por falta de pruebas, lo que resultaría pernicioso en las regiones donde existe una población numerosa y una gran cantidad de delitos de robo con intimidación y/o violencia, como el de autos”<sup>976</sup>.

En el mismo sentido y con consecuencias aún más graves para el derecho a la prueba y la presunción de inocencia, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 29 de diciembre de 2008, deniega un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria del TJOP fundado en la causa del artículo 374 letra c) CPPCh, en razón de haberse negado dicho tribunal a suspender la audiencia del juicio por la incomparecencia de los únicos testigos de la causa, ofrecidos como medio de prueba por el fiscal y defensor a la vez y haberse negado también a decretar el arresto de los mismos conforme a los artículos 298, 299 y 33 CPPCh, todo lo cual dejó desprovista a la defensa de prueba de descargo y condujo a la condena del acusado. Resolviendo el recurso la Corte reiteró el carácter facultativo del artículo 283 CPPCh señalando que el mismo se ve reforzado por el hecho de que el legislador no ha definido que ha de entenderse por “absoluta necesidad”, lo que importa conceder al tribunal la atribución para calificar las hipótesis constitutivas de ello. Asimismo agregó que el artículo 299 CPPCh también concede una facultad al tribunal para decretar el arresto de los testigos incomparecidos “sin justa causa”, cuestión que nuevamente corresponde calificar de manera exclusiva y privativa al tribunal que conoce del asunto<sup>977</sup>.

---

<sup>976</sup> SCS, 30 septiembre 2002, Rol CS N° 2538-2002, voto disidente del Ministro señor José Luis Pérez Z.

<sup>977</sup> SCA de San Miguel, 29 diciembre 2008, Rol CA N° 1505-2008, Redactor Ministro señora María Soledad Espina Otero, Cdo. 6°.

Sin poder detenernos más en las circunstancias de hecho de las causas precedentes, advertimos que sería conveniente una revisión a esta clase de pronunciamientos jurisprudenciales y el establecimiento de, al menos, dos requisitos a la hora de negar la suspensión de la audiencia del juicio por incomparecencia de los testigos o peritos: a) que se deba a causas no imputable a la parte que los presenta y b) que se hayan agotado, dentro del razonable y breve plazo que el artículo 283 CPPCh establece, los mecanismos legales para obtener que la fuente de prueba personal comparezca al juicio, al menos decretando su arresto, especialmente en aquellos casos en que se trata de los únicos medios de prueba con que cuentan las partes o se trata de una declaración tan fundamental como lo es la de la propia víctima. En este sentido coincidimos con el transcrito voto disidente en orden a que estas medidas de apremio son necesarias ejercerlas en tanto las incomparecencias de estas fuentes personales bien pueden deberse a posibles amenazas en su contra, cuestión que consideramos debe siempre ser verificada por el tribunal a solicitud de las partes.

## **CAPÍTULO QUINTO: EXCEPCIONES A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL (I)**

### **I. BREVE INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTO O JUSTIFICACIÓN DE LA UTILIZACIÓN EN EL JUICIO ORAL DE LAS FUENTES DE PRUEBA OBTENIDAS COMO CONSECUENCIA DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN: DEL “PRINCIPIO DE LA NO DISPERSIÓN PROBATORIA” A LA INDISPONIBILIDAD DE LAS FUENTES DE PRUEBA PARA EL JUICIO ORAL**

En el capítulo anterior nos limitamos tan sólo a enunciar las hipótesis que la ley y la doctrina señalan como excepciones a la regla general del juicio oral como momento central en la práctica de la prueba procesal, señalando en dicha sede que las mismas estaban constituidas en el sistema español por la prueba anticipada sumarial, la lectura de diligencias practicadas en el sumario al amparo del artículo 730 LECRIM y la lectura de declaraciones testimoniales rendidas en el sumario a objeto de superar contradicciones del artículo 714 de la citada LECRIM. Por su parte, también señalamos que en el sistema procesal penal chileno dichas excepciones se encuentran conformadas por la prueba anticipada en fase de investigación y en la fase de preparación del juicio oral reguladas, respectivamente, en los artículos 190 a 192 y 280 CPPCh; por la reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral siempre que se cumplan algunas de las cuatro hipótesis que el artículo 331 CPPCh prescribe; y por la lectura de declaraciones prestadas por el acusado, testigo o perito en la fase de investigación ante el ministerio público o JG, con la finalidad de ayudar la memoria del respectivo deponente, demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

En el presente y siguiente capítulo nos dedicaremos al estudio de cada una de estas excepciones, a fin de poder determinar sus requisitos, alcances y, en algunos casos, a dilucidar si efectivamente constituyen o no excepciones a la regla que erige al juicio oral como el momento central en la práctica de la auténtica prueba procesal apta para destruir la presunción de inocencia, estatuida en los sistemas procesales penales de España y Chile en los artículos 741 LECRIM y 296 y 340 inciso segundo CPPCh, respectivamente.

La importancia que asignamos al tema de las excepciones a la referida regla, reflejada en parte por la circunstancia de dedicarle dos capítulos al estudio comparado de estas hipótesis de excepción, encuentra a nuestro juicio su justificación en el hecho de que las más frecuentes vulneraciones al derecho a la presunción de inocencia derivan, precisamente, de la ampliación indebida de estas hipótesis legales o de la falta de rigurosidad en la determinación de la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que en cada caso la ley prescribe o la jurisprudencia ha establecido conforme a la legalidad en vigor. Lo anterior, porque la indebida aplicación de estas excepciones posibilita valorar como prueba a los fines de la sentencia diligencias sumariales o de investigación que en caso alguno constituyen auténtica prueba procesal con virtualidad para destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Pero antes de pasar al estudio de cada una de las excepciones que hemos enunciado consideramos relevante dedicar algunas líneas de este trabajo para indagar acerca de la posible concurrencia de un fundamento general que, más allá de las peculiaridades de las hipótesis legalmente previstas, pudiera justificar la eventual utilización para la decisión del caso de material proveniente de la fase de investigación o de instrucción

y que, por lo tanto, se ha sustraído en su formación al método dialéctico que impone el principio de contradicción acompañado de los de oralidad e intermediación. Lo anterior lo realizaremos con especial referencia a la jurisprudencia y doctrina científica española, dado que la temática no ha sido mayormente desarrollada ni estudiada en Chile en términos de elaborarse alguna tesis original sobre el punto. También revisaremos alguna doctrina y jurisprudencia italiana, dada la interesante evolución que sobre esta materia han experimentado las mismas.

Comencemos señalando que la jurisprudencia del TC español ha señalado que la posibilidad de admitir excepciones a la regla del artículo 741 LECRIM se justifica en el principio de búsqueda de la verdad material que inspira al proceso penal y en la necesidad de evitar que se pierdan datos o elementos de convicción<sup>978</sup>.

Creemos que la alusión a la necesidad de evitar la pérdida de datos o elementos de convicción, es una aseveración con la que podemos concordar, sin embargo nos parece que responde más claramente a una finalidad de estas excepciones y no a un argumento que, desde el punto de vista dogmático, pueda entenderse como una justificación o fundamento de las mismas. Si en cambio nos centramos en la indicación jurisprudencial acerca de la búsqueda de la “verdad material” como justificación de dichas excepciones, necesariamente nos toparemos con dos órdenes de argumentos que vienen a restarle valor al indicado fundamento jurisprudencial. El primero deriva de las críticas que hemos efectuado acerca de la noción de “verdad” y, más aún, de “verdad

---

<sup>978</sup> SSTC 137/1988 (Sala Segunda), 7 junio, FJ. 2º; 201/1989 (Sala Primera), 30 noviembre, FJ. 3º; 217/1989 (Sala Primera), 21 diciembre, FJ. 2º; 32/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 4º; 92/12006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 2º.



material” como finalidad de la prueba procesal, cuestión que no repetiremos en esta sede. El segundo orden de argumentos proviene del justificado temor de que semejante afirmación pudiera dar pie a algunos para retomar viejas ideas ya superadas por los modelos acusatorios del proceso penal, tales como aquellas relativas a que esa “verdad” puede alcanzarse a cualquier precio o que la libre convicción instaurada en el artículo 741 LECRIM autoriza al juez a obtener esa convicción con base a cualquier elemento, tenga o no rango o *status* de prueba procesal lo cual, como ya lo hemos señalado, siguiendo en ello a Nobili, constituye una manera irracional de entender la libre convicción<sup>979</sup>.

Con todo, apuntemos que con base precisamente a esta forma irracional de entender la libre convicción, la Corte Constitucional italiana, mediante la sentencia núm. 255, de 18 de mayo de 1992, acuñó el llamado “principio de la no dispersión probatoria”<sup>980</sup>, según el cual “todo aquello que el juez conoce, tanto por experiencia directa en el curso del juicio, como a través de la documentación del procedimiento, según las reglas del contradictorio o bien en ausencia del mismo, puede ser indiferentemente utilizado por el juez, con la sola mediación de su libre convencimiento en torno al peso a atribuir a cada elemento: según la

---

<sup>979</sup> Cfr. NOBILI, Massimo, “Lecture testimoniali...”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, cit., págs. 276-78.

<sup>980</sup> El texto de la sentencia núm. 255/1992, de la Corte Constitucional de Italia, 18 mayo de 1992, Juez relator Mauro Ferri, puede verse en <http://www.cortecostituzionale.it>. Sobre el origen de este principio sentado en la sentencia citada, véase TONINI, Paolo, “Cade la concezione...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 1137-41; ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 660-62; y DOMINIONI, Oreste, “Un nuovo *idolum theatri*: il principio di non dispersione probatoria”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 738-42 donde, además, puede verse aspectos relativos a la terminología utilizada para enunciar este principio, págs. 736-38.

lógica tradicional de los procesos de corte inquisitivo”<sup>981</sup>.

Los defensores de este principio postulan una visión pragmática de los, a su vez, principios que rodean la formación de la prueba, especialmente del de inmediación, señalando que el proceso penal no tiene por objeto afirmar principios teóricos, sino que debe permitir comprobar la verdad histórica sobre un hecho-delito, optando por la concepción filosófica de la “ética de los resultados” sobre la “ética de los principios” Siendo así, se deben aceptar excepciones a los principios cada vez que resulte necesario para actuar el valor en función del cual el singular principio ha sido colocado. En este sentido consideran que la inmediación debe ser balanceada con el principio de la no dispersión de los elementos de prueba no enteramente (o no genuinamente) adquiridos con el método oral, de lo contrario resultaría que el proceso tutelaría el contradictorio y la inmediación, pero pondría demasiados límites a las posibilidades cognoscitivas del juez, impidiendo comprobar la verdad histórica e instalar la Justicia en relación al hecho-delito<sup>982</sup>.

El principio de la no dispersión probatoria ha sido fuertemente criticado por la doctrina italiana, fundamentalmente en razón de su tendencial interés de elevar a categoría de “principio” aquello que sólo puede admitirse como excepción<sup>983</sup>. Sin embargo, esta misma doctrina

---

<sup>981</sup> ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 661. (Traducción propia).

<sup>982</sup> Cfr. TONINI, Paolo, “Cade la concezione...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., pág. 1138. En sentido similar véase del mismo autor *Lineamenti di diritto processuale penale*, terza edizione, cit., pág. 137.

<sup>983</sup> DOMINIONI, Oreste, “Un nuovo idolum...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., pág. 744 y págs. 747-49. En el mismo sentido, CESARI, Claudia, “«Giusto processo», contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., pág. 59; y TONINI, Paolo, *Lineamenti...*, terza ed., cit., pág. 137, con una postura mucho más moderada que la

crítica, con notable realismo, apunta que las exigencias prácticas determinadas por la muchas veces extensa duración de las indagaciones preliminares, torna indispensable la recuperación de ciertos actos de esa fase preconstituidos a propósito o devenidos irrepetibles, por lo que es indispensable llegar a un compromiso en esta materia y que el método dialéctico en la formación de la prueba debe experimentar adaptaciones tendentes a evitar que en el juicio se pierdan irrazonablemente determinadas contribuciones de búsqueda de las indagaciones preliminares<sup>984</sup>.

En consecuencia, en esta materia resulta imprescindible buscar un equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el garantismo, equilibrio que necesariamente ha de fundarse sobre los caracteres de *taxatividad* y *excepcionalidad* y, por tanto, de interpretación restrictiva de las hipótesis que permiten introducir material formado fuera del contradictorio de las partes en el juicio como elemento base de una sentencia penal, puesto que precisamente son la separación entre las fases de investigación y de juicio oral y el principio de formación de la prueba en esta última fase, mediante el método dialéctico que proporciona el contradictorio, los aspectos, tal vez los más relevantes, que caracterizan al proceso o juicio acusatorio penal<sup>985</sup>.

---

sostenida en su artículo de 1992 “Cade la concezione...”, antes citado. En España, véase GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 229-31.

<sup>984</sup> ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 658; y DOMINIONI, Oreste, “Un nuovo idolum...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., pág. 744 y págs. 747-49.

<sup>985</sup> En este sentido, en Italia, NOBILI, Massimo, “Letture testimoniali...”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, cit., pág. 281; e ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 654. En España, por todos, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 185 y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 227-28.

Sentado lo anterior, nos parece difícil en el plano teórico encontrar un fundamento que pueda justificar la existencia de las indicadas excepciones, sin entrar en temas resbaladizos como es el de la búsqueda de la “verdad material” o sin caer en exageraciones como la formulación italiana de un principio con pretensiones de regla general como lo fue el de “la no dispersión probatoria”. De ahí que terminemos por constatar que el asunto se centra en una cuestión más bien relacionada con la realidad del devenir de un proceso penal que con temas dogmáticos y que se refiere simplemente al problema material y práctico susceptible de acontecer en el iter procesal derivado de la *indisponibilidad* para el juicio oral de fuentes de pruebas obtenidas durante la fase de investigación y a la necesidad del estudio en cada caso de su viabilidad, bajo ciertas y estrictas condiciones, para convertirse en elemento de prueba utilizable por el juez en su sentencia<sup>986</sup>.

Se tratan, entonces, estas excepciones de diversas hipótesis legalmente previstas en que las *fuentes de pruebas* recogidas durante la instrucción o fase de investigación no están disponibles en el momento oportuno para introducirlas al juicio oral mediante la práctica del correspondiente *medio de prueba*. Este es el problema material a que intenta dar solución la normativa que hace excepción al artículo 741 LECRIM en España y a los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh. Ahora, las causas concretas de esa indisponibilidad, sus incidencias en la mal llamada “irrepetibilidad” del acto, la previsibilidad o no de esa indisponibilidad, los requisitos objetivos y subjetivos del acto instructorio o de investigación para llegar a ser utilizable como base de la sentencia y

---

<sup>986</sup> En este último sentido, cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 217-19.

muchos otros aspectos, serán todas cuestiones que trataremos en las líneas venideras del presente capítulo y del siguiente.

## **II. ANTICIPACIÓN DE PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL DE ESPAÑA**

### **1. Concepto y oportunidad de la anticipación de prueba**

#### **A) Posturas doctrinales**

Partamos señalando que en torno al concepto de prueba anticipada existen dos grandes posiciones doctrinales según si se considera que esta especie de prueba puede tener lugar tanto en fase sumarial como en fase de plenario o sólo en esta última, sosteniéndose, respectivamente, una concepción amplia de prueba anticipada y otra restringida.

Alineado en la primera postura — concepción amplia de la prueba anticipada —, Ortells la define como aquella que consiste en “la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (y que es un cierto momento en la vista del juicio oral), que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma”. Para el mismo autor, la prueba anticipada es una prueba porque hay proceso y, además, concurren razones para no esperar a la etapa ordinaria de práctica de la prueba, razones derivadas principalmente de la posibilidad de pérdida de la fuente de prueba<sup>987</sup>.

---

<sup>987</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba. Valor de las diligencias sumariales”, en *La Ley del Jurado. Problemas de aplicación práctica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 45. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 256-57. En sentido similar ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 170; ALMAGRO NOSETE, José, “Teoría general de la prueba en el proceso

Otros autores, en cambio, postulan una concepción restringida de la prueba anticipada en tanto consideran que su práctica sólo es posible en fase de plenario y así la conceptúan como “aquella que se realiza en un momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de practicarla en ese acto”<sup>988</sup>. O, todavía más explícitamente, como aquella que se practica una vez abierto el juicio oral, pero antes del inicio de sus sesiones, ante el tribunal sentenciador, y por tanto con plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad<sup>989</sup>.

Es esta la primera cuestión que tendremos que dilucidar en torno a la prueba anticipada: la elección de un concepto amplio o restringido, ya que de tal elección se siguen importantes consecuencias. En efecto, la opción de un concepto restringido de prueba anticipada nos haría reconducir todas las situaciones que la doctrina partidaria de un concepto

---

penal”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 19-20 (versión electrónica); DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 40-42; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 83; MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba anticipada en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2001, págs. 492-95; VILLAGÓMEZ, Marco, “Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en el proceso penal”, en *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pág. 1.786 y “Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso penal: análisis jurisprudencial”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 5, 2001, pág. 90; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, 2ª ed., vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 195; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios ...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 737.

<sup>988</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 318. En sentido similar, entre otros: PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, Madrid, CGPJ, 1998, pág. 11 (versión electrónica); y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, pág. 755.

<sup>989</sup> Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 257.

amplio estudia como casos de “prueba anticipada sumarial” a la vía del artículo 730 LECRIM, según el cual ciertas actuaciones o diligencias sumariales podrían tener valor como material en que se funda la sentencia a condición de haberse respetado las principales garantías de contradicción y defensa en su ejecución y de ser leídas en el juicio oral. Al hilo de esta consecuencia, sobreviene de inmediato la otra: un concepto restringido de prueba anticipada nos conduciría a excluirla como excepción a la regla del artículo 741 LECRIM, puesto que se trataría de una auténtica prueba, sólo que practicada en un momento distinto al juicio oral, concretamente antes del inicio de las sesiones del mismo, pero con pleno respeto a la contradicción, publicidad, oralidad y sobre todo a la inmediación judicial, viéndose sólo afectado el principio de concentración procesal.

A continuación revisaremos brevemente los argumentos esgrimidos para defender una concepción amplia o restringida de la anticipación probatoria, para culminar con la exposición de nuestra propia postura sobre el tema.

#### **B) Argumentos a favor de un concepto restringido de anticipación de prueba**

Desde el punto de vista semántico, el Diccionario de la Lengua Española, señala que *anticipar* es “hacer que algo suceda antes del tiempo señalado o esperable, o antes que otra cosa”. De tal concepto se desprende que el elemento que varía entre lo que se anticipa y aquello que se realiza en el momento oportuno es sólo el factor temporal y no la naturaleza misma de la cosa anticipada. En consecuencia, la cosa anticipada permanece siendo la misma, la que en este caso concreto es “la prueba procesal”. Para recalcar este aspecto es que Guzmán Fluja

prefiere hablar de “anticipación de prueba” y no de “prueba anticipada”<sup>990</sup>.

En consecuencia, siguiendo este argumento semántico, lo que se *anticipa* no es otra cosa que la *prueba procesal*, la cual la hemos definido en este trabajo como la actividad procesal de las partes y del juez, por medio de la cual se busca obtener un estado subjetivo de convicción en este último acerca de la correspondencia de la afirmación de hecho con la realidad, alcanzada a través de medios probatorios obtenidos en forma lícita y practicados con estricto respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales durante el curso del juicio oral y bajo el imperio de los principios de contradicción, igualdad, inmediación, concentración y publicidad.

Si esto es así, la “prueba anticipada sumarial” no podría proceder porque, al menos, le faltaría la inmediación judicial que junto a la contradicción, igualdad, concentración y publicidad general son elementos esenciales del concepto que nos hemos dado de prueba procesal.

Por otra parte, se puede añadir otro argumento a favor de un concepto restringido de prueba anticipada que consideramos decisivo desde el punto de vista jurídico y dogmático. Ya hemos tenido oportunidad en otro apartado de este trabajo de marcar las claras diferencias existente entre averiguar y probar, señalando que la prueba no es averiguación, por cuanto primero debe procederse a averiguar ciertos hechos para luego formular afirmaciones con base en los resultados de

---

<sup>990</sup> Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 255.



esa investigación previa y, finalmente, se debe procurar la verificación de esas afirmaciones mediante lo que llamamos prueba procesal.

Llevada esta conclusión al ámbito que ahora nos ocupa, no podemos sino concluir que de prueba sólo puede hablarse en la fase de plenario pues sólo en ese momento encontramos iniciado el proceso penal propiamente tal y, especialmente, formuladas las afirmaciones que habrán de ser objeto de prueba procesal mediante los respectivos escritos de conclusiones provisionales. Antes de esta fase cabe incluso la incertidumbre de si va a haber o no juicio oral, aún no hay afirmaciones fácticas que probar y, en consecuencia, sólo puede haber actividad de averiguación de hechos o actos de investigación que no de prueba procesal<sup>991</sup>.

Cabe recordar aquí, siguiendo a Ortells, que no habiéndose aún formulado en fase sumarial las respectivas afirmaciones factuales que serán objeto de la prueba, las diligencias que se realicen durante la misma podrán ser inadecuadas a dicho objeto tanto por exceso como por defecto. Por exceso, porque se habrán realizado diligencias que luego devendrán impertinentes como pruebas; y por defecto, por un lado porque no se practicarán algunas otras diligencias que luego podrán ser de imprescindible realización a través de un medio de prueba durante el juicio oral y por otro, porque las partes y el Tribunal pueden constatar

---

<sup>991</sup> En este sentido, cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 320 y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 258. Ambos autores recogen, por cierto, las reflexiones previas sobre este punto de CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., págs. 38-39; SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba...*, cit., págs. 51 y 57-58; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., cit., págs. 264-65; y SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El juicio oral”, en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., págs. 766-67, entre otros.

que no extrajeron del medio probatorio practicado anticipadamente en fase sumarial todos los datos relevantes para sus intereses y para la resolución del caso a la luz de lo que resultó fijado como objeto de la prueba tras los escritos de calificaciones provisionales<sup>992</sup>.

La concepción restringida de la prueba anticipada parece encontrar asidero, además, en razones de texto. En efecto, los artículos 657 párrafo 3º y 781.1 párrafo 3º, ambos de la LECRIM, que regulan respectivamente, el contenido de los escritos de calificación provisional en el procedimiento ordinario y el contenido de la acusación en el procedimiento abreviado, exigen que sólo en tales escritos se contenga la solicitud de práctica anticipada de prueba. La primera de las normas citadas dispone que el Ministerio Fiscal y las partes en sus respectivos escritos de calificación podrán pedir además:

“[Q]ue se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión”.

El artículo 781.1 párrafo 3º de manera aún más explícita señala que en el escrito de acusación se podrá solicitar la *práctica anticipada* de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio. Por su parte, el artículo 784.2 LECRIM dispone que en el escrito de defensa se podrá solicitar la “práctica de prueba anticipada”.

Por otro lado, tal como apunta Guzmán Fluja, la concepción restringida de la prueba anticipada es, además, la que más se ajusta a la concepción jurídica de las garantías que deben rodear la producción de la

---

<sup>992</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 382-83.

prueba procesal. En la producción de la prueba anticipada en fase de juicio oral pero antes del inicio de las sesiones del mismo se respetarán todas las garantías procesales de contradicción, inmediación y publicidad, con la sola salvedad de la concentración, la cual se ve sacrificada, a juicio de este autor, por dos órdenes de justificaciones: a) necesidad de adquirir información cuando hay riesgo de perderla y b) evitar interrupciones o suspensiones evitables del juicio oral que igualmente rompen el principio de concentración<sup>993</sup>.

Muy ligado al tema de la protección de las garantías en la formación de la prueba procesal con virtualidad para destruir la presunción de inocencia, encontramos la circunstancia de que en varias de las actuaciones que la doctrina señala como casos de prueba anticipada sumarial no se encuentra totalmente garantizado el principio de contradicción, en tanto pueden llevarse a efecto aún antes de existir un imputado o procesado en el proceso y, aun existiendo, su asistencia resulta meramente facultativa. Así por ejemplo, el artículo 333 LECRIM, relativo a la inspección ocular del tribunal en fase de instrucción y el artículo 336 LECRIM, relativo al examen del cuerpo del delito en igual fase, señalan que el procesado “podrá” presenciar estas diligencias, ya sea solo o asistido por su defensor, con lo cual no sólo se podrá ver afectado el principio de contradicción, sino también el derecho a la defensa letrada, en tanto que del tenor literal de estas disposiciones no cabe concluir la suspensión de la diligencia por la ausencia justificada del procesado ni de su defensor. Otro tanto ocurre con la defensa letrada en el caso del artículo 449 LECRIM, relativo a la declaración de testigos en inminente peligro de muerte aunque, evidentemente, este último caso se

---

<sup>993</sup> Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 259-60.

trata de una hipótesis que presenta una situación extrema.

Con este último argumento de texto queremos significar que si incluyéramos en bloque todos estos casos en supuestos de prueba anticipada sumarial tendríamos, en consecuencia, que darle también en bloque eficacia probatoria a efectos de la sentencia sin analizar caso a caso las garantías que, además de la inmediación y concentración, efectivamente fueron afectadas en la práctica de la tal prueba.

Esta conclusión la creemos inadmisibles desde el punto de vista dogmático como asimismo pensamos que tampoco ha sido querida por el legislador, por lo que más allá de las expresiones que ocupe la ley, lo cierto es que parece más razonable desechar como “prueba” aunque sea anticipada aquellas diligencias de investigación a las que, además de la falta de inmediación y concentración, pudiera faltarle incluso la contradicción, especialmente en supuestos de una involuntaria ausencia del imputado o procesado o de su defensor.

Del mismo modo parece razonable inclinarse por la idea de que todos los casos o, al menos, aquellos en que además de la inmediación y concentración se ve afectada la contradicción y que la doctrina menciona como supuestos de prueba anticipada sumarial, se reconduzcan a la vía del artículo 730 LECRIM y sólo en dicha sede poder analizarlos casuísticamente desde el punto de vista de las garantías procesales para asignarles, también de manera casuística, eficacia conviccional a los fines de la sentencia.

La solución propuesta en el párrafo precedente a la cuestión de qué hacer con aquellas diligencias o actuaciones que la doctrina partidaria de un concepto amplio de prueba anticipada prevé como tal, en orden a reconducirlas todas a la vía del artículo 730, es la misma

conclusión a la que llegan autores como Martín Brañas que es abiertamente defensor de la prueba anticipada sumarial. El citado autor da al menos dos argumentos para defender su tesis: a) la expresa previsión que efectúa el legislador de diligencias sumariales con carácter de prueba anticipada, las cuales se diferenciarían de otras actuaciones sumariales en los especiales y mayores requisitos que se prevén para su producción; y b) la circunstancia que la finalidad de la prueba anticipada de la “búsqueda de la justicia material y la plena efectividad del *ius puniendi* estatal (...) es tan respetable en fase de juicio oral como en fase de instrucción”. Pero luego de dar estos dos argumentos, a la hora de fijar los mecanismos de introducción de esa prueba anticipada en fase de instrucción propone el del artículo 730 LECRIM, señalando que la utilización de tal vía no significa que tales actos de prueba “pierdan, por ello, su naturaleza de prueba anticipada”<sup>994</sup>.

Si a esta conclusión se llega defendiendo un concepto amplio de prueba anticipada, creemos que a idéntica solución se puede llegar defendiendo un concepto restringido de la misma y, en consecuencia, un concepto estricto de prueba procesal. De esta forma, es posible optar por mantener una noción restringida de prueba anticipada limitada exclusivamente a la fase de plenario, donde sólo se afecte la concentración procesal y no además la inmediación judicial, porque igualmente terminaremos por reconducir todos los supuestos casos de “prueba anticipada sumarial” a la vía del artículo 730 LECRIM, sólo que a estos eventos no se les llamaría prueba anticipada sino diligencias o actuaciones sumariales que, por cumplir con especiales garantías en su

---

<sup>994</sup> MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba anticipada en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 493-95 y nota núm. 39.

ejecución, pueden eventualmente llegar a constituir material de convicción en la sentencia por la vía de su lectura en el juicio oral *ex* artículo 730 LECRIM.

**C) Argumentos a favor de un concepto amplio de anticipación probatoria**

Con lo dicho en el apartado anterior creemos que es posible sostener un concepto restringido de prueba anticipada y mantener, como hemos señalado, un concepto también estricto de prueba procesal. Sin embargo, existe un aspecto que puede alterar esta conclusión y que dice relación con un rasgo distintivo de la prueba anticipada al que aún no nos hemos referido, a saber: la *previsibilidad racional* de la causa que motiva la eventual *irrepetibilidad* del medio probatorio en el juicio oral o, mejor dicho, la *previsibilidad racional* de la eventual *no disponibilidad* para el juicio oral de la fuente de prueba obtenida durante la fase de instrucción.

Recurriendo al Diccionario de la Real Academia nos encontramos con que *previsión* es la “acción y efecto de prever” o “la acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles”; mientras que *prever* es “ver con anticipación” o “disponer o preparar los medios contra futuras contingencias”; y *prevenir* es “preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin” o “anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción”. Finalmente, conforme al mismo Diccionario, *previsible* significa “que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales”.

El factor previsibilidad atraviesa la regulación expresa de esta clase de prueba en el Derecho Comparado<sup>995</sup> y también en el Derecho

---

<sup>995</sup> Así por ejemplo, especialmente los arts. 360 y 392 del CPPi.

español. Recordemos que el artículo 657, párrafo 3º LECRIM, relativo al procedimiento ordinario por delitos graves, dispone que en los escritos de calificaciones provisionales se puede pedir la práctica anticipada de diligencias probatorias cuando:

“[P]or cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión”.

También consideran la previsión de la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral o la posible suspensión de este último en el procedimiento abreviado, los artículos de la LECRIM números 777.2, que regula la prueba anticipada en fase de sumario y 781.1, párrafo tercero, para la fase de preparación del juicio oral; y en el procedimiento relativo al enjuiciamiento rápido de determinados delitos la exigencia de idéntica previsión viene impuesta por el artículo 797.2 LECRIM.

Consecuentes con la indicada regulación legal la previsibilidad es, además, apuntada por múltiples autores como elemento esencial de la prueba anticipada y, por tanto, diferenciador de otras figuras o actuaciones que, no obstante ser desarrolladas en fase de instrucción, pueden eventualmente llegar a adquirir valor probatoria a efectos de la sentencia<sup>996</sup>.

---

<sup>996</sup> Cfr., entre otros, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 388; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 172; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 45; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 286-87; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 324 y 336; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 84; MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit, pág. 738; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, 2ª ed., cit., pág. 267; y MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 472-73 y 484-85.

Sin perjuicio de que más adelante volveremos sobre el tema de la previsibilidad en la prueba anticipada, apuntemos en esta sede entre tanto que si la no disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral resulta ser *previsible racionalmente* en el momento de su obtención, esto es, por ejemplo, en fase sumarial, lo justo es que se tomen las providencias necesarias para, de una parte evitar que la dicha fuente se pierda y con ello no pueda alcanzarse el fin de justicia material y efectividad del *ius puniendi* estatal y, de otra, procurar el máximo de garantías en la práctica del medio probatorio al que la dicha fuente acceda, con la finalidad de equipararla de la mejor forma posible a la prueba del juicio oral.

El factor de la previsibilidad en la prueba anticipada es también recogido por la jurisprudencia constitucional al señalar que:

“[C]uando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada (...), aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, *sino tan sólo a aquellos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral*, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (...)”<sup>997</sup>.

Por otra parte, si ha de jugar algún papel la previsibilidad en la prueba anticipada, creemos que es principalmente el de constituirse en un factor diferenciador de tal prueba con otras diligencias que

---

<sup>997</sup> STC 217/1989 (Sala Primera), 21 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra (la cursiva es nuestra). En sentido similar: SSTC 182/1989 (Sala Primera), 3 de noviembre, FJ. 2º; 157/1995 (Sala Segunda), 6 noviembre, FJ. 2º; y 34/1996 (Sala Segunda), 11 marzo, FJ. 3º.



eventualmente pueden llegar a adquirir valor probatorio no obstante ser practicadas durante la fase de instrucción. Nos referimos concretamente a la posibilidad que otorga el artículo 730 LECRIM, puesto que dicha disposición exige como requisito para proceder a la lectura de diligencias sumariales que las causas de la “irreproducibilidad” sean *independientes de la voluntad de las partes* y, por tanto, siguiendo a Vegas Torres, sean *imprevisibles*. En efecto, el citado autor discurre sobre la idea de que si las causas de la eventual no disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral eran o podían razonablemente ser conocidas por la parte interesada al momento de su obtención en fase sumarial y ésta no propuso su práctica a través del mecanismo de la prueba anticipada, no es posible luego que, ya en fase de juicio oral, cuando la irreproducibilidad sea un hecho consumado, solicite la lectura de testificales rendidas en el sumario bajo la fórmula del artículo 730 LECRIM. En opinión de Vegas Torres, opinión con la que concordamos, en dicho caso el Tribunal no debe admitir la lectura de esas diligencias por no ser la imposibilidad de su reproducción en el juicio oral independiente de la voluntad del solicitante, puesto que la indicada prueba no se habrá practicado como anticipada en fase sumarial exclusivamente por una causa imputable a la parte que la solicita, siendo dicha causa la falta de una *razonable previsión*<sup>998</sup>.

Coincidimos, además, con Vegas Torres en estimar que si el Tribunal accede a la lectura por el artículo 730 LECRIM de una testifical sumarial cuya irreproducibilidad era previsible que se produciría en el juicio oral y que, no obstante ello, no se solicitó en su momento como anticipada, y procede a fundar su sentencia en dicha diligencia sumarial,

---

<sup>998</sup> Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 286-87.

vulneraría la presunción de inocencia<sup>999</sup> porque no se trataría de un caso excepcional de diligencia sumarial del 730 LECRIM ni tampoco sería prueba anticipada, con lo cual no habría ninguna razón legal para permitir que dicha diligencia adquiriera valor probatorio a efectos de la sentencia, con clara infracción a la regla del artículo 741 LECRIM y a las garantías procesales de contradicción, inmediación, publicidad y concentración que deben rodear la práctica de la auténtica prueba procesal con virtualidad para destruir la presunción de inocencia.

#### **D) Nuestro concepto de anticipación probatoria**

Con base en los argumentos expuestos en el apartado anterior resulta posible adscribirse a una noción amplia de anticipación probatoria. Sin embargo, fundándonos en esos mismos argumentos creemos también razonable alcanzar una solución intermedia en esta materia. No aceptamos totalmente un concepto amplio de prueba anticipada ni nos adscribimos a uno restringido. Pensamos que el concepto de prueba anticipada se ve cruzado por dos factores ineludibles: la eventual indisponibilidad de la fuente de prueba para la fase de juicio oral y la previsibilidad racional de dicha indisponibilidad. Ambos elementos han de ser, además, conjugados a la luz de las garantías procesales que pueden verse vulneradas con la práctica anticipada de la prueba y es aquí donde optamos por una postura intermedia, que puede encontrarse más cercana a la postura de quienes defienden una noción amplia de prueba anticipada pero que nosotros preferimos explicitar para que no quede ningún género de dudas acerca de nuestra opinión.

---

<sup>999</sup> Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 287.

De esta forma postulamos la existencia de las siguientes tres categorías de prueba anticipada:

a) Prueba anticipada en fase de sumario la que sería admisible exclusivamente si se ha producido con respeto al principio de contradicción y, por tanto, en su práctica sólo se ha afectado los principios de concentración e inmediación. Con esta afirmación no restamos *a priori y de manera tajante* cualquier eventual valor probatorio a diligencias sumariales que se hayan producido con intervención judicial pero con merma del principio de contradicción, sólo que no nos parece posible que en estos casos pueda hablarse de “prueba”, aunque sea anticipada, sino que preferimos referirnos a ellas como diligencias sumariales susceptibles de ser introducidas y eventualmente valoradas a efectos de la sentencia por la vía del artículo 730 LECRIM.

b) Prueba anticipada en fase intermedia la que sería admisible puesto que en su práctica se respetarían los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad, viéndose sólo afectado el de concentración.

c) Prueba anticipada en fase de plenario o propiamente tal, que sólo se distingue de la prueba del juicio oral por la falta de concentración.

De lo anterior derivan dos claras consecuencias:

1) Que sólo la hipótesis de la letra a) precedente puede considerarse una verdadera excepción a la regla del artículo 741 LECRIM, puesto que las otras dos hipótesis se producen con plena vigencia de los principios de contradicción, inmediación judicial, publicidad y oralidad, siendo sólo afectado el principio de concentración.

2) Cualquier diligencia o actuación realizada durante la fase de instrucción en cuya práctica no se ha dado cumplimiento al principio de contradicción por falta, por ejemplo, de imputado determinado o ausencia de letrado defensor, consideramos que no debe valer como prueba anticipada, pudiendo, en el mejor de los casos, sólo aspirar a ser introducida en el juicio oral por la vía del artículo 730 LECRIM y quedando condicionada la posible adquisición de valor probatorio a los requisitos establecidos por dicha norma y a un riguroso análisis de las garantías que rodearon la práctica de la diligencia cuya lectura se solicita.

En síntesis, nos adscribimos a la definición amplia de prueba anticipada dada al inicio de este apartado por Ortells, pero agregándole las siguientes características que, a nuestro juicio, restringen su ámbito de aplicación:

a) La prueba anticipada se trata de diligencias que se solicitan, practican y admiten en calidad de prueba procesal y, por tanto, con el objetivo de que sirvan para formar la convicción judicial<sup>1000</sup>.

b) Esta condición de “prueba procesal” deriva de la racional previsibilidad que ha de presidir su solicitud y que constituye, precisamente, el factor que determina que se solicite su práctica como prueba anticipada y que, en consecuencia, se procure el máximo de garantías procesales en su formación.

c) Siendo la anticipada una auténtica “prueba procesal” sólo se puede admitir que en su práctica se puedan ver afectados los principios

---

<sup>1000</sup> Cfr. MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 478 y 485.

de concentración y/o de intermediación judicial y no además el de contradicción.

Apuntar finalmente que alguna acogida podemos encontrar a nuestra tesis en la siguiente declaración del TC, contenida en su sentencia 182/1989 (Sala Primera), de 3 de noviembre, FJ. 2º, Ponente Vicente Gimeno Sendra:

“[D]e la anterior regla general [art. 741 LECRIM], tan sólo cabe exceptuar los supuestos de prueba (...) anticipada (...), que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos, con respecto de los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el juicio oral y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción”.

## **2. Finalidad de la prueba anticipada**

Tal como lo hemos señalado en los párrafos anteriores, la prueba anticipada busca evitar la pérdida de fuentes de prueba cuya indisponibilidad para el juicio oral resulta racionalmente previsible, además de apuntar a preservar el fin de la plena investigación de los hechos, la justicia material de la sentencia penal y la efectividad del *ius puniendi* estatal.

Hemos de señalar que los artículos 657, párrafo tercero y 777.2 y 797.2, todos de la LECRIM recogen en cierta forma todas las finalidades expuestas en tanto prevén como causa que posibilita la solicitud de prueba anticipada, incluso en la fase sumarial, el *periculum in mora* que incluye todas las situaciones de previsibilidad racional de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral. Sin embargo, las mismas normas agregan un segundo tipo de causa consistente en la circunstancia de ser previsible que la práctica del correspondiente medio

de prueba durante el juicio oral pudiera motivar su suspensión, causa esta última que no hace sino *preservar el principio de concentración del juicio oral*, impidiendo innecesarias suspensiones del mismo, siendo ésta, en consecuencia, la segunda finalidad perseguida por la prueba anticipada en el sistema procesal penal español.

Con todo, hemos de advertir que la mera circunstancia de que la práctica de la prueba pueda dar lugar a la suspensión del juicio oral no nos parece razón suficiente para que se practique anticipadamente la prueba en fase sumarial, no así en la fase de plenario o intermedia.

### **3. Presupuestos de la prueba anticipada sumarial**

Tal como lo hemos indicado precedentemente, en nuestra opinión la única y verdadera excepción a la regla del artículo 741 LECRIM en lo que a prueba anticipada se refiere, se encuentra constituida por esta clase de prueba cuando se lleva a cabo en fase sumarial, por lo que al estudio de esta sola alternativa de prueba anticipada nos dedicaremos a continuación.

Restringiendo de esta forma nuestro estudio, podemos señalar que la disciplina de la anticipación de prueba en fase de sumario descansa sobre dos presupuestos básicos:

- a) Indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral; y
- b) La previsibilidad racional de dicha indisponibilidad.

Si bien la necesaria conjunción de ambos requisitos puede considerarse presupuesto básico del instituto de la prueba anticipada, el factor previsibilidad es el que la doctrina califica como el más relevante a la hora de diferenciar la prueba anticipada de otras figuras como la

prevista en el artículo 730 LECRIM, que precisamente descansa sobre el elemento imprevisibilidad<sup>1001</sup>.

Con todo, cabe apuntar con Illuminati, que por más que se intente delimitar normativamente las hipótesis de irrepitibilidad del acto (indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio) y su previsibilidad, en la práctica el efectivo alcance de la normativa legal que regule esta materia debe remitirse a la elaboración jurisprudencial, dado que los conceptos de imposibilidad o irrepitibilidad y de previsibilidad son muy elásticos y reenvían a un juicio caso a caso, basados sobre criterios difícilmente predeterminables<sup>1002</sup>.

A continuación revisaremos cada uno de los presupuestos indicados.

---

<sup>1001</sup> Además de la doctrina española ya citada precedentemente, el factor previsibilidad es también apuntado como elemento esencial y diferenciador de la prueba anticipada de otras figuras de actos de instrucción que acceden al material de convicción del juzgador, en Italia, por: CORDERO, Franco, *Procedura penale*, 7ª ed., cit., pág. 865; PISAPIA, Gian Domenico, *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 1989, págs. 43-45; ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 691 y 709-10; FERRUA, Paolo, “Imputato e difensore nel nuovo processo penale”, en *Profili del nuovo processo penale*, Coord. GARAVOGLIA, Mario, Padova, CEDAM, 1988, pág. 69; LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, seconda ed., cit., págs. 274-75 y, del mismo autor, “I principio dell’oralità e del contraddittorio nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., pág. 681; ICHINO, Giovanna, “Gli atti irrepitibili e la loro utilizzabilità dibattimentale”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Giulio Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, págs. 112-14; MADDALENA, Marcello, “L’incidente probatorio”, en *Profili del nuovo processo penale*, Coord. GARAVOGLIA, Mario, Padova, CEDAM, 1988, pág. 109; GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori”, en *La prova nel dibattimento penale*, terza edizione, cit., págs. 226-27; y SCAPARONE, Metello, “Indagini preliminari e udienza preliminare”, en *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, Giovanni e GREVI, Vittorio, 3ª edizione, Padova, CEDAM, 2006, pág. 515.

<sup>1002</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 710.

## A) **Indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral**

En torno al primer supuesto, el relativo a la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, comúnmente agrupados en el género “actos irrepitibles”, la clave del tema es definir correctamente lo que ha de entenderse por “irrepetibilidad”, para luego revisar cuál de las hipótesis de “irrepetibilidad” hace procedente recurrir a la prueba anticipada, todo ello en atención a que se trata de una noción que no se encuentra definida por la ley y que posee una ya apuntada naturaleza “elástica”. Con todo, hemos de señalar que preferimos hablar de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, por considerarla técnicamente más correcta, pese a lo cual seguiremos refiriéndonos a la irrepetibilidad o imposibilidad, según nos remitamos a la doctrina italiana o a la del TS español.

En materia de irrepetibilidad la doctrina italiana ha sido profusa en la creación de diversas categorías, todas las cuales apuntan al momento en el que misma se evidencia. Así por ejemplo: a) Irrepetibilidad originaria e irrepetibilidad sobrevenida<sup>1003</sup>; b) Irrepetibilidad congénita y accidental<sup>1004</sup>; c) Irrepetibilidad estructuralmente congénita, siempre verificable *ex ante* e irrepetibilidad sobrevenida<sup>1005</sup>; y d) Irrepetibilidad intrínseca, no valorable *ex post* e irrepetibilidad sobrevenida<sup>1006</sup>.

---

<sup>1003</sup> Cfr. LOZZI, Gilberto, *Lezioni...*, cit., pág. 259 y en “I principio...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 680-81.

<sup>1004</sup> Cfr. CORDERO, Franco, *Procedura...*, 7ª ed., cit., pág. 877.

<sup>1005</sup> Cfr. FERRUA, Paolo, “Imputato e difensore nel nuovo processo penale”, en *Profili del nuovo processo penale*, cit., pág. 69.

<sup>1006</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 691.



Coincidimos con Ichino al considerar que toda esta distinta terminología apunta a precisar que la irrepitibilidad del acto puede caracterizarlo desde su nacimiento o solamente en un momento posterior, por el sobrevenir de particulares condiciones<sup>1007</sup>.

En España Miranda distingue entre imposibilidad de repetición absoluta y relativa o sobrevenida según si, respectivamente, la imposibilidad es inherente al medio probatorio propuesto o tiene lugar cuando tal medio es de los que generalmente se pueden practicar en la sede del tribunal durante el juicio oral, pero la concurrencia de una serie de circunstancias especiales impiden que, en el caso concreto, dicho medio pueda llevarse a la práctica. La primera categoría de irrepitibilidad se puede encontrar en el reconocimiento judicial de bienes inmuebles, mientras que la segunda es más propia de las pruebas personales, como el caso de un testigo impedido físicamente para acudir a las sesiones del juicio a prestar declaración<sup>1008</sup>.

Creemos que ambos tipos de “irrepitibilidad” pueden concurrir en el caso de la anticipación probatoria en tanto, sea que la irrepitibilidad caracterice al acto desde su nacimiento o sea que sobrevenga como consecuencia del devenir de circunstancias posteriores a su nacimiento, el factor realmente determinante para hacer procedente la prueba anticipada es la previsión de dicha irrepitibilidad.

Resulta interesante reseñar brevemente la actual doctrina del TS sobre el punto, que la misma prefiere denominar “imposibilidad”, como requisito para proceder a la prueba anticipada, dado que el Alto Tribunal

---

<sup>1007</sup> Cfr. ICHINO, Giovanna, “Gli atti irrepitibili e la loro utilizzabilità dibattimentale”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pág. 113.

<sup>1008</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 325.

ha debido replantearse esta noción restringiéndola, por una parte, en el caso de los testigos con residencia en el extranjero y ampliándola, por otra, para incorporar una nueva hipótesis de imposibilidad aplicable sólo a los menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. Esto último como imperativo de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989<sup>1009</sup>, recogido en España en el artículo 39.4 CE y en los artículos 11.2 y 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor número 1/1996, de 15 de enero y haciéndose eco de la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en su sentencia de 16 de junio de 2005, “Caso Pupino”. Esta nueva doctrina ha señalado que:

“A) En cuanto al alcance, de lo que significa la imposibilidad, la tradicional inclusión desde 1882 en el art. 448 de la LECr de los tres consabidos supuestos de muerte, incapacidad y ausencia de la Península, se ha visto ampliada por la referencia en el procedimiento abreviado a que, "por cualquier otro motivo", se prevea anticipadamente la imposibilidad (art. 777 de la LECr). Y por otra parte ciertos cambios legislativos modernos han conducido a una doble delimitación de direcciones contrarias:

a) De un lado se impone una restricción de la idea de "imposibilidad" por residencia en el extranjero, ya que de ser esto hace años un casi insalvable obstáculo para trasladarse a otro país con tiempo suficiente para testificar, ha pasado actualmente a ser problema menor por la facilidad y rapidez de los transportes y comunicaciones y por el desarrollo de normas de cooperación procesal entre los Estados que

---

<sup>1009</sup> Ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990.

regulan y facilitan extraordinariamente la asistencia recíproca internacional en el ámbito penal.

b) Por otro lado se impone también una ampliación de la idea de "imposibilidad" para testificar en Juicio Oral; ampliación en el sentido de que, junto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. Éste es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegida por la ley<sup>1010</sup>.

## **B) Previsibilidad racional de la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral**

Hemos señalado que el factor determinante para admitir la anticipación de prueba en la fase sumarial es la racional previsibilidad de la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, en tanto no nos parece suficiente razón para anticipar la prueba a esta fase la mera circunstancia de que su práctica durante el juicio oral pueda dar lugar a la suspensión de este último.

---

<sup>1010</sup> STS 96/2009, (Sala Penal), 10 marzo, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar, siguiendo la doctrina sentada en parte por las SSTs 429/2002, (Sala Penal), 8 marzo, FJ. 1º, Ponente D. José Jiménez Villarejo y 151/2007, (Sala Penal), 28 febrero, FJ. 1º, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta, en torno al adecuado equilibrio que debe encontrarse entre la específica protección del superior interés del menor víctima o testigo del hecho criminal y los derechos que en el proceso penal corresponden al acusado, particularmente aquel de oír los testimonios en su contra y formular preguntas al testigo de cargo (artículo 6.3 CEDH).

Es esta racional previsibilidad unida a la necesaria búsqueda de la justicia material y la plena efectividad del *ius puniendi* estatal lo que nos permiten aceptar que pueda considerarse prueba procesal a aquel material en cuya formación no concurren la inmediación judicial, la concentración ni eventualmente la publicidad general.

Las partes tienen la carga procesal de solicitar en fase sumarial una diligencia bajo la fórmula de prueba anticipada siempre que las causas de la eventual no disponibilidad de la fuente de prueba obtenida en dicha fase para el juicio oral sean o pueden ser razonablemente conocidas o previsibles por la parte interesada al momento de la obtención de la respectiva fuente. En tal caso, si no se solicita la diligencia como prueba anticipada y luego se pretende su lectura al amparo del artículo 730 LECRIM y el tribunal no solo admite tal lectura sino que, además, pondera dicha diligencia como material probatorio en su sentencia, no existe otra conclusión posible que estimar vulnerada la presunción de inocencia<sup>1011</sup>.

La conclusión es clara, pero el camino no lo es tanto. En efecto, la LECRIM no regula de manera sistemática la prueba anticipada y menos aún la llevada a cabo en fase sumarial, con lo cual tampoco existe una norma que regule la forma u oportunidad en que las partes puedan solicitar prueba anticipada en fase sumarial y si esto es así, la conclusión arriba expuesta y la previsibilidad no tendrían un camino cierto que recorrer para hacerse presente en esta fase.

Por lo tanto, la forma de la solicitud de prueba anticipada en fase sumarial es un extremo que ha de establecerse a través de un esfuerzo

---

<sup>1011</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 286-87.

interpretativo y una ampliación del sentido y alcance del artículo 311 LECRIM que señala, en su párrafo primero:

“El juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales”.

La utilización del medio previsto en el artículo 311 LECRIM, el cual puede ser usado a lo largo de todo el sumario, es el camino que creemos, siguiendo en ello a Martín Brañas<sup>1012</sup>, el único posible para tornar coherente la exigencia de racional previsibilidad que impone la prueba anticipada y la carga procesal de la parte interesada de hacer presente dicha previsión para que la probanza se efectúe anticipadamente en fase sumarial pero provista del máximo de garantías posibles a objeto de poder ser considerada prueba procesal a efectos de la sentencia.

Ya sabemos que para etapas posteriores, el medio adecuado para solicitar la anticipación probatoria sí que está previsto expresamente en la LECRIM, siendo éste el escrito de calificaciones provisionales y de conclusiones en el procedimiento ordinario según el art. 657.3 y en el escrito de acusación y el de defensa en el procedimiento abreviado según los artículos 781.1 párrafo 3º y 784.2 LECRIM.

#### **4. Régimen legal de la prueba anticipada en fase de instrucción**

##### **A) Intervención del órgano jurisdiccional en su práctica**

El primer requisito de la prueba anticipada en fase de instrucción es que en su práctica intervenga un órgano jurisdiccional, que en este caso será el Juez de Instrucción. Este requisito es contemplado, para el

---

<sup>1012</sup> Cfr. MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 498.

juicio ordinario, en los siguientes casos: a) Inspección ocular de los artículos 326 y siguientes de la LECRIM; b) Reconocimiento y peritaje de los artículos 334 y 336 LECRIM; c) Peritajes especiales de los artículos 350 y 356 LECRIM; d) Prueba testifical de los artículos 448 y 449 LECRIM; y e) Prueba pericial de los artículos 456 y siguientes de la LECRIM, especialmente el párrafo segundo del artículo 467 y artículos 471 y 476 del cuerpo legal citado, que regulan la práctica del peritaje en fase sumarial cuando éste no pueda tener lugar de nuevo en el acto del juicio oral.

La intervención del órgano jurisdiccional también es contemplada en similares casos en el procedimiento abreviado en la práctica de prueba anticipada en fase de diligencias previas. De esta forma la LECRIM contempla:

a) La inspección ocular en el artículo 777.1;

b) La práctica anticipada de prueba testifical en el caso del artículo 777.2; y

c) La práctica anticipada de prueba pericial del artículo 778.

En torno a la intervención del órgano jurisdiccional en la prueba anticipada en fase intermedia y de plenario, pese a que no estamos estudiando tales casos, tan sólo apuntemos que es claro que la práctica de tales pruebas se llevará a cabo ante el tribunal sentenciador, con lo cual la inmediatez judicial no se ve afectada, pero lo que no es tan claro es si debe ser todo el tribunal colegiado o basta con que se encomiende la diligencia a uno solo de sus miembros.

La doctrina no es conteste sobre el punto. Así, hay autores que consideran que dichas probanzas deben practicarse ante la totalidad de los miembros del tribunal sentenciador como única forma de dar cabal

cumplimiento a la exigencia de que la prueba ha de practicarse con inmediación judicial<sup>1013</sup>. Otros como Ortells, consideran, en cambio, que la prueba anticipada en estos casos puede practicarse indistintamente por el órgano sentenciador, un magistrado de éste o el órgano a quien corresponda prestar el auxilio judicial<sup>1014</sup>. Esta última opinión tiene claro asidero legal en el artículo 205.3 de la LOPJ que señala, entre las tareas asignadas al magistrado ponente en los tribunales colegiados, la de:

“Presidir la práctica de las pruebas declaradas pertinentes, siempre que no deban practicarse ante el Tribunal”<sup>1015</sup>.

Para aminorar los efectos de la falta de inmediación en la prueba anticipada sumarial en el procedimiento ordinario, creemos que una solución posible es la aplicación por vía de analogía a este tipo de procedimiento de los artículos 777.2 (procedimiento abreviado) y 797.2 (procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos), ambos de la LECRIM, que autorizan, para casos de prueba anticipada en fase de instrucción, la grabación de la diligencia en soporte audiovisual

---

<sup>1013</sup> En esta opinión se alinean, por ejemplo, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 102 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 326.

<sup>1014</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba. Valor de las diligencias sumariales”, en *La Ley del Jurado. Problemas de aplicación práctica*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 257.

<sup>1015</sup> Con todo, el tema no se encuentra completamente zanjado por la jurisprudencia, remitiéndonos para su análisis al estudio efectuado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel de la STS (Sala Segunda), de 12 de febrero de 1993, Ponente José Augusto de Vega Ruiz, que en su FJ. 4º señala que los artículos que autorizan esta delegación en un miembro del tribunal para la práctica de la prueba anticipada: “han de supeditarse, o incluso anularse en su caso por inconstitucionales, a aquéllos. Si se quiere mantener la vigencia de la contradicción en el proceso, si se quiere evitar la indefensión de parte o si se quiere, en fin, proclamar la tutela efectiva consustancial con el proceso justo en general, es imprescindible que, fuera de los supuestos de la instrucción, es el Tribunal en pleno el que ha de ver y oír, anticipadamente, lo que después ya otros ojos y oídos no van a poder percibir”, *La mínima...*, cit., págs. 327-28.

cuando por razón de la residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiere motivar su suspensión. Con la aplicación de estas normas consideramos que la falta inicial de una completa inmediación judicial puede ser subsanada o remediada con la reproducción del referido soporte audiovisual, lo cual nos parece una alternativa más realista que la defensa a ultranza de una inmaculada inmediación judicial.

## **B) Intervención de las partes y garantías constitucionales en su práctica**

Entre las garantías que han de rodear esta clase de prueba en fase sumarial, es evidente que no concurren la inmediación judicial, la publicidad general ni la concentración.

En lo referente a la intervención de las partes y al principio de contradicción en la formación de la prueba, ya hemos afirmado que de todos los supuestos a que dan lugar las diversas disposiciones legales relativas a la prueba anticipada en fase de instrucción, sólo admitimos como tal aquellos en que el principio de contradicción tiene plena vigencia y en las que el derecho de intervención de las partes prácticamente es el mismo que el que tendrían en el juicio oral.

Precisando nuestro estudio, a continuación analizaremos la suerte del principio de contradicción en los casos de prueba anticipada en fase de instrucción contemplados por la LECRIM para el procedimiento ordinario, centrando nuestra atención fundamentalmente en la participación que se atribuye en estas diligencias al inculpado, respecto de lo cual nos adscribimos a la opinión de Martín Brañas, quien a su vez sigue a Aguilera de Paz, en orden a la conveniencia de dar una



interpretación amplia al concepto de “procesado” que utilizan varias de las disposiciones legales que a continuación estudiaremos, entendiendo por tal no sólo al sometido a proceso, sino también al meramente inculcado e, incluso, “a todos aquellos que pueden llegar a ser parte en la causa y que en su día tendrán derecho a intervenir en el acto del juicio oral (sujetos sometidos a investigación pero que aún no han sido procesados)”<sup>1016</sup>.

**a) Reconocimiento judicial o inspección “ocular”**

Los artículos 326 y siguientes LECRIM regulan la diligencia de reconocimiento judicial fundamentalmente para aquellos casos en que el delito hubiese dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración. En todo caso la diligencia se extenderá por escrito en el acto mismo del reconocimiento el que será firmado por el Juez Instructor, el Fiscal, si asistiere al acto, el Secretario y las personas que se hallaren presente (artículo 332 LECRIM). Pero si al practicarse esta diligencia hubiere alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible o estuviere privada de libertad en razón de estas diligencias, el artículo 333 del mismo cuerpo legal citado dispone una serie de garantías que otorgan a esta diligencia el carácter de prueba anticipada<sup>1017</sup> en tanto constituyen manifestación del principio de contradicción en la formación de la prueba. Tales garantías se expresan en el derecho que tendrá este procesado: a) a presenciar la diligencia, ya sea solo o asistido por el

---

<sup>1016</sup> MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 505, 509 y 512. En idéntico sentido, GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., nota 419, pág. 277.

<sup>1017</sup> Como tal la califican MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 496-97; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 257.

defensor que eligiere o que le fuere nombrado de oficio; b) a hacer en el acto las observaciones que estime pertinentes; y c) a ser debidamente citado con la anticipación que permita la índole de la diligencia.

En todo caso, añade la citada norma, la falta de comparecencia del procesado o de su defensor no suspenderá la práctica de la diligencia. Sobre este último punto, echamos en falta una mayor explicitación de la norma en torno a la posible y razonable suspensión de la diligencia si la causa de incomparecencia del procesado o de su defensor resulta manifiestamente justificada. Decimos razonable suspensión porque es evidente que nos encontramos ante una diligencia que requiere de la máxima inmediatez temporal entre su práctica y el acaecimiento del hecho investigado.

**b) Prueba testifical**

El artículo 446 LECRIM dispone que al finalizar el interrogatorio de un testigo en fase de sumario, el Secretario judicial debe hacerle saber la obligación que tiene de comparecer a declarar ante el tribunal competente cuando se le cite para ello y de informar a la Oficina judicial cualquier cambio de domicilio que hiciere hasta ser citado al juicio oral, todo ello bajo los apercibimientos que la norma indica de multa o responsabilidad criminal. La LECRIM regula en esta materia dos posibles eventos:

a') Que el testigo manifieste su imposibilidad de concurrir al juicio oral por tener que ausentarse del territorio nacional o por existir motivo racional bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura de las sesiones del juicio (artículo 448 LECRIM).

b') Que el testigo se encuentre en inminente peligro de muerte (artículo 449 LECRIM).

En ambos casos la ley prevé una serie de garantías dirigidas a proteger el contradictorio en la formación de esa prueba. De esta manera el artículo 448 LECRIM, norma aplicable por remisión al caso regulado en el artículo 449 de la misma ley, ordena al juez instructor mandar “practicar inmediatamente la declaración, *asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes*”. Para hacer posible esta garantía, la norma ordena al Secretario judicial que haga saber al reo que nombre abogado dentro de veinticuatro horas, o de lo contrario se le nombrará uno de oficio para que lo asista en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el juez debe recibir juramento y volverá a examinar al testigo, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, pudiendo éstos hacer cuantas preguntas tengan por conveniente, salvo que el juez las considere manifiestamente impertinentes. Por vía de excepción, el artículo 449 LECRIM dispone que la declaración del testigo en inminente peligro de muerte podrá llevarse a cabo aunque el procesado no pudiese ser asistido por Letrado.

En lo demás, la prueba testifical se llevará a cabo con la presencia del procesado y de su abogado defensor y del Fiscal y querellante, si quisieren asistir al acto, todo ello bajo la fórmula del interrogatorio cruzado por aplicación analógica de los artículos 708 y 709 LECRIM, reguladores de la testifical en el juicio oral y por disponerlo así, además, los artículos 6.3 d) del CEDH y 14 núm. 3 letra e) del PIDCP, exigencia respaldada por una amplia jurisprudencia del TEDH y del TC ya citada en este trabajo.

Únicamente apuntar que echamos en falta nuevamente una mayor explicitación de la ley en torno a la posible suspensión de la diligencia en caso de justificada inasistencia del procesado en las hipótesis de los artículos 448 y 449 LECRIM; mientras que no podemos sino concluir, a *contrario sensu* de lo dispuesto en el artículo 449, que la ausencia del abogado defensor en las hipótesis del artículo 448, sería causa de suspensión de la diligencia, lo cual nos parece una adecuada manera de garantizar el contradictorio en la formación de esta prueba testifical anticipada.

Las mayores críticas se dirigen a la previsión del artículo 449 LECRIM, en orden a admitir la posibilidad de que la testifical anticipada del testigo en peligro inminente de muerte pueda llevarse a cabo sin la presencia del abogado del procesado, lo cual constituye claramente una merma al derecho de defensa, restándole legitimidad a la testifical practicada en esas circunstancias. Ahora bien, concordamos con la opinión de Martín Brañas en orden a que esta previsión legal no es sino fruto de una opción legislativa ante la situación extrema planteada por la norma, debiéndose en este caso impedir cualquier clase de interpretación flexible del supuesto de hecho “inminente peligro de muerte” y exigiendo la lectura de la diligencia en el acto del juicio oral a los fines de permitir la actuación concreta del *contradictorio sobre la prueba* practicada, pudiendo la defensa del acusado efectuar todas las aclaraciones y observaciones que dicha prueba le merezcan<sup>1018</sup>.

Con todo, otra opción válida y que bien pudiera ser trasladada a la legislación española cuando se afronte una reforma tendente a dotar a la

---

<sup>1018</sup> MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 506-07.

figura de la prueba anticipada de un tratamiento conjunto y sistemático, es la adoptada por el artículo 403 CPPi que señala que las pruebas producidas en el incidente probatorio sólo serán utilizables en el juicio oral contra los imputados cuyos defensores han participado en su asunción.

La más reciente doctrina del TS recoge una buena síntesis de los requisitos de la prueba testifical anticipada en fase sumarial, señalando que éstos son:

“a) [E]n cuanto al presupuesto condicionante: que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península;

b) En cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor — salvo el supuesto del art. 449 — y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; y

c) En cuanto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba (...); exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción. Así lo evidencia además que lo exija el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir

de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad”<sup>1019</sup>.

**c) Prueba pericial**

De conformidad al artículo 456 LECRIM, el juez podrá acordar informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesario o convenientes conocimientos científicos o artísticos. Por su parte el artículo 466 LECRIM dispone que el nombramiento del perito efectuado por el juez será notificado por el Secretario judicial inmediatamente al Ministerio Fiscal, actor particular, si lo hubiere, al procesado, si estuviere a disposición del Juez o se encontrare en el mismo lugar de la instrucción, o a su representante si lo tuviere.

De esta diligencia nos interesa la hipótesis prevista en el párrafo segundo del artículo 467, relativa al caso en que el reconocimiento e informe pericial no pudiere reproducirse en el juicio oral, pues sólo esta es la hipótesis constitutiva de prueba anticipada, en el resto esta diligencia no pasa de ser un acto de investigación o averiguación<sup>1020</sup>.

En este caso las partes tienen los siguientes derechos de intervención: a) Recusar al perito o peritos nombrados por el Juez de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 469 y 470 LECRIM (art. 467 párrafo 2º LECRIM); b) Nombrar a su costa un perito que

---

<sup>1019</sup> SSTS 96/2009, (Sala Penal), 10 marzo, FJ. 3º y 192/2009, (Sala Penal), 24 febrero, FJ. 4º, actuando en ambas como Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

<sup>1020</sup> Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, cit., pág. 219; ORTELLS RAMOS, Manuel, *El proceso penal abreviado*, cit., pág. 133 y “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 257; y MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pág. 496.

intervenga en el acto de reconocimiento (art. 471 LECRIM); c) Concurrir al acto de reconocimiento pericial, tanto el querellante, si lo hubiere, con su representación, y el procesado con la suya aún cuando estuviere preso, en cuyo caso el Juez adoptará las precauciones oportunas (art. 476 LECRIM); d) Si asisten al acto del reconocimiento, podrán las partes hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes, haciéndolas constar en la diligencia (art. 480 LECRIM); y e) Las partes que asistan al reconocimiento podrán, por intermedio del juez, hacerle preguntas y pedirle aclaraciones al perito respecto de las conclusiones que emita (art. 483 LECRIM).

**C) Forma de introducir la prueba anticipada sumarial al juicio oral**

Tal como lo hemos apuntado con anterioridad, sólo admitimos como “prueba anticipada” en fase sumarial aquella en cuya producción se ha respetado el principio de contradicción, afectándose exclusivamente los de concentración e inmediación.

Partiendo de este supuesto, consideramos que ya que se trata de una prueba que se practica antes de formularse las afirmaciones fácticas que serán objeto de la actividad probatoria en el juicio oral, creemos que la manera que mejor garantiza la mayor efectividad del contradictorio en la formación de la prueba, será la introducción de estas diligencias mediante la *efectiva lectura del acta* que las consigne o, en su caso, la *efectiva reproducción del soporte audiovisual* sobre todo tratándose de una testifical (artículos 777.2 y 797.2 LECRIM), lectura o reproducción

que permitirán a las partes efectuar las observaciones que consideren oportunas tendentes a superar alguna eventual inadecuación de la prueba anticipada practicada en fase sumarial con el objeto de la prueba que se ha determinado para el juicio oral<sup>1021</sup>.

Sólo como apunte, creemos que si la fase intermedia se considera iniciada antes de las calificaciones provisionales en el supuesto que sea admisible dentro de la estructura del procedimiento ordinario, la introducción en el juicio oral de pruebas anticipadas en esta fase tendrá que efectuarse también a través de la efectiva lectura del acta, como paliativo de posibles inadecuaciones de aquella prueba con el objeto de prueba fijado para el juicio oral. En otro caso, o sea, si se considera que la fase intermedia comienza después de efectuarse las calificaciones provisionales, tal inadecuación ya no será factible, con lo cual sólo bastaría la agregación del acta a los documentos que el tribunal puede analizar por sí mismo (art. 726 LECRIM), no siendo necesaria su lectura en tanto se habrá respetado la contradicción e inmediación judicial en su práctica.

Esta última solución también resultaría aplicable tratándose de prueba anticipada llevada a cabo en fase de plenario pues, como ya hemos advertido, en la prueba anticipada en fase intermedia y de plenario sólo se ve afectado el principio de concentración, más no los de inmediación y contradicción.

Con todo, en el caso de la prueba pericial, es posible concluir que nada impide que el perito asista a las sesiones del juicio para someterse al

---

<sup>1021</sup> En el mismo sentido, cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 258.



interrogatorio de las partes, sobre todo atendido la fungibilidad de esta clase fuentes de prueba, salvo que el perito sea el único experto y que la prueba se haya anticipado no tanto por la eventual desaparición o destrucción del objeto periciado, sino que, además o sobre todo, en razón de asistirle a este perito único e irremplazable alguna circunstancia constitutiva de indisponibilidad relativa o sobrevenida a semejanza de algunas de las contempladas para la anticipación de la prueba testifical.

#### **D) Valor probatorio**

Si se han cumplido todas las previsiones legales que hemos estudiado y, en consecuencia se ha dado plena cabida al principio de contradicción en la formación de la prueba anticipada en fase sumarial, lo cierto es que no encontramos inconvenientes para concluir que dicha probanza tendrá *el mismo valor que la prueba del juicio oral*<sup>1022</sup>. Con todo, es necesario hacer presente que todo el sector de la doctrina que niega la existencia de prueba anticipada en fase sumarial, restringe obviamente esta conclusión sólo a la prueba anticipada que ha tenido lugar en la fase intermedia y en la de plenario<sup>1023</sup>.

Sin embargo, es importante dilucidar qué ocurrirá con el valor probatorio de la prueba anticipada en general, si al tiempo de celebrarse el juicio oral el impedimento que tornaba indisponible la fuente de

---

<sup>1022</sup> En este sentido, entre otros, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 175; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 41; VILLAGÓMEZ, Marco, “Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en el proceso penal”, en *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, T. II, cit., pág. 1787; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 83; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 743.

<sup>1023</sup> Así, por ejemplo, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 331 y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 259.

prueba para el juicio oral ha desaparecido al iniciarse las sesiones del mismo. La doctrina no se encuentra conteste en el punto. Así, por ejemplo, Martín Brañas considera que la validez de la prueba anticipada vale bajo la condición resolutoria de la desaparición de las circunstancias que la fundamentaron, de forma tal que si éstas han desaparecido al tiempo de iniciarse las sesiones del juicio oral, deberá dejarse sin efecto la prueba practicada anticipadamente y procederse a su práctica bajo el régimen del artículo 741 LECRIM, todo ello como única manera de respetar el carácter extraordinario y, por tanto, esencialmente excepcional del régimen de anticipación probatoria. Sin perjuicio, añade el autor, de otorgarle una cierta eficacia a los efectos del artículo 714 LECRIM<sup>1024</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TS, señalando expresamente como uno de los requisitos de la prueba testifical anticipada rendida en fase sumarial al amparo del artículo 448 LECRIM, el siguiente:

“d) [Q]ue además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LEC”<sup>1025</sup>.

Sin embargo, más realista y coherente con el principio de economía procesal nos parece la opinión sostenida por Ortells, en orden a

---

<sup>1024</sup> MARTÍN BRANAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., pág. 502.

<sup>1025</sup> SSTS 96/2009, (Sala Penal), 10 marzo, FJ. 3º y 192/2009, (Sala Penal), 24 febrero, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

que en el evento de desaparición de las circunstancias que hicieron procedente la prueba anticipada al momento de iniciarse la vista oral, sólo debiera durante las sesiones del juicio llevarse a cabo una complementación de la prueba practicada anticipadamente<sup>1026</sup>, lo cual a nuestro juicio permitiría no restarle completa eficacia a la prueba practicada previamente pero sí adecuarla, sobre todo si lo fue en fase sumarial, al objeto de la prueba que fue fijado con posterioridad a su práctica, tras las calificaciones provisionales y conclusiones o defensas.

Una solución como la apuntada creemos conjuga de manera equilibrada la economía procesal y la eficiente utilización de los medios humanos y materiales al interior del proceso con el respeto del principio de contradicción en la formación de la prueba, dado que la posible complementación en el juicio oral del medio de prueba practicado anticipadamente debiera proceder a instancia de las partes y en la medida que éstas lo consideraren conveniente, necesario u oportuno. Con todo, consideramos imprescindible que de igual manera se proceda siempre a la lectura o reproducción del acta o soporte audiovisual de la prueba anticipada.

En línea con esta postura, pero matizándola, se encuentra Díaz Cabiale quien postula no una solución única sino un análisis casuístico de acuerdo al siguiente esquema:

a) Prueba anticipada en fase de juicio oral: dado que en su práctica se ha respetado la inmediación y la contradicción, el autor señala que es relativa la necesidad de volver a practicarla en el juicio oral y también lo es la necesidad de su lectura. De esta manera será preciso para volver a

---

<sup>1026</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*,

practicarla en el juicio no sólo demostrar la pertinencia de la prueba sino también su necesidad. Y, en cuanto a su posible lectura en el juicio, considera el autor que siempre procede para aclarar algunos aspectos de esa prueba a la luz de otros medios probatorios practicados en el juicio.

b) Prueba anticipada en fase de sumario o fase intermedia: refiriéndose a los supuestos de prueba anticipada en fase de sumario en los procedimientos ordinario y abreviado (diligencias previas) y en la fase intermedia de este último tipo de procedimiento, en todos los cuales se ha afectado la inmediación, es aconsejable a juicio del citado autor la práctica del medio de prueba bastando para ello sólo argumentar su pertinencia<sup>1027</sup>.

## **5. Propuestas de *lege ferenda***

Con base al análisis que hemos efectuado de la figura de la prueba anticipada sumarial en la legislación española, creemos necesario señalar que se trata de una materia que se encuentra deficientemente regulada en esta legislación, considerando al respecto que debiera asumirse una modificación a esta normativa que bien pudiera contemplar algunos de los siguientes aspectos:

a) Regular de manera unificada la prueba anticipada, incluyendo la sumarial, con el establecimiento de las precisas oportunidades en que se pueda solicitar, el procedimiento a seguir y las garantías que la presidirán.

b) Establecer causas genéricas semejantes a las del incidente probatorio italiano reguladas taxativamente en el artículo 392 comas 1 y

---

Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 258.

<sup>1027</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 238-40.

1 *bis* CPPi<sup>1028</sup>. Con todo, es necesario aquí recordar los dichos de Illuminati en torno a que el alcance de la normativa legal que regule esta materia debe remitirse a la elaboración jurisprudencial, dado que los conceptos de imposibilidad o irrepitibilidad y de previsibilidad son muy elásticos y reenvían a un juicio caso a caso, basados sobre criterios difícilmente predeterminables<sup>1029</sup>. Y sobre el mismo punto viene al caso

---

<sup>1028</sup> El citado coma 1 del artículo 392 CPPi contempla siete letras relativas a los casos en que procedería el incidente probatorio, los cuales han sido sistematizados por LOZZI, Gilberto, *Lezioni...*, cit., pág. 275, como sigue: 1) La prueba, cuyo aplazamiento al juicio podría hacer imposible su adquisición [letras a), c) d) y e)]; 2) La prueba susceptible de contaminación [letras b), c), d) y e)]; 3) La prueba cuyo objeto es susceptible de modificaciones (letra f); 4) La prueba, cuya adquisición no sea compatible con el principio de concentración de la fase del juicio (es la hipótesis prevista en el coma 2ª del art. 392), de la pericia que, si fuese dispuesta en el juicio, podría determinar una suspensión superior a 60 días); y 5) El reconocimiento, que particulares razones de urgencia no consienten de aplazar hasta el juicio (letra g). Por su parte, el coma 1 *bis* del artículo 392 CPPi, modificado por el artículo 9.1 letra b) del D. L. 23 febrero de 2009, señala: “Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601 e 602 del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1”. Los delitos a los que se refiere la norma del artículo 392.1 *bis* CPPi se encuentran todos incluidos en el Libro II del *Codice Penale* italiano, “De los Delitos en particular” y son los siguientes: a) *delitos contra la familia* y concretamente, entre los delitos contra la asistencia familiar, el del art. 572, violencia intrafamiliar o hacia niños; b) *delitos contra la libertad individual*, concretamente los *delitos contra la personalidad individual* previstos en el *Codice Penale* en los arts. 600, reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre; 600 bis, prostitución de menores; 600 ter, pornografía infantil; 600-quater, tenencia de material pornográfico; 600-quinquies, iniciativa turística dirigida a la prostitución infantil; 601, trata de personas; y 602, compra y enajenación de esclavos; c) *delitos contra la libertad personal*, concretamente los previstos en los artículos 609-bis, violencia sexual; 609-quater, actos sexuales con menores; 609-quinquies, corrupción de menores; y 609-octies, violencia sexual de grupos; y d) *delitos contra la libertad moral*, concretamente el del art. 612-bis, actos persecutorios.

<sup>1029</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 710.

también citar la opinión de Lozzi que, comentando la previsión taxativa del artículo 392 CPPi, señala que tal taxatividad no logra exorcizar el peligro de que el incidente probatorio desborde su carácter excepcional, puesto que algunas de las situaciones idóneas para justificar tal incidente comportan el ejercicio de una notable discrecionalidad<sup>1030</sup>.

c) Establecer precisos y claros sistemas de citación al “procesado” y contemplar la suspensión de la diligencia ante la eventual ausencia justificada del mismo y, sobre todo, de su defensor.

d) Establecer una disposición semejante a la del artículo 403 CPPi<sup>1031</sup> en la cual se prescriba que no podrá fundar la condena del procesado la prueba anticipada en cuya asunción éste y especialmente su defensor no pudieron participar o asistir a la diligencia por motivos justificados, como por ejemplo, porque aún ni siquiera era imputado en la causa.

e) Regular de manera expresa la suerte que debe correr el valor probatorio de la prueba anticipada en general y en especial la sumarial, en todos aquellos eventos en los que al tiempo de celebrarse el juicio oral el impedimento que tornaba indisponible la fuente de prueba para el juicio oral ha desaparecido al iniciarse las sesiones del mismo, a fin de

---

<sup>1030</sup> LOZZI, Gilberto, *Lezioni...*, cit., págs. 275-76.

<sup>1031</sup> La prueba asumida con el incidente probatorio regulado en el CPPi es *plenamente utilizable en sede de juicio*, de hecho sus actas se encuentran incluidas en el *fascicolo per il dibattimento* (art. 431 letra e), pero existen dos importantes reglas limitadoras al respecto: a) La utilizabilidad de esta prueba a los fines de la decisión sólo es consentida en las confrontaciones de los imputados cuyos defensores han participado en su asunción (art. 403.1 CPPi); y b) Estas pruebas no son utilizables en las confrontaciones del imputado alcanzado sólo después del incidente probatorio por indicios de culpabilidad si el defensor no ha participado en su asunción, salvo que los indicados indicios hayan aparecido después que la repetición del acto haya devenido imposible (art. 403.1 bis CPPi).

que la materia tenga una única solución legal y no varias propuestas por la jurisprudencia o doctrina científica.

### **III. ANTICIPACIÓN DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL DE CHILE**

#### **1. Concepto, oportunidad y finalidad de la prueba anticipada**

El CPPCh regula expresamente la anticipación probatoria en sus artículos 191, 191 *bis*, 192 y 280, normativa conforme a la cual la prueba anticipada puede tener lugar en las fases de investigación, de preparación de juicio oral e incluso de juicio oral hasta antes del inicio de la audiencia de juicio.

Los rasgos comunes que reconoce la prueba anticipada, cualquiera sea la fase en que se practique, se encuentran constituidos por practicarse ante el Juez de Garantía y por contemplar en su desarrollo la intervención de todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes podrán ejercer todas las facultades previstas por la ley para su participación en la audiencia de juicio oral. De ahí que, preliminarmente, podamos señalar que en torno a las garantías de práctica de la prueba procesal existe en la anticipación de prueba regulada en el CPPCh pleno respeto a las garantías de contradicción, oralidad y publicidad, afectándose sólo la intermediación del tribunal sentenciador y la concentración de la audiencia del juicio oral.

También hemos de advertir que, si bien esta materia se encontraba prevista en el proyecto original, su regulación inicial por el CPPCh promulgado en 2000 ha sido objeto de algunas importantes modificaciones dirigidas, fundamentalmente, a ampliar los supuestos de anticipación probatoria y aclarar la oportunidad en que puede solicitarse y rendirse.

En cuanto al concepto de anticipación probatoria, podemos señalar que la polémica suscitada en España en torno a una concepción amplia o restringida no tiene cabida en Chile por dos órdenes de razones. El primero, probablemente el más relevante, deriva de la circunstancia de que el CPPCh regula de manera expresa la prueba anticipada, haciéndola procedente en las tres fases del procedimiento ordinario por crimen o simple delito: investigación, preparación del juicio oral y juicio oral hasta antes del inicio de las sesiones del juicio. Ante esta regulación legal, la única opción en el sistema chileno es una concepción amplia de la anticipación probatoria, que incluye expresamente la fase de investigación.

Por otra parte, tal como lo hemos comentado, en la prueba anticipada regulada en el CPPCh, cualquiera sea la fase en que se practique, se prevé la intervención del Juez de Garantía y no la del TJOP, con lo cual las hipótesis de anticipación probatoria en fase de investigación, de preparación del juicio oral y especialmente en la de juicio oral constituyen excepciones a la regla que erige al juicio oral como momento central en la práctica de la prueba procesal, ocasionándose en todas ellas idéntica merma del principio de inmediación judicial.

El segundo orden de razones surge de la constatación de que, aún si la regulación del CPPCh sobre esta materia no fuera tan precisa y expresa, la propia estructura del sistema procesal penal chileno impide cualquier tipo de confusiones entre actos de investigación y de prueba, toda vez que la tarea de investigar en este sistema se encuentra entregada exclusivamente a un órgano administrativo como lo es el Ministerio Público. La falta de intervención del órgano jurisdiccional en las actuaciones de investigación no permita ni remotamente asignar a una



actuación de esta clase alguna eficacia probatoria, que es una de las circunstancias que da pie en España para intentar otorgar dicha eficacia a actuaciones de investigación practicadas con intervención del juez de instrucción. Las declaraciones de testigos ante el Ministerio Público y otras diligencias realizadas por este órgano durante la investigación jamás podrían adquirir el valor de prueba anticipada porque se tratan tan sólo de actuaciones llevadas a cabo ante un órgano meramente administrativo que, además, es una de las partes en el proceso penal y sin intervención de un tribunal que otorgue una mayor garantía de imparcialidad.

En cuanto a la finalidad de la prueba anticipada en Chile, la misma no puede sino perseguir las finalidades propias de la anticipación probatoria en general, como son evitar la pérdida de fuentes de prueba cuya indisponibilidad para el juicio oral resulta racionalmente previsible, además de apuntar a preservar el fin de la plena investigación de los hechos, la justicia material de la sentencia penal y la efectividad del *ius puniendi* estatal. Estas finalidades se encuentran recogidas en las disposiciones que regulan la prueba anticipada en el CPPCh, específicamente en las distintas situaciones de *periculum in mora* que prevén cada una de estas normas.

Con todo, en los trabajos parlamentarios del CPPCh no hay constancia sobre la existencia de algún debate en torno a la introducción de la figura de la anticipación probatoria ni referencia alguna acerca de las finalidades que la misma persigue. Sobre el punto, sólo hay referencia a la finalidad perseguida por la específica hipótesis del artículo 191 *bis* CPPCh que hace procedente la anticipación de la prueba testimonial en la fase de investigación respecto de testigos que sean menores de 18 años y hayan sido víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro

Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal, relativos a violación, estupro y otros delitos sexuales. Sin perjuicio de que más adelante analizaremos esta hipótesis en detalle, adelantemos que la misma sólo fue introducida al CPPCh por la ley 20.253 de 2008<sup>1032</sup>, persiguiendo como finalidad genérica la protección del menor a la vez que evitar su doble victimización.

## **2. Presupuestos de la anticipación probatoria**

El sistema instaurado por el CPPCh de 2000 recoge plenamente la experiencia positiva comparada y la doctrina científica sobre anticipación probatoria, haciendo descansar su procedencia sobre los dos ya apuntados presupuestos básicos relativos a la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral y la previsibilidad racional de dicha indisponibilidad. Cabe añadir que en su condición de *presupuestos* de la anticipación probatoria, su concurrencia copulativa es exigida por el CPPCh, cualquiera sea la fase del procedimiento en que se solicita y practique.

A continuación realizaremos un estudio general de estos presupuestos en el CPPCh, para luego centrarnos en el específico régimen legal de la prueba anticipada según la fase procedimental en que tiene lugar.

### **A) Indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral**

La prueba anticipada en Chile requiere para su procedencia que la respectiva fuente personal de prueba no se encuentre disponible para la

---

<sup>1032</sup> Ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías, promulgada el 11 de marzo de 2008 y publicada en el D.O. el 14 del mismo mes y año ([www.congreso.cl](http://www.congreso.cl)).

audiencia de juicio oral en razón de las causas que el CPPCh contempla expresamente, alguna de las cuales son de aplicación general, es decir, aplicables cualquiera sea la fase del procedimiento de que se trate, mientras que otras son específicas de una determinada fase, como a continuación pasamos a revisar.

**a) Prueba anticipada en fase de investigación**

De acuerdo a la normativa contemplada en los artículos 191, 191 *bis* y 192 CPPCh, la anticipación probatoria en esta fase procede siempre que la respectiva fuente personal de prueba no se encuentre disponible para la audiencia de juicio oral, en razón de alguna de las siguientes causas:

a) Que deba ausentarse a larga distancia (artículo 191).

b) Que exista motivo para “temer la sobreviniencia<sup>1033</sup> de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante” (artículo 191).

c) Que se trate de un menor de 18 años que fuere víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal, relativos a violación, estupro y otros delitos sexuales (artículo 191 *bis*).

d) Que se encuentre en el extranjero y no pueda aplicarse lo previsto en el inciso final del artículo 190 CPPCh<sup>1034</sup> (artículo 192).

---

<sup>1033</sup> Si bien advertimos que la palabra “sobreveniencia” no existe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, debiendo ser reemplazada más bien por la palabra “sobrevvenida”, lo cierto es que nos permitiremos seguir usándola en el texto sólo para ajustarnos al tenor literal del artículo 191 CPPCh.

<sup>1034</sup> El inciso final del artículo 190 CPPCh dispone que tratándose de testigos que fueren empleados públicos o de una empresa del Estado, el organismo público o la

Sobre estas causas podemos efectuar los siguientes comentarios:

1) Como se puede apreciar todos los supuestos indicados precedentemente constituyen hipótesis, en la terminología de Miranda Estrampes, de imposibilidad de repetición de la respectiva declaración de carácter *relativa o sobrevenida*, puesto que hacen referencia a circunstancias especiales que afectan a la particular fuente de prueba personal para asistir al concreto juicio oral pero que no son inherentes o congénitas de la prueba testifical<sup>1035</sup>.

2) Sólo los supuestos de las letras a) y b) precedentes fueron los contemplados por el proyecto original como hipótesis de anticipación probatoria, considerando como fuentes al artículo 285 CPPMI y §223 StPO<sup>1036</sup>.

En torno al supuesto de la letra c) precedente, contemplado en el artículo 191 *bis* CPPCh, debemos reiterar que sólo fue introducido al Código en el año 2008 mediante la ley núm. 20.253 e indicar que, en todo caso, se trató de una hipótesis que no estaba contemplada en el proyecto de esta última ley presentado por el Ejecutivo al Congreso

---

empresa respectiva debe adoptar las medidas correspondientes, las que serán de su cargo si irrogaren gastos, para facilitar la comparecencia del testigo, sea que éste se encuentre en Chile o en el extranjero.

<sup>1035</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 325.

<sup>1036</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 420. La causa contemplada en el artículo 285 CPP Modelo para la anticipación de prueba se refiere genéricamente a la circunstancia de que al respectivo “órgano de prueba” le afecte “algún obstáculo difícil de superar” que haga presumir que no podrá concurrir al debate; mientras que el § 223 StPO contempla la circunstancia de que el testigo o perito no pueda comparecer en la vista a causa de “enfermedad, debilidad u otro impedimento irremovible” o por encontrarse a gran distancia. Cfr. esta última referencia en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso...*, cit., págs. 164 y 353.

Nacional. El artículo surgió de dos indicaciones parlamentarias que contemplaban como supuestos para hacer procedente la prueba anticipada la minoría de edad y la circunstancia de ser el menor de edad víctima de delitos de connotación sexual. Las razones que se esgrimieron para incorporar este artículo dijeron relación con la posibilidad cierta de que el menor de edad pudiera ser objeto de presiones o coacciones en el tiempo que mediara entre sus primeras declaraciones en fase de investigación y las del juicio oral por parte del hechor o de sus parientes; los posibles olvidos de los hechos; y evitar la doble victimización que acarrea para el menor de edad el tener que declarar en varias ocasiones y ante el propio acusado, fundamentalmente cuando ha sido víctima de un delito de connotación sexual<sup>1037</sup>. Finalmente se aprobó por unanimidad de la respectiva Comisión parlamentaria incorporar el actual artículo 191 *bis* CPPCh en los términos que más adelante revisaremos pero que, como podemos apreciar, requiere para la procedencia de la prueba anticipada dos requisitos copulativos: a) ser menor de 18 años; y b) ser víctima de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal, relativos a violación, estupro y otros delitos sexuales.

Aún cuando en los trabajos parlamentarios no hay referencia expresa a las fuentes de Derecho comparado en que se basa la introducción de esta hipótesis de anticipación probatoria, lo cierto es que la misma recoge lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de

---

<sup>1037</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Ley núm. 20.253, Boletín núm. 4321-07, de 4 de octubre de 2006, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, págs. 95-96.*

1989<sup>1038</sup>, la doctrina ya citada del TS español<sup>1039</sup> y algunos ejemplos de derecho comparado como el artículo 392.1 *bis* CPPi que, tal como ya hemos visto, contempla una norma muy semejante al 191 *bis* CPPCh.

Finalmente, con relación al supuesto de la letra d), es decir, testigo en el extranjero, debemos consignar que el mismo se trata de una hipótesis contemplada en el proyecto original de CPPCh pero dentro de la regulación general de la prueba testifical, señalando que si el testigo residía en el extranjero su declaración debía recibirse y diligenciarse por la vía diplomática a través de un exhorto internacional (artículo 211 del proyecto de CPPCh). Durante el segundo trámite parlamentario, ante el Senado, se acordó incorporar esta hipótesis al régimen de la anticipación probatoria en la fase de investigación como una manera de recalcar el carácter excepcional de la situación que prevé, de modo que la regla general sea siempre la de obtener prioritariamente que el testigo comparezca a la audiencia de juicio oral<sup>1040</sup>.

#### **b) Prueba anticipada en fase de preparación del juicio oral**

De conformidad al inciso primero del artículo 280 CPPCh, durante la audiencia de preparación del juicio oral también se puede

---

<sup>1038</sup> Chile firmó y suscribió la Convención junto a otros 57 países el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año, fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante Naciones Unidas el 13 de agosto. Fue promulgada como ley mediante el Decreto Supremo 830 del Ministerio Relaciones Exteriores, de 14 de agosto de 1990, el cual fue publicado en el D.O. de 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigor en Chile.

<sup>1039</sup> STS 96/2009, (Sala Penal), 10 marzo, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar, siguiendo la doctrina sentada en parte por las SSTS 429/2002, (Sala Penal), 8 marzo, FJ. 1º, Ponente D. José Jiménez Villarejo y 151/2007, (Sala Penal), 28 febrero, FJ. 1º, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta.

<sup>1040</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 207 (211 del proyecto), diario de sesiones del Senado, págs. 213-14.

solicitar la práctica anticipada de la prueba testimonial y pericial siempre que se den respecto del testigo o perito algunas de las hipótesis contempladas en el artículo 191 CPPCh, esto es, que el testigo deba ausentarse a larga distancia o que exista motivo para temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante.

La falta de referencia expresa a los dos órdenes de causas que contempla la anticipación de prueba en fase de investigación — la minoría de edad si se es víctima de delitos de connotación sexual y residencia en el extranjero — puede explicarse porque se tratan de hipótesis que quedan de manifiesto en el procedimiento muy preliminarmente, o sea, en fase de investigación, por lo que es en esta fase donde se requerirá su práctica. Sin embargo, el supuesto de minoría de edad está contemplada para la anticipación de prueba en la fase siguiente, la de juicio oral, por lo que también la omisión puede deberse a una mala técnica legislativa en tanto el inciso primero del artículo 280 CPPCh se trata de una norma que contemplaba el referido Código desde su promulgación en el año 2000, mientras que, tal como lo vimos, la causa de minoría de edad sólo se incorporó a este cuerpo legal en el año 2008 por ley núm. 20.253. Por su parte, la omisión de la hipótesis del artículo 192 puede también obedecer a una mala técnica legislativa, recordando que se trata de un supuesto que en el proyecto de CPPCh formaba parte del régimen general de la prueba testifical siendo, como ya hemos visto, incorporado al estatuto de la prueba anticipada sólo en el segundo trámite parlamentario ante el Senado, situación que puede explicar la referida omisión.

Por último cabe señalar, como lo veremos más adelante, que el proyecto original de CPPCh contemplaba sola la prueba testimonial

anticipada en esta fase, siendo introducida la prueba pericial por ley 20.074 de 2005<sup>1041</sup>.

**c) Prueba anticipada en fase de juicio oral**

El inciso segundo del artículo 280 CPPCh dispone que si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratase de la situación señalada en el artículo 191 *bis*, también se podrá pedir la práctica anticipada de dicha probanza en una audiencia especialmente citada al efecto.

Recordemos que este inciso fue agregado al artículo 280 sólo en el año 2008 mediante la citada ley núm. 20.253.

Como se aprecia del tenor de esta disposición, en la fase de juicio oral se contemplan como causas de posible indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral tanto las hipótesis del artículo 191 cuanto la circunstancia prevista en el artículo 191 *bis* relativa a la minoría de edad de las víctimas de delitos sexuales, de ahí que no quede claro el por qué de la omisión de esta última hipótesis para la anticipación de prueba en la fase de preparación del juicio oral. Al respecto cabe consignar que el proyecto original de este inciso segundo del artículo 280 CPPCh que estamos comentando sólo contemplaba como causa de anticipación probatoria en esta fase la hipótesis del artículo 191, siendo la incorporación del supuesto previsto en el artículo 191 *bis* CPPCh

---

<sup>1041</sup> Ley que Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal, promulgada el 9 de noviembre de 2005 y publicada en el D.O. el 14 del mismo mes y año ([www.congreso.cl](http://www.congreso.cl)).



consecuencia de una sugerencia que los representantes del Poder Ejecutivo efectuaron a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados durante los trabajos parlamentarios precisamente de la ley núm. 20.253 de 2008<sup>1042</sup>.

**B) La previsibilidad racional de la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral**

Acorde con la doctrina acerca de la anticipación probatoria, el CPPCh también considera como presupuesto de procedencia de la misma la racional previsibilidad de la eventual indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral que, como sabemos, es la circunstancia que permite adoptar las medidas necesarias, fundamentalmente en materia de garantías procesales, para evitar que se pierda la información que dicha fuente de prueba pueda aportar al conocimiento de los hechos objeto del juicio. Este requisito, además, se encuentra presente en la regulación que el CPPCh realiza de la anticipación probatoria cualquiera sea la etapa procesal en la que se solicita, tal como pasamos a revisar a continuación.

En la fase de investigación, el artículo 190 CPPCh señala que los testigos que el ministerio público decida citar están obligados a comparecer a su presencia y prestar declaración ante el fiscal o ante su abogado asistente. Por su parte, el artículo 191 CPPCh señala que al concluir la declaración del testigo, el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en su caso, le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

---

<sup>1042</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Ley núm. 20.253*, Boletín núm. 4321-07, de 4 de octubre de 2006, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 102.

Continúa la norma señalando que si al hacerse la indicada prevención, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por encontrarse afectado por alguna de las circunstancias que la norma indica, el fiscal podrá solicitar al respectivo JG que se reciba su declaración anticipadamente.

En cuanto a la anticipación de prueba en razón de ser el testigo menor de edad y víctima de delitos sexuales (artículo 191 *bis* CPPCh) o de encontrarse el testigo en el extranjero (artículo 192 CPPCh), si bien las citadas normas no consignan expresamente en su texto el requisito de previsibilidad racional de la futura indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, lo cierto es que la misma deriva del fundamento de ambas disposiciones.

En efecto, en el caso del artículo 191 *bis* CPPCh, ya sabemos que lo que intenta la norma es evitar la doble victimización del menor, los eventuales fallos de memoria acerca de los hechos que se enjuician y las posibles coacciones a que puede verse sometido esta clase de testigos-víctimas, constituyendo todas circunstancias que resultan racionalmente previsible que puedan afectar a estos testigos dada su especial condición emocional. En consecuencia, es a partir de estas circunstancias de donde nace racionalmente la necesidad de proteger de manera especial esta clase de testimonios a través de disponer que la respectiva declaración sea prestada anticipadamente.

Por otra parte, en el caso del artículo 192 CPPCh, es evidente que si el testigo se encuentra en el extranjero y no es posible citarlo a prestar declaración en Chile ante el fiscal del caso, resulta racional pensar que ese testigo tampoco podrá concurrir a la audiencia del juicio oral, de ahí que también surja la necesidad de anticipar su declaración, sin perjuicio

de adoptar todas las medidas que la ley proporciona para obtener que el indicado testigo pueda declarar en el juicio oral, fundamentalmente a través del mecanismo de vídeo conferencia regulado en el artículo 329 inciso final CPPCh.

En la fase de preparación del juicio oral, el inciso primero del artículo 280 se remite al 191, ambos del CPPCh, para hacer procedente la prueba testimonial anticipada en esta fase. Por su parte, el inciso tercero del citado artículo 280, dispone que se podrá solicitar la anticipación de la declaración de peritos:

“[C]uando fuere *previsible* que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191”<sup>1043</sup>.

Finalmente, respecto de la anticipación de la prueba en la fase de juicio oral, el inciso segundo del artículo 280 CPPCh hace procedente la anticipación de la prueba testimonial cuando, con posterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere respecto de los testigos alguna de las circunstancias previstas en el inciso segundo del artículo 191 del mismo Código o se tratare de la situación contemplada en el artículo 191 *bis*, ambos del CPPCh.

En síntesis, la anticipación probatoria en el sistema procesal penal chileno, cualquiera sea la fase en que se solicite y practique, presupone el conocimiento previo o la racional previsibilidad de una eventual falta

---

<sup>1043</sup> La cursiva es nuestra.

de disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral.

### **3. Régimen legal de la prueba anticipada en el CPPCh**

#### **A) Solicitud: oportunidad e interviniente legitimado**

##### **a) Oportunidad**

Tal como ya lo hemos comentado, el CPPCh autoriza la solicitud de práctica anticipada de determinados medios de prueba en la fase de investigación, de preparación del juicio oral y de juicio oral propiamente tal, tema que pasamos a revisar brevemente en las siguientes líneas.

##### **a’) Fase de investigación**

De conformidad al artículo 172 CPPCh, la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela. La investigación así iniciada es desarrollada por el citado ministerio de manera desformalizada y, en principio, sin un plazo fijo para su cierre (artículos 180 y siguientes CPPCh), decidiendo de manera discrecional la oportunidad en la que procederá a formalizar la investigación (artículos 229 y 230 CPPCh). Esta última actuación marca el inicio de la intervención del respectivo JG en el procedimiento, intervención que se limita a la tarea de asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal (artículo 14 letra a) COT). De ahí que el artículo 230 CPPCh disponga que, en principio:

“El fiscal podrá formalizar la investigación cuando *considerare oportuno* formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.

Sin embargo, añade el inciso segundo de esta norma, que el fiscal estará obligado a formalizar, en tanto deberá requerir la intervención judicial, cuando se propusiere: a) practicar diligencias de investigación

de aquellas que, conforme al artículo 9 CPPCh, requieren autorización judicial previa para ejecutarlas; b) solicitar la práctica de *prueba anticipada*; y c) solicitar medidas cautelares.

Siendo así, la solicitud de prueba anticipada en fase de investigación puede requerirse desde la formalización de la investigación y hasta que el fiscal declare el cierre de la misma de conformidad a los artículos 248 y siguientes CPPCh.

#### **b’) Fase de preparación del juicio oral**

Una vez que el fiscal declara el cierre de la investigación y decide, dentro de los diez días siguientes, formular acusación (artículo 248 letra b) CPPCh) y presentarla ante el JG, éste debe ordenar su notificación a todos los intervinientes y citar a los mismos a la audiencia de preparación del juicio oral dentro de los plazos que el artículo 260 CPPCh establece. Esta audiencia finaliza con el pronunciamiento por parte del JG del auto de apertura del juicio oral, debiendo remitirlo al TJOP competente dentro de las 48 horas siguientes al momento en que quedare firme (artículo 281 CPPCh).

Siendo así, esta fase comienza con la formulación de la acusación fiscal y culmina con la adquisición de firmeza de la resolución jurisdiccional de apertura del juicio oral y su remisión al TJOP competente. Sin embargo, el inciso primero del artículo 280 CPPCh dispone que la solicitud de anticipación probatoria debe formularse en la propia audiencia de preparación del juicio oral, por lo que el requirente no cuenta con toda la fase de preparación del juicio oral para solicitar prueba anticipada, sino que sólo lo podrá hacer en la audiencia de preparación propiamente tal.

### **c') Fase de juicio oral**

Esta fase se inicia con la remisión por parte del JG de la resolución de apertura del juicio oral firme y ejecutoriada al TJOP competente (artículo 281 CPPCh) y culmina con el pronunciamiento de la sentencia definitiva y eventuales audiencias de comunicación de la decisión y lectura de la misma (artículos 330 y siguientes CPPCh).

Conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 280 CPPCh, si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratase de la situación señalada en el artículo 191 *bis*, procederá la solicitud a su respecto de prueba anticipada. Lo mismo resulta aplicable con relación a la declaración de los peritos afectados por alguna de las circunstancias previstas en el citado artículo 191.

Si bien la norma no es del todo precisa en cuanto a reglar la oportunidad para solicitar la anticipación probatoria en la fase de juicio oral, en tanto esta fase comienza con la remisión del auto de apertura del juicio oral firme al TJOP y no con la mera terminación de la audiencia de preparación, lo cierto es que en la historia fidedigna del establecimiento de esta norma queda clara la intención del legislador al prescribirla.

Efectivamente, el propio Mensaje con que el Poder Ejecutivo acompañó el proyecto de la Ley núm. 20.253 de 2008 al Congreso Nacional señala que, de acuerdo a las actuales reglas del CPPCh, la anticipación probatoria sólo podía pedirse hasta la audiencia de preparación del juicio oral y dado el tiempo que puede transcurrir entre dicha audiencia y el juicio oral, muchas veces resulta necesario solicitar la prueba anticipada después de la audiencia de preparación. Por su parte,

durante los trabajos parlamentarios de esta ley también se dejó claro que la norma intentaba reglar la situación que podría producirse con posterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral, pero antes de la audiencia del juicio oral mismo, en que por alguna causa sobreviniente algún testigo no se encontrare en condiciones de rendir prueba en esta última audiencia, por lo que era conveniente establecer la posibilidad de que se pudiera convocar a una audiencia especial durante el tiempo que va entre la celebración de la audiencia preparatoria y la del juicio<sup>1044</sup>.

Siendo así, sólo cabe concluir que, con independencia del inicio formal de la fase de juicio oral, la práctica anticipada de prueba que se solicite una vez concluida la audiencia de preparación del juicio oral pasa automáticamente a constituir prueba anticipada de la fase de juicio oral.

#### **b) Interviniente legitimado**

Durante la fase de investigación, de acuerdo a lo previsto en los artículos 191, 191 *bis* y 192 CPPCh, el único sujeto legitimado para solicitar ante el JG la anticipación probatoria de la prueba testimonial es el fiscal. Ello resulta lógico si se piensa que sobre este órgano persecutor recae de manera exclusiva la tarea de investigar los hechos que revistieren caracteres de delito, debiendo dirigir dicha investigación y realizar por sí o con el auxilio de las policías *todas las diligencias de investigación que consideren conducentes* al esclarecimiento de los hechos (artículo 180 CPPCh). Con todo, la norma debe entenderse sin

---

<sup>1044</sup> La redacción actual de la norma se debe a la indicación del Diputado señor Bustos, acordada por unanimidad por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, sin otra corrección que la agregación a las hipótesis de procedencia de la prueba anticipada en esta fase de la relativa a la minoría de edad del testigo víctima de un delito sexual. *Primer Informe de la Comisión de Constitución,*

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 183 CPPCh, que regula el derecho del imputado y demás intervinientes de solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren útiles para el esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar el fiscal llevar a cabo aquellas que estimare conducentes y del principio de objetividad con que la ley ordena al fiscal conducir la investigación (art. 3 CPPCh).

En la fase de preparación del juicio oral, el inciso primero del artículo 280 CPPCh señala simplemente que durante esta audiencia “también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada ...”, sin indicar con precisión quiénes pueden solicitarla, de donde se colige que lo podrá hacer cualquiera de los intervinientes del juicio puesto que para restringir derechos y facultades de los mismos en el juicio se requiere de un texto expreso que así lo disponga y porque una restricción del principio de contradicción y del derecho a la prueba de este tipo tampoco se justificaría dado que ya ha terminado la fase de investigación, donde el fiscal tiene la exclusividad de la investigación y nos encontramos en una fase de preparación del juicio oral en la cual existe plena vigencia del principio y derecho referidos.

Más explícito es el inciso segundo del artículo 280 CPPCh que regla la anticipación de prueba con posterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral, en tanto señala que en esta fase de juicio oral “cualquiera de los intervinientes” podrá solicitar la anticipación probatoria, recordando que esta norma fue introducida al CPPCh mediante la ley núm. 20.253 de 2008, por lo que puede apreciarse una mejora en la técnica legislativa.



## **B) Intervención del órgano jurisdiccional en la admisión y práctica de la prueba anticipada**

Tanto la solicitud como la práctica de la prueba anticipada, salvo una excepción que más adelante comentaremos relativa sólo a la práctica, debe efectuarse ante el JG competente, siendo precisamente la intervención de este órgano jurisdiccional en ambas actuaciones una de las características que permite otorgar validez de prueba procesal a una actuación llevada a cabo fuera y antes de la audiencia del juicio oral.

### **a) Solicitud y admisión de la prueba anticipada**

Dado que el órgano jurisdiccional llamado por ley a intervenir en la fase de investigación y de preparación del juicio oral es el Juez de Garantía (artículos 9, 260 y 266 CPPCh), resulta lógico que la *solicitud* de prueba anticipada en cualquiera de estas fases se formule ante ese tribunal, tal como lo disponen expresamente los artículos 191, 191 *bis* y 192 CPPCh y se colige del inciso primero del artículo 280 del mismo Código.

Sin embargo, no resulta tan clara la razón por la cual el CPPCh dispone que la solicitud de prueba anticipada formulada con posterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral deba formularse ante el Juez de Garantía, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

Hemos de recalcar que una de las características del CPPCh es la flexibilidad de sus normas, motivo por el cual este cuerpo legal no regula la forma en que debe presentarse la solicitud ni la tramitación que debe asignársele a la misma. Sin embargo, dado que el procedimiento penal previsto en este Código se ventila en audiencias, se puede concluir que la solicitud en la *fase de investigación* podrá ser presentada por el fiscal en

la audiencia de formalización de la investigación del artículo 229 CPPCh o en otra posterior convocada especialmente al efecto; mientras que la oportunidad procesal precisa para solicitar la anticipación de prueba en la fase de preparación del juicio oral es, como ya lo hemos comentado, la propia audiencia de preparación, según lo dispone el artículo 280 inciso primero CPPCh. Nuevamente el Código del rito no se pronuncia en torno a la forma y oportunidad precisa para solicitar prueba anticipada en la fase de juicio oral hasta antes del inicio del juicio, pero es evidente que también las partes pueden solicitar al JG una audiencia especial para formular dicha solicitud.

Una vez presentada la solicitud de anticipación probatoria en cualquiera de las fases del procedimiento, lo cierto es que el CPPCh tampoco regula la tramitación de la misma, pero entendemos que si la solicitud se presenta en una audiencia, debe necesariamente abrirse debate entre los intervinientes citados a la misma en tanto cualquier restricción al principio de contradicción durante el procedimiento debe ser objeto de una norma expresa que, en este caso, no existe.

La cuestión es más clara en aquellos casos en que la solicitud se formula en la audiencia de preparación del juicio oral o con posterioridad a ella, dado que en estas fases rige en plenitud el principio de contradicción. Sin embargo, presenta alguna dificultad afirmar que el debate en una audiencia deba proceder respecto de la solicitud de prueba anticipada formulada por el fiscal en fase de investigación. La dificultad podría derivar de que se argumente que la tarea de investigar se concede en forma exclusiva al fiscal, otorgándosele a éste la dirección de la misma y la facultad para realizar las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos (artículo 180 CPPCh). Siendo así, podría también pensarse que el fiscal es libre para

solicitar esta anticipación probatoria, correspondiéndole al JG solamente admitirla e intervenir en su práctica, convocando al efecto a una audiencia especial.

No somos de esta opinión, en tanto, si bien se mira, esta solicitud implica el ofrecimiento de un medio de prueba por parte del fiscal y su eventual práctica anticipada, razón por la cual creemos que a esta solicitud debe aplicársele el mismo régimen que prevé el CPPCh para el ofrecimiento de prueba durante la audiencia de preparación del juicio oral, disponiendo que en esta audiencia cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines de su eventual exclusión o admisión conforme al artículo 276 CPPCh (artículo 272 CPPCh).

Aunque el CPPCh tampoco es claro sobre el punto, también entendemos que la solicitud de anticipación probatoria debe ser *resuelta* por el respectivo JG especialmente en lo relativo a la comprobación de las causas de los artículos 191 inciso segundo y 192 CPPCh y las “circunstancias personales y emocionales” del menor testigo-víctima de un delito de connotación sexual, tal como lo prescribe el artículo 191 *bis* CPPCh, causas y circunstancias todas que en algunos casos incluso requerirán de prueba.

Finalmente apuntemos que aún cuando se sostenga la eventual inexistencia de debate entre las partes en torno a la solicitud de prueba anticipada y la admisión automática de la misma por el JG, especialmente en el caso de prueba anticipada solicitada por el fiscal en fase de investigación, pese a que no concordamos con esta opinión, hemos de reconocer que el tema pierde interés en tanto el artículo 331

letra a) CPPCh condiciona la lectura o reproducción del registro de la declaración anticipada del testigo o perito en el juicio oral a la circunstancia de haberse materializado la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba para la audiencia de juicio, es decir, que el testigo efectivamente haya fallecido o caído en incapacidad física o mental, entre otras de las circunstancias que esta norma establece y que estudiaremos más adelante.

De esta manera, la letra a) del artículo 331 CPPCh constituye el más importante filtro, además del último, para la incorporación de la prueba anticipada al juicio oral.

#### **b) Práctica de la prueba anticipada**

Nuevamente hemos de consignar que siendo el Juez de Garantía el tribunal llamado a intervenir durante la fase de investigación y de preparación del juicio oral, resulta a lo menos lógico que la prueba anticipada se practique ante dicho tribunal.

Lo anterior resulta aún más claro si se considera que uno de los pilares del sistema procesal penal instaurado en el año 2000 se encuentra constituido, precisamente por imperativo del principio acusatorio, por la separación absoluta de las fases de investigación y preparación del juicio oral de la de juicio oral propiamente tal, en términos de que el TJOP sólo se avocara al juzgamiento de la causa penal libre de toda contaminación con el material de investigación y con las pruebas inadmitidas por razones especialmente de ilicitud o nulidad.

Esta normativa resulta, además, acorde con el principio de “inavocabilidad” que constituye una de las bases fundamentales de la

Administración de Justicia en Chile<sup>1045</sup> y con la regla general de competencia de radicación<sup>1046</sup>.

Con todo, hemos de consignar que el proyecto de CPPCh, regulando la anticipación probatoria en la audiencia de preparación del juicio oral, disponía en el entonces artículo 363, que durante el procedimiento intermedio se podía solicitar la prueba testimonial anticipada en los casos previstos en el artículo 275 (actual inciso segundo del artículo 191 CPPCh), añadiendo el inciso segundo de esta norma del proyecto que en estos casos el JG podía disponer en el auto de apertura del juicio oral que la prueba respectiva fuera producida *ante el tribunal del juicio oral*.

Durante la tramitación parlamentaria, el Senado se opuso a la idea de permitir que la prueba anticipada la recibiera el TJOP y no el JG como en la etapa de investigación, fundamentando dicha oposición en la circunstancia de que era preferible que dicha práctica se efectuara ante el JG porque, aunque el TJOP esté constituido, puede haber recusaciones respecto de alguno de sus miembros o cambiar su integración por cualquier circunstancia antes de iniciarse la audiencia de juicio oral, con lo cual se perdería el propósito de la anticipación probatoria<sup>1047</sup>.

---

<sup>1045</sup> Principio regulado en el artículo 8 COT: “Ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad”.

<sup>1046</sup> Regla establecida en el artículo 109 COT: “Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente”.

<sup>1047</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 345, diario de sesiones del Senado, pág. 310.

Por su parte, como ya hemos comentado, la posibilidad expresa de solicitar prueba anticipada con posterioridad al término de la audiencia de preparación del juicio oral fue introducida por la ley 20.253 de 2008, indicando la norma del proyecto original de esta ley que:

“Durante la audiencia de preparación del juicio oral o en audiencia especial citada para tal efecto, con anterioridad a la audiencia del juicio oral, también se podrá solicitar prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191. Esta prueba anticipada se *rendirá ante el tribunal oral que corresponda*”<sup>1048</sup>.

En consecuencia, en los trabajos parlamentarios de esta ley 20.253 se reiteró la idea de que en todo caso esta prueba anticipada en fase de juicio oral debía rendirse ante el TJOP competente, hasta que el Diputado señor Bustos presentó una indicación en orden a aclarar el tenor de la norma propuesta acerca de la precisa oportunidad en que se podía solicitar esta anticipación probatoria, proponiendo una nueva redacción que corresponde a la que presenta actualmente el inciso segundo del artículo 280 CPPCh que, como sabemos, se limita solamente a indicar el tribunal ante el cual debe presentarse la solicitud (JG) y elimina toda referencia al tribunal ante el cual debe practicarse esta prueba, sin que hayamos encontrado ninguna referencia más en torno a este tema en el resto de la tramitación del proyecto ante la H. Cámara de Diputados<sup>1049</sup> y sin que la norma así redactada fuera objeto de indicaciones ni de

---

<sup>1048</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>1049</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Ley núm. 20.253*, Boletín núm. 4321-07, de 4 de octubre de 2006, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, págs. 33, 102-03 y 119 y *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Ley núm. 20.253*, Boletín núm. 4321-07-1, de 17 de octubre de 2006, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, págs.130 y 164.

modificaciones durante el segundo trámite parlamentario ante el Senado<sup>1050</sup>.

La ausencia de antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de esta norma no nos permite comprender el cambio de orientación de la misma ni menos aún compartirlo. Si lo que se pretendió fue recoger el argumento dado con ocasión de los trabajos parlamentarios del CPPCh en orden a proteger la inmediación ante eventuales cambios de integración del TJOP competente para conocer del juicio oral, creemos que el camino adoptado fue reemplazar un *posible* sacrificio de la inmediación del tribunal sentenciador por un sacrificio *definitivo y cierto* de dicho principio en la práctica anticipada del respectivo medio de prueba.

Tal solución se entiende menos si, además, se considera que la fase de juicio oral se encuentra radicada legalmente ante el TJOP. Ya que la anticipación probatoria en la fase de investigación y de preparación del juicio oral sacrifica la inmediación judicial, creemos que bien pudo evitarse tal sacrificio en la fase de juicio oral permitiendo que en esta última la prueba anticipada fuera practicada ante el TJOP competente.

### **C) Medios de prueba susceptibles de ser practicados anticipadamente**

Durante la fase de investigación sólo puede solicitarse la práctica anticipada de la prueba *testimonial* conforme lo disponen los artículos 191, 191 *bis* y 192 CPPCh, siempre que se den respecto del testigo las

---

<sup>1050</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado Ley núm. 20.253, Boletín núm. 4321-07, de 8 de agosto de 2007, diario de sesiones del Senado, pág. 377.*

circunstancias que cada una de estas normas prevé. Por su parte, en las fases de preparación de juicio oral y la de juicio oral, podrá solicitarse la anticipación de la prueba *testimonial y pericial*, siempre que se den las circunstancias que el artículo 280 CPPCh también prevé.

En torno a esta última disposición, debemos consignar que el proyecto original de CPPCh disponía que durante el procedimiento intermedio se podía solicitar la prueba testimonial anticipada y la inspección personal del tribunal, sin contemplar la prueba pericial.

En el curso de la tramitación parlamentaria del CPPCh ante la H. Cámara de Diputados se incorporó a esta norma la anticipación de prueba pericial en la fase de preparación del juicio oral, si bien reconociendo que respecto del peritaje era más difícil justificar la norma, pero añadiendo que en el caso de lesiones, por ejemplo, el peritaje tenía que ser hecho en el momento pudiendo también afectar al respectivo perito algunas de las circunstancias que justifican la anticipación, como es el fallecimiento, de ahí que se consideró necesario incorporar el peritaje al régimen de anticipación de la prueba pero sólo para el evento excepcional de temerse que el respectivo perito no pudiera concurrir a la audiencia de juicio oral por alguna causa de imposibilidad, para así evitar que la norma se convirtiera en una excusa para que los peritos se negaran a asistir al juicio oral<sup>1051</sup>.

Con mejores argumentos en el Senado se aceptó la incorporación de la prueba pericial al régimen de anticipación probatoria en la fase de preparación del juicio oral estimando que sólo se justificaría anticiparla

---

<sup>1051</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 339.



cuando existiera grave riesgo de que el objeto del peritaje pudiera desaparecer o sufrir deterioros o que el perito sea muy excepcional en cuanto a su especialidad, por cuanto, en principio, el perito, al no ser testigo presencial, puede ser reemplazado por otro en el caso de que no pueda comparecer. Se dejó en claro, además, que lo que se anticipa realmente no es el reconocimiento propiamente tal del objeto periciado sino la declaración sobre las conclusiones de la pericia y que dicha anticipación sólo debía ser procedente cuando el perito se encontrare en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, quedando en lo demás sujeto a las normas de los testigos. Asimismo, el Senado acordó suprimir la referencia a la inspección personal del tribunal al eliminarla como medio de prueba específico<sup>1052</sup>.

#### **D) Intervención de las partes y garantías procesales en la práctica de la prueba anticipada**

En general, cualquiera sea la fase en que se solicite y admita la práctica anticipada de la prueba testimonial o pericial, según el caso, el CPPCh dispone que el JG deberá convocar a una audiencia para proceder

---

<sup>1052</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 345, diario de sesiones del Senado, pág. 309. Con respecto a la eliminación de la inspección personal como medio de prueba específico, en el Informe en referencia se acordó dicha eliminación por considerar que no resultaba consistente con el nuevo procedimiento penal. De esta forma dicho Informe señala: “Esta diligencia, de enorme importancia en el sistema vigente, en el cual el juez investiga y juzga, pierde razón de ser en el nuevo Código, en que sólo juzga, sobre la base de las pruebas que le presenten el acusador y el defensor. Son estos los que tienen la carga de ofrecer al tribunal todos aquellos medios de convicción que, apreciándolos libremente pero con sujeción a los márgenes legales, obren a favor de su posición, con la particularidad de que, si el acusador no logra que se forme suficiente convicción de culpabilidad, el tribunal deberá absolver. Sin perjuicio de lo señalado, la Comisión no quiso excluir la posibilidad de que, en alguna ocasión, fuere útil para el tribunal de juicio oral constituirse en algún lugar para reconocerlo, durante la audiencia, y así lo contempló en forma expresa”, págs. 26-27.

a su práctica debiendo citar a la misma a aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral. Siendo así, también en términos generales, se puede afirmar que las únicas garantías en la práctica de la prueba procesal en el juicio oral que se ven sacrificadas en la anticipación probatoria regulada por el CPPCh son la inmediación del tribunal sentenciador y la concentración del juicio oral, puesto que la contradicción, oralidad y publicidad no son, de modo alguno, afectadas.

Sin embargo, el CPPCh contempla algunas situaciones especiales, fundamentalmente en la fase de investigación, por lo que el análisis de esta temática la realizaremos atendiendo a la fase del procedimiento en que se lleva a cabo la práctica anticipada de la prueba para así comprobar si lo dicho en el párrafo precedente rige para todos los casos por igual.

**a) Prueba anticipada en la fase de investigación**

Como sabemos, tres son las hipótesis que contempla el CPPCh de anticipación probatoria en fase de investigación, las que pasamos a revisar brevemente puesto que dos de ellas presentan algunas peculiaridades que justifican un estudio separado.

**a') Prueba testimonial anticipada según el artículo 191 CPPCh**

Se trata ésta de la hipótesis más sencilla de prueba anticipada que contempla el CPPCh en fase de investigación. La referida disposición señala que si el testigo manifiesta al fiscal o al abogado asistente del fiscal encontrarse afectado por alguna de las circunstancias que la norma prevé como causas de imposibilidad de asistir a la audiencia del juicio oral a deponer, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente. En este caso, el juez deberá citar a todos

aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

La norma del proyecto CPPCh indicaba que a esta audiencia especial debía citarse a “todos los intervinientes, sus defensores o mandatarios” y en cuanto al imputado que se encontrare privado de libertad, debía ser representado en esta audiencia por su defensor, “salvo que solicitare expresamente asistir a la audiencia y siempre que ésta debiere cumplirse en un lugar cercano a aquel en el que se encontrare privado de libertad”. La actual redacción fue introducida en el Senado durante los trabajos parlamentarios del CPPCh, señalándose que ella era más simple considerando, por una parte, que la exigencia de citar a todos los *intervinientes* — que es una expresión definida legalmente en el artículo 12 CPPCh — podía ser equívoca y afectar la validez de la diligencia, y, por otra que la presencia del imputado debía regirse por las reglas generales. Por ello se prefirió consignar que el juez debía citar a todos aquellos que *tuvieren derecho a asistir al juicio oral* y agregar, acertadamente a nuestro juicio, que los así citados tendrían “las mismas facultades que si esta diligencia de prueba se hubiere realizado en el juicio”<sup>1053</sup>.

En consecuencia, la práctica misma de la prueba testimonial anticipada de que trata el artículo 191 CPPCh, se realiza con plena sujeción a las normas que rigen el juicio oral en general en lo relativo a la oralidad y publicidad para terceros y a la prueba testifical en particular,

---

<sup>1053</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 259, diario de sesiones del Senado, págs. 247.

especialmente en lo referente al interrogatorio cruzado al que debe someterse el testigo y que constituye una de las principales facetas del contradictorio en la formación de la prueba contempladas en el CPPCh. Evidentemente, la inmediación del tribunal sentenciador y la concentración del juicio oral se ven enteramente sacrificadas.

#### **b') Prueba testimonial anticipada según el artículo 191 bis CPPCh**

De conformidad al inciso primero del artículo 191 *bis* CPPCh en los casos en que el fiscal solicite la anticipación de la declaración de testigos menores de edad víctimas de algunos de los delitos que la norma indica, el JG, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

La misma norma continúa señalando que en estos casos la declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad (inciso tercero) e impone al JG la obligación de citar a esta audiencia de prueba a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral (inciso final).

Esta regulación del artículo 191 *bis* CPPCh se encuentra en completa armonía con las normas que regulan las medidas de protección a los testigos en general y a los menores en particular en el juicio oral establecidas, respectivamente, en los artículos 308 y 310 CPPCh.

Tal como ya lo hemos comentado, el artículo 191 *bis* fue introducido al CPPCh por la ley núm. 20.253 de 2008 y, aunque la norma no formaba parte del proyecto original, debiendo su origen a dos

indicaciones parlamentarias, lo cierto es que en los trabajos parlamentarios de esta ley los aspectos a que nos hemos referido en este apartado, tales como la restricción al interrogatorio cruzado, las medidas de protección y modalidad de la audiencia y citación a la misma, no fueron objeto de debate ni posteriores indicaciones.

Finalmente, debemos señalar que la norma en estudio busca obtener el debido equilibrio entre la adecuada adquisición del conocimiento judicial por la vía de evitar la pérdida de la información que la relevante fuente probatoria constituida por el menor de edad víctima de un delito de connotación sexual puede aportar con la debida protección del menor. Sin embargo, este equilibrio no sacrifica la plena contradicción en la formación de esta clase de pruebas, puesto que las partes mantienen el derecho de interrogar o conainterrogar al menor sólo que por conducto del juez, con lo cual también queda garantizada la oralidad en la práctica de esta prueba.

En cuanto a la publicidad para terceros, lo cierto es que, con base en el artículo 308 CPPCh relativo a normas de protección a los testigos y de acuerdo a la regulación general de la publicidad contenida en el artículo 289 CPPCh, esta garantía puede verse restringida. Nuevamente, las garantías que se sacrifican en la formación de esta prueba son la inmediación del tribunal que juzga y la concentración del juicio oral, lo cual es una circunstancia común a toda prueba anticipada regulada en el CPPCh.

#### **c') Prueba testimonial anticipada según el artículo 192 CPPCh**

De conformidad a esta norma, si el testigo se encuentra en el extranjero y no es posible aplicar lo previsto en el inciso final del artículo

190 CPPCh, es decir, cuando el testigo no es funcionario público ni empleado de una empresa del Estado, el fiscal podrá solicitar al JG que se reciba su declaración anticipadamente.

El inciso segundo de esta norma señala dos vías para recibir la declaración de este testigo, pudiendo optarse por alguna de ellas según resultare más conveniente y expedito: a) declaración ante un cónsul chileno; o b) declaración ante el tribunal del lugar en que se hallare.

El inciso tercero del artículo 192 CPPCh se ocupa de establecer el procedimiento a que debe someterse la solicitud ya acogida por el JG. En este sentido, la norma indica que la petición respectiva debe hacerse llegar, por conducto de la Corte de Apelaciones correspondiente, al Ministerio de Relaciones Exteriores para su diligenciamiento, debiendo en ella contenerse la individualización de los intervinientes a quienes se deberá citar para que concurran a la audiencia en que se recibirá la declaración.

Continúa la norma señalando expresamente que en la audiencia en la que se reciba la declaración anticipada los intervinientes citados podrán ejercer todas las facultades que les corresponderían si se tratase de una declaración prestada durante la audiencia del juicio oral.

Para evitar que se haga un uso indebido o no muy reflexivo de este mecanismo, el inciso final del citado artículo dispone que si se autorizare la práctica de esta diligencia en el extranjero y ella no tuviere lugar, el ministerio público deberá pagar a los demás intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia los gastos en que hubieren incurrido, sin perjuicio de lo que se resolviere en cuanto a costas.

Se podría criticar que se contemple como una de las vías para recibir esta declaración en el extranjero la intervención del cónsul chileno

respectivo y no, en todo caso, la de un órgano jurisdiccional, que siempre proporciona mayores garantías de imparcialidad e independencia.

Sin embargo, hemos de consignar que cuando se discutió el tema en los trabajos parlamentarios del CPPCh se consultó al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile sobre los procedimientos aplicables en el país a las declaraciones que podían prestar personas residentes en el extranjero.

Al respecto el citado Ministerio informó que la primera vía consistía en exhorto internacional, regulado en el artículo 76 CPCCh, aplicable en materia penal por expresa remisión efectuada por el artículo 43 CdPPCh de 1906 y 391 y 392 del Código de Derecho Internacional Privado y, la segunda, se encontraba contemplada en los Autos Acordados de la Excm. Corte Suprema, de 11 de abril de 1967 y 21 de diciembre de 1970, normativa recogida, además, en los artículos 90 y 91 del Reglamento Consular, aprobado por D.S. del Ministerio de Relaciones Exteriores núm. 172 de 1977, publicado en el D.O. el 29 de julio de 1977, todas normas que regulan la declaración testimonial en el extranjero de personas que ejerzan funciones diplomáticas o consulares acreditadas por el Gobierno de Chile, así como funcionarios chilenos, empleados públicos o de empresas fiscales o semifiscales, en cuestiones de carácter interno del Gobierno de Chile.

Siendo así, en el Senado se acordó que la prueba testimonial de una persona con residencia en el extranjero debía practicarse prioritariamente en la audiencia del juicio oral, regulando que se dieran al testigo funcionario o trabajador público las facilidades en torno a los gastos de traslado a Chile; y sólo si ello no era posible, regular la situación como una hipótesis de prueba anticipada, asegurando que en la

declaración de este testigo se respetaran los principios de oralidad, contradicción y otros que inspiran el CPPCh<sup>1054</sup>.

De ahí que se mantuvieran las dos vías: exhorto internacional y la vía consular, entendiendo nosotros que esta segunda vía resulta todavía más excepcional y restringida al grupo de personas a que se refieren los citados autos acordados y sólo si no resulta aplicable lo dispuesto en el inciso final del artículo 190 CPPCh en torno a los gastos de traslado.

Finalmente, debemos consignar que la normativa contenida en el artículo 192 CPPCh pretende garantizar que, de tener que recurrir a la prueba anticipada en el extranjero, ya sea por exhorto o ante el respectivo cónsul, al menos se respete el principio de contradicción en la formación de esta probanza, por la vía de citar a esta audiencia a todos los intervinientes, pudiendo los mismos ejercer todas las facultades que les asisten en la audiencia del juicio oral. Sin embargo, no cabe duda que en esta hipótesis regulada por el artículo 192 CPPCh, la publicidad general puede verse severamente disminuida, mientras que, como en toda prueba anticipada, la inmediatez judicial y la concentración de la audiencia de juicio oral se ven completamente sacrificadas.

**b) Prueba anticipada en fase de preparación del juicio oral y en la fase de juicio oral**

El inciso final del artículo 280 CPPCh establece, de manera general tanto para la prueba anticipada solicitada en la audiencia de preparación del juicio oral como para la solicitada con posterioridad a

---

<sup>1054</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 207, diario de sesiones del Senado, págs. 213-14.



esta audiencia, que el JG debe citar a una audiencia especial para su recepción.

Este último inciso fue incorporado al texto del artículo 280 CPPCh por la ley núm. 20.074 de 2005 y aunque no formaba parte del proyecto de esta ley, teniendo su origen en dos indicaciones parlamentarias durante su trámite en el Senado, no existió debate alguno sobre él por lo que fue aprobado por unanimidad<sup>1055</sup>.

Es evidente que encontrándonos en la fase de preparación del juicio oral y, con mayor razón, en la de juicio oral, la contradicción en la recepción de esta prueba anticipada rige en plenitud, toda vez que, aunque el CPPCh no lo disponga expresamente, a esta audiencia especial deben ser citados todos los intervinientes, pudiendo ejercer los mismos derechos que les asisten respecto a la prueba rendida en la audiencia del juicio oral, especialmente en lo relativo al principio de contradicción en la formación de la prueba. No existe norma ni fundamento que restrinja el contradictorio, la oralidad y la publicidad general de esta audiencia especial de prueba anticipada, por lo que la aplicación absoluta de todos estos principios no puede ser puesta en duda. Además, tal como lo veremos más adelante, uno de los requisitos establecidos por la ley para que la prueba anticipada pueda ser incorporada al juicio oral y fundar la convicción del TJOP consiste precisamente en la circunstancia de que la declaración del testigo o perito haya sido producida con plena actuación del contradictorio, señalándose en los trabajos parlamentarios del CPPCh, con ocasión del texto de su actual artículo 331 letra a), que la

---

<sup>1055</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado Ley núm. 20.074*, Boletín núm. 3465-07, de 25 de agosto de

prueba anticipada “sólo vale en la medida en que hay o hubo derecho a contradecirla”<sup>1056</sup>.

#### **E) Forma de introducir la prueba anticipada al juicio oral**

La norma que regula esta materia se encuentra contenida en la letra a) del artículo 331 CPPCh, que dispone:

“Artículo 331.- Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral. Podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos: a) Cuando se tratase de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280”.

Sobre el encabezamiento de esta disposición cabe consignar que proviene del CPPCh promulgado en el año 2000, pero prescribiendo sólo la lectura de estas declaraciones. Fue en 2005, mediante la ley núm. 20.074, que se cambió el epígrafe al artículo 331 y el texto de su encabezamiento, añadiendo la posibilidad de que estas declaraciones fueran incorporadas al juicio oral a través de la *reproducción* del respectivo registro. Esta modificación no se encontraba incluida en el proyecto original de la ley núm. 20.074, sino que fue introducida por el

---

2004, diario de sesiones del Senado, pág. 150. Nos referimos en el texto a las indicaciones núm. 35 y 36 de los Senadores señores Espina y Andrés Zaldívar.

<sup>1056</sup> *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 344.

Senado, mediante una indicación parlamentaria que recogió el parecer de jueces del TJOP de Valparaíso en orden a que se aclarara el tenor de la norma para incorporar la posibilidad de reproducir el audio o vídeo de las declaraciones recibidas anticipadamente y no quedara restringida sólo a la lectura de las actas. La indicación fue acogida unánimemente por el Senado y aprobada posteriormente, sin debate y también por unanimidad, por la respectiva Comisión de la H. Cámara de Diputados<sup>1057</sup>.

Sólo añadir dos comentarios. El primero relativo a que la metodología de reproducir el registro de audio o el vídeo de la declaración recibida anticipadamente resulta más acorde con el sistema de registros de las actuaciones realizadas por o ante los tribunales con competencia en lo penal prescrito en el artículo 39 CPPCh, norma que señala que el registro de tales actuaciones se efectuará *por cualquier medio apto para producir fe*, que permita garantizar la conservación y la reproducción de su contenido, de lo que se sigue que su registro no necesariamente debe ser en soporte papel sino más bien en soporte de audio o audiovisual.

El segundo comentario dice relación con que la norma del artículo 331 no da cabida para que se omita la lectura del acta o la reproducción del registro de audio o vídeo de la declaración anticipadamente recibida. Es más, creemos que la posibilidad de reproducir el vídeo de tal declaración podría constituir un importante instrumento para disminuir la

---

<sup>1057</sup> Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado Ley núm. 20.074*, Boletín núm. 3465-07, de 25 de agosto de 2004, diario de sesiones del Senado, págs. 157-58 y *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados Ley núm. 20.074*, Boletín núm. 3465-07 (S), de 5 de abril de 2005, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, págs. 369-70.

afectación del principio de inmediación del tribunal sentenciador respecto de esa prueba. Con todo, hemos de advertir que el artículo 333 CPPCh dispone, en lo pertinente, que en la audiencia de juicio oral las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, deberán ser reproducidos en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. Sin embargo, la norma añade a continuación lo siguiente:

“El tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido”.

Creemos que en materia de reproducción de registros de prueba anticipada, dada la excepcionalidad que implica la anticipación probatoria a la regla de la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba procesal, contenida en los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh, la norma del artículo 331 CPPCh debe primar sobre la referida del artículo 333 del mismo Código y ello pese a que el artículo 331 parte señalando que “*Podrá reproducirse o darse lectura*”.

Suponemos que la forma verbal utilizada no se refiere a que es facultativo para el TJOP disponer la reproducción o lectura de las declaraciones anticipadas, pudiendo dar pie a prácticas tan criticables como la ya comentada española de “dar por reproducida” dichas declaraciones, sin proceder a su efectiva lectura, sino más bien que se refiere a que es facultativo proceder a admitir que se reproduzcan o lean estas declaraciones y las demás que la norma indica en sustitución de la declaración del testigo o perito en el juicio oral.

Lo anterior, puesto que la condición de excepciones a la regla de centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba de estas declaraciones anticipadas no permite que automáticamente deba procederse a su reproducción en el juicio oral, sino que para que efectivamente puedan leerse o reproducirse sus registros deben adicionalmente cumplirse las condiciones que la misma norma establece. Esta última cuestión debe ser resuelta por el TJOP en la misma audiencia, siendo, en consecuencia, facultativo para este tribunal autorizar o no la reproducción o lectura de las declaraciones recibidas anticipadamente según si considere o no que se cumplen tales condiciones o exigencias.

Demás está reiterar todo lo ya dicho con ocasión del análisis del sistema español en torno a la relevancia que para el *contradictorio sobre la prueba* reviste la efectiva lectura de estas declaraciones anticipadamente recibidas, comentarios todos que, permitiéndonos el recurso, damos por reproducidos para la efectiva reproducción o lectura de estas declaraciones en el sistema chileno.

**F) Valor probatorio y modificación de las circunstancias que hicieron procedente la prueba anticipada**

Del tenor de la letra a) del artículo 331 CPPCh se desprende que dos son los requisitos para que puedan incorporarse al juicio oral, mediante la reproducción o lectura de los registros respectivos, las declaraciones testimoniales o periciales practicadas anticipadamente y, en consecuencia, ser valoradas por el TJOP y consideradas para fundar la sentencia definitiva:

a) Que se haya materializado o se mantenga la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral; y

b) Que la declaración de este testigo o perito hubiera sido practicada ante el JG en una audiencia de prueba formal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 191 *bis*, 192 y 280 CPPCh.

**a) Mantenimiento o materialización de la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral**

Lo primero que debemos comentar es que el CPPCh es especialmente estricto al exigir que la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba personal tenida en vista para solicitar y decretar su declaración anticipada se haya materializado, es decir, que el testigo o perito efectivamente haya fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuviere ausente del país, o su residencia se ignorare.

La rigurosidad de la norma al exigir la materialización de la causa de indisponibilidad invocada en su oportunidad, parece morigerarse al prescribir que igualmente se puede proceder a esta reproducción o lectura en el caso de que *por cualquier motivo difícil de superar* el testigo o perito no pudiere declarar en el juicio. En esta frase entendemos incluida la exigencia efectuada por el legislador de que a la fecha de inicio de las sesiones del juicio oral, a lo menos, se mantengan las circunstancias que se tuvieron en vista para anticipar la prueba.

Con todo, creemos que cabe advertir que expresiones amplias como “cualquier motivo difícil de superar” deben ser adecuadamente ponderadas caso a caso y completadas por la jurisprudencia, teniendo como directriz al respecto la excepcionalidad que implica incorporar al juicio oral actuaciones con vocación probatoria pero llevadas a cabo fuera del juicio oral sin intermediación judicial.

Pese a esta exigencia general de materialización o mantenimiento de la causa de indisponibilidad, debemos consignar que este requisito es

regulado de manera específica en el artículo 191 *bis* CPPCh para la declaración anticipada en fase de investigación del menor víctima de alguno de los delitos de carácter sexual que la norma prevé, prescribiendo expresamente en su inciso segundo lo siguiente:

“Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de la prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral”.

Recordemos que este artículo 191 *bis* fue incorporado al CPPCh por la ley núm. 20.253 de 2008, en cuyos trabajos parlamentarios sólo se hace una referencia a este inciso señalando que la redacción de la norma es especialmente *flexible* al contemplar la hipótesis de que si cambiaban las circunstancias tenidas en vista para decretar esta prueba anticipada, la misma debía necesariamente rendirse de nuevo en el juicio oral<sup>1058</sup>.

Tanto la normativa general cuanto la especial del artículo 191 *bis* CPPCh responden a la lógica de la prueba anticipada, en términos de exigir que aquella indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, de carácter relativa, eventual pero racionalmente prevista o previsible que se adujo para solicitar la práctica anticipada del respectivo medio de prueba, a la época del juicio oral ya no sea una mera predicción sino una realidad, puesto que la figura de la anticipación probatoria torna inaplicable una de las reglas estructurales del sistema de enjuiciamiento penal chileno, cual es la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba establecida en los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh, a la vez que suprime uno de los principios procesales esenciales de la formación de la prueba como lo es el de la inmediación judicial.

---

<sup>1058</sup> *Discusión en Sala*, Cámara de Diputados, Legislatura 354, Sesión 83, 10 de octubre, 2006, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 146.

Además, tal como lo comentamos al estudiar las causas de indisponibilidad que contempla el CPPCh, las mismas constituyen todas hipótesis de imposibilidad relativa o sobrevenida, o sea, no congénitas o inherentes al medio de prueba testimonial o pericial y, en tal sentido, todas pueden llegar a ser superadas en la realidad, sea por el mejoramiento de la salud del testigo o perito, su traslado a Chile, etc.

Cabe consignar sobre esta normativa, por una parte, que el artículo 331 letra a) CPPCh, salvo la incorporación efectuada por la ley núm. 20.253 de 2008 de la posibilidad de “reproducción” del respectivo registro, provenía del proyecto original de CPPCh y no fue objeto de mayor debate en el punto que ahora analizamos durante los trabajos parlamentarios del CPPCh. Y, por otra, que por las razones expuestas en el párrafo precedente, esta normativa nos parece acertada en términos de considerarla una opción de política legislativa adoptada por el legislador chileno de manera expresa y que privilegia sobre la economía procesal la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba a la vez que la plenitud de contradictorio en su formación, dadas las ya comentadas posibles inadecuaciones que la prueba anticipada, fundamentalmente la practicada en la fase de investigación en el caso chileno, puede presentar con relación al objeto de la prueba que ha sido fijado en la audiencia de preparación del juicio oral.

Lo anterior pese a que se podría alegar que, si las circunstancias tenidas en vistas para decretar la anticipación de la prueba en fase de preparación del juicio o en la de juicio oral propiamente tal, no se mantienen para la época de celebración de éste bien podría solamente en el juicio reproducirse o darse lectura al registro para privilegiar la economía procesal, lo cierto es que creemos que en esta materia, que



corresponden a decisiones de política legislativa, el legislador chileno hizo una opción expresa que no podemos sino valorar positivamente.

**b) Que la declaración haya sido rendida bajo la modalidad de la prueba anticipada**

El artículo 331 letra a) CPPCh es claro al establecer como segundo requisito que se podrá proceder a la reproducción o lectura de los registros de declaraciones previas de testigos y peritos:

“[S]iempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280”.

Sobre esta disposición caben dos comentarios. El primero dice relación con que en el CPPCh promulgado en el año 2000 la norma sólo hacía referencia a los artículos 191 y 280 CPPCh, omitiendo el 192 que, como sabemos, regula la anticipación de la prueba testifical en el extranjero. Sólo en 2005, mediante la ley núm. 20.074, el legislador salvó esta omisión incorporando a continuación del numeral 191, el guarismo “192”, con lo cual el artículo pasó a incorporar la hipótesis de anticipación probatoria regulada en el artículo 192 CPPCh.

Sin embargo, cuando la ley 20.253 de 2008 agregó al CPPCh la hipótesis de anticipación probatoria de los menores víctimas de delitos sexuales, creando el artículo 191 *bis*, no dispuso la agregación de este artículo a la parte final de la letra a) del artículo 331 CPPCh. Aún cuando del propio tenor literal de 191 *bis*, especialmente de su inciso segundo, y del espíritu general que inspira esta disposición en orden a evitar la doble victimización del menor por la vía de impedir que el mismo deba relatar los hechos reiteradamente ante distintos órganos jurisdiccionales y ante el propio acusado, se puede desprender la necesidad de reproducir o leer el

registro respectivo en sustitución de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral, lo cierto es que debe lo antes posible efectuarse la correspondiente rectificación de la citada letra a) del artículo 331 CPPCh, agregando la referencia al artículo 191 *bis*.

El segundo comentario dice relación con la especial preocupación que tuvo el legislador del año 2000 de proteger el contradictorio en la formación de la prueba, señalándose en los trabajos parlamentarios del CPPCh que la lectura de estas declaraciones previas era admisible sólo en la medida que el respectivo testigo, que no concurrirá frente al TJOP, haya prestado declaración delante del JG, en presencia de las partes para que lo concontrinterroguen. Es decir, la referida prueba anticipada:

“[S]ólo vale en la medida en que hay o hubo derecho a contradecirla”<sup>1059</sup>.

En conclusión, si se cumplen las condiciones establecidas en la letra a) del artículo 331 CPPCh, la respectiva prueba anticipada será incorporada al juicio oral mediante la reproducción o lectura de su registro y, consecuentemente, valorada por el TJOP para fundar su convicción condenatoria o absolutoria, en las mismas condiciones que si se tratara de una prueba rendida en el juicio oral.

#### **4. La prueba anticipada en la jurisprudencia chilena**

Ante la escasez de sentencias sobre esta materia, puede concluirse, a primera vista, que la misma no es objeto de mayores debates ni de recursos procesales, situación que puede derivar de la

---

<sup>1059</sup> *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 344.

minuciosidad con que la ley regula la procedencia y requisitos que deben concurrir para su solicitud y práctica.

Con todo, la jurisprudencia se ha ocupado de aclarar algunos puntos, como por ejemplo el ámbito de aplicación de la anticipación probatoria, señalando que la lectura o reproducción regulada en la letra a) del artículo 331 CPPCh sólo se refiere a los *testigos y peritos* y no al imputado fallecido respecto de la declaración que voluntariamente se allanó a prestar ante el JG durante la fase de investigación, situación que puede, en cambio, incardinarse en la letra d) del mismo artículo, que señala que podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o *imputados*:

“d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía”.

Lo anterior, ha señalado la jurisprudencia, atendido que respecto de los derechos que le asisten a la defensa, no aparece que exista una razón diversa en uno y otro caso<sup>1060</sup>. Con todo, creemos, por una parte, que la hipótesis de fallecimiento de un coimputado que se allanó voluntariamente a prestar declaración ante el JG, con asistencia e intervención del respectivo fiscal y defensor, en caso alguno puede entenderse que se trata de una prueba anticipada en tanto esta declaración está concebida en el CPPCh sólo como un *medio defensa* (artículo 98 CPPCh). Y, por otra, consideramos que sería conveniente que la letra d) del artículo 331 CPPCh, se amplíe o se incorpore una nueva letra a este

---

<sup>1060</sup> SCA de San Miguel, 9 junio 2011, Rol CA N° 734-2011, Redactor Ministro señor Ricardo Blanco Herrera, Cdo. 5°. El asunto se ventiló en el marco de un recurso de apelación interpuesto por el ministerio público en contra del auto de apertura del juicio oral en el cual se excluyó en razón de ilicitud la lectura del acta y reproducción del audio de la declaración rendida por uno de los coimputados de la causa ante el JG.

artículo a fin de incluir la hipótesis de lectura o reproducción en el juicio oral del registro de la declaración del coimputado que ha fallecido, siempre y cuando la misma haya sido prestada ante el JG con todas las garantías y con la intervención y contradicción de las partes. Lo anterior, obviamente como una hipótesis distinta de la anticipación probatoria.

Más interesante resulta analizar la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de octubre de 2004, Rol CS 4377-2004, sin indicación de Redactor, que no da lugar a un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados en contra de la sentencia definitiva de condena del TJOP de Temuco, de 11 de septiembre 2004, RIT N° 77-2004, Redactor Magistrado señora Ester Valencia Durán. El recurso de nulidad se funda en la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, requiriendo la nulidad del juicio oral y de la sentencia en virtud de que se habría infringido la garantía constitucional que permite la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y el debido proceso. Los recurrentes sustentan el indicado recurso en los siguientes tres hechos: a) que en la fase de preparación del juicio oral el JG admitió de manera ilegal, infundada y arbitraria que la víctima y un testigo depusieran anticipadamente; b) que, a su vez, el TJOP permitió la incorporación al juicio oral de las indicadas pruebas anticipadas sin haber verificado la disponibilidad de la víctima y del testigo en la audiencia de dicho juicio; y c) que, además, las referidas pruebas anticipadas fueron incorporadas al juicio oral con infracción a la ley.

En este caso la Corte Suprema no dio lugar al recurso por estimar que en parte el mismo se fundaba en vicios acaecidos con anterioridad al juicio oral, razón por la cual quedaban excluidos del recurso de nulidad y, con respecto a los vicios de procedimiento que habrían tenido lugar durante el juicio oral, porque el recurso de nulidad no fue debidamente

preparado por el recurrente de conformidad al artículo 377 CPPCh<sup>1061</sup> (Cdo. 2°).

A continuación procederemos a analizar estos dos argumentos de la Corte de cara a los tres hechos alegados para fundar el recurso, a fin de comentar su acierto o desacierto.

Con relación al primer hecho, la Corte señaló que el vicio denunciado había acaecido con anterioridad al juicio oral, razón por la cual quedaba excluido del recurso de nulidad. Al respecto podemos comentar que es efectivo que en un recurso de nulidad no pueden ventilarse cuestiones resueltas de manera previa al juicio oral por el respectivo JG en la fase de preparación del juicio, en razón de que dichas resoluciones ya se encuentran firmes para la fase de juicio oral. Debemos dejar en claro que, de conformidad a los artículos 362, 363 y 370 CPPCh, la resolución por la que el JG acuerda admitir la solicitud de prueba anticipada, cualquiera sea la fase del procedimiento de que se trate, sólo es susceptible de recurso de reposición y éste último siempre y cuando la decisión haya sido adoptada fuera de una audiencia o, habiéndose adoptado dentro de una audiencia, la decisión no hubiere sido precedida de debate; y, en cuanto a la apelación, la referida resolución no la admite

---

<sup>1061</sup> “Artículo 377.- Preparación del recurso. Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regule el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto.

No será necesaria la reclamación del inciso anterior cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.”

por no encuadrar la misma en ninguna de las dos hipótesis contempladas en el artículo 370 CPPCh<sup>1062</sup>.

En lo relativo al segundo hecho invocado como fundamento del recurso, es decir, falta de verificación por parte del TJOP de la disponibilidad de los testigos en la audiencia del juicio oral, cuestión que, recordemos, corresponde a uno de los dos requisitos que prescribe el artículo 331 letra a ) CPPCh para proceder a la reproducción o lectura del registro de la prueba anticipada, debemos consignar que en la citada sentencia del TJOP sólo se lee que la defensa alegó la “inexistencia de la víctima” fundando esta insólita alegación en que dicha víctima no había comparecido a la audiencia del juicio oral, constando su declaración solamente en una transcripción de su registro de audio (Cdo. 7°). Si bien esta alegación fue mal formulada, creemos que la Corte Suprema pudo darle una lectura garantista y favorable al derecho al recurso en orden a estimarla como alegación de falta de comprobación del primero de los requisitos que el artículo 331 letra a) CPPCh establece para proceder a la lectura de declaraciones anticipadas de testigos, esto es, la materialización o mantenimiento de la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral. De haber procedido de esta manera la Corte, se podría haber tenido por debidamente preparado el recurso en los términos que exige el artículo 377 CPPCh y se hubiese podido entrar al fondo del mismo dada la gravedad del vicio denunciado. Esto último lo señalamos porque consideramos que, dada la existencia de la regla

---

<sup>1062</sup> Lo anterior en tanto el artículo 280 CPPCh no establece expresamente la apelación respecto de la resolución por la que el JG decreta la prueba anticipada, mientras que, por su parte, el artículo 370 CPPCh establece que las resoluciones pronunciadas por el JG serán apelables en los siguientes dos eventos: a) cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de 30 días, y b) cuando la ley lo señalare expresamente.

estructural del sistema procesal penal chileno en torno a la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba procesal, a la norma del artículo 331 letra a) CPPCh sólo cabe darle una lectura restringida y cumplir estrictamente con las dos exigencias que la misma establece para proceder a la *excepcionalidad* que supone incorporar la prueba anticipada al juicio oral en reemplazo de la rendida en el juicio oral.

Finalmente, respecto al tercer hecho denunciado en el recurso, relativo a la ilegalidad cometida en la incorporación de estas declaraciones anticipadas al juicio oral, la Corte nuevamente argumentó la falta de preparación del recurso en los términos exigidos por el artículo 377 CPPCh.

Sobre este punto cabe consignar, como un antecedente relevante, que en la sentencia impugnada del TJOP consta de manera escueta que se procedió a la lectura de la transcripción del registro de audio de la declaración de la víctima y de uno de los testigos, cumpliéndose con ello con lo dispuesto en el artículo 333 CPPCh dada la calidad o condición de “prueba documental” de tales transcripciones (Cdo. 7°). Sin perjuicio de lo anterior, en la parte relativa a la descripción de los medios de prueba de las partes, el fallo del TJOP reproduce brevemente el contenido de ambas declaraciones (Cdo. 5° letra a).

Llama la atención que el TJOP califique a la transcripción del registro de audio de estas declaraciones de “prueba documental” y acuerde su lectura de conformidad al artículo 333 CPPCh que, recordemos, permite al tribunal autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura resumida de la misma y no consigne con claridad que se procedió a la *reproducción o lectura íntegra* de la referida transcripción de acuerdo al artículo 331 letra a) CPPCh, que es la norma que resulta

aplicable prioritariamente a la incorporación de la prueba anticipada en el juicio oral. No se desprende del tenor de las dos sentencias comentadas, la del TJOP y la de la Corte Suprema, cuál es la infracción legal que aduce la defensa en la incorporación de esta prueba anticipada, porque lo que sí queda claro es que se procedió a la lectura del respectivo registro (Cdo. 7° STJOP). Ahora bien, si la denuncia del recurrente se refiere a que se procedió a efectuar sólo una lectura parcial del registro de estas declaraciones anticipadas, en último caso debemos concluir que la misma resulta ser una denuncia impertinente en tanto, de conformidad al propio artículo 333 CPPCh, norma que en definitiva se aplicó, para proceder a tal modalidad de lectura o reproducción ha de contarse con el acuerdo de las partes, de lo contrario no procede. Lamentablemente la STJOP de Temuco no da cuenta de alguna oposición del recurrente en torno a la modalidad de lectura con que se incorporó las pruebas anticipadas en cuestión, por lo que la Corte acierta en estimar que se ha producido una falta de preparación del recurso según el artículo 377 CPPCh.

## **5. Conclusiones**

En síntesis, en torno al régimen legal de la prueba anticipada en Chile y a su somero tratamiento jurisprudencial podemos consignar, a lo menos, las siguientes conclusiones:

a) Dado que la solicitud de prueba anticipada es siempre resuelta por el JG, creemos que debe ventilarse dicha cuestión en el marco de una audiencia donde la parte contraria al solicitante pueda ejercer debidamente su derecho a oponerse a la misma si estima que no se dan los requisitos de procedencia que establecen los artículos 191, 191 *bis*, 192 y 280 CPPCh. Lo anterior, por cuanto la reposición se encuentra muy limitada respecto de las resoluciones pronunciadas en audiencia y



este tipo de resoluciones no son susceptibles de recurso de apelación, según se desprende de los artículos 363, 280 y 370 CPPCh.

b) Que, en todo caso, los requisitos que la ley dispone para la procedencia de la prueba anticipada en las tres fases del procedimiento penal deben ser comprobados e interpretados por el JG de manera estricta dado que esta modalidad de prueba hace excepción a una de las reglas estructurales del nuevo sistema establecido por el CPPCh, cual es el de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba.

c) Que, en el respectivo registro de la práctica de la prueba anticipada, debiera dejarse constancia de la oposición y recursos de que fue objeto la correspondiente solicitud o resolución del JG. Lo anterior con vistas al cumplimiento del requisito de preparación de un eventual recurso de nulidad exigido por el artículo 377 CPPCh.

d) Con miras al cumplimiento de esta preparación, la parte contraria a quien ofrece la prueba anticipada, en especial la defensa respecto de la anticipación de la prueba de cargo, debe ser diligente a la hora de oponerse a la incorporación de la misma al juicio oral si considera que no se dan algunos de los requisitos del artículo 331 letra a) CPPCh, los que deben nuevamente ser comprobados e interpretados de manera estricta por el TJOP.

Consignemos, además, que si lo que se alega es el incumplimiento del segundo de los requisitos establecidos en la letra a) del referido artículo 331, el futuro recurso de nulidad puede, además de la causa de la letra a) del artículo 373CPPCH, fundarse en la de la letra c) del artículo 374 CPPCh, es decir, cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga, motivo del recurso de

nulidad que no requiere preparación de conformidad al inciso segundo del artículo 377 CPPCh.

e) Igual actitud se debe tener respecto al cumplimiento estricto de lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 331 CPPCh en torno a la incorporación de la prueba anticipada, haciendo prevalecer esta norma sobre el artículo 333 CPPCh.

Ello, por una parte, en razón de que la norma de la letra a) del artículo 331 CPPCh es específica de la prueba anticipada y no autoriza en su texto la reproducción o lectura parcial del registro, como si lo permite el 333 CPPCh, norma esta última que es genérica respecto de las reproducciones de registros de audio. Y, por otra, porque en caso alguno puede considerarse a los registros de prueba anticipada como prueba documental como lo efectúa el fallo analizado del TJOP, incurriendo dicho fallo en una confusión ya superada por la jurisprudencia y doctrina española, remitiéndonos a lo dicho a este respecto en el capítulo anterior en tanto los argumentos ahí expuestos resultan plenamente aplicables al sistema chileno.

Además, cabe señalar que estas reproducciones parciales de la prueba anticipada pueden generar una suerte de descontextualización de los dichos de los testigos, amén de constituir una metodología que termina por privar al TJOP del cabal conocimiento de dicha prueba y por afectar el derecho de las partes al debido contradictorio *sobre* la prueba.

## **IV. LECTURA DE DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN JUDICIAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 730 LECRIM**

### **1. Introducción**

Con carácter de excepción a la regla del artículo 741 LECRIM se encuentra la posibilidad otorgada por el artículo 730 de la misma ley que señala:

“Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

La norma no es original de la vigente LECRIM de 1882, sino que encuentra su antecedente en el artículo 642 de la LECRIM de 1872, con un texto prácticamente idéntico al actual artículo 730 en estudio<sup>1063</sup>.

Sin embargo, no existen antecedentes en los trabajos de redacción de esta norma en la LECRIM de 1872 ni en la vigente que pudieran dar luz acerca del exacto sentido de esta excepción dada la parquedad de su tenor literal, lo que ha dado pie para variadas interpretaciones e interrogantes que trataremos de dilucidar en las páginas venideras.

### **2. Aclaraciones terminológicas. Denominación y diferencias con la prueba anticipada**

- A) Denominación: de la “prueba preconstituida” a la indisponibilidad para el juicio oral de la fuente de prueba obtenida en diligencias sumariales por causas sobrevenidas e imprevisibles**

---

<sup>1063</sup> Art. 642: “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquellas no pudieren ser hechas de nuevo en el juicio oral”.

Desde el punto de vista terminológico la jurisprudencia ha venido desde algún tiempo a esta parte en denominar *prueba preconstituida* a todas aquellas hipótesis que es posible encuadrar dentro de la norma del 730 LECRIM, señalando que cuando:

“[L]as diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral es posible traerlas al mismo como *prueba anticipada o preconstituida*, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, resulta preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción.”<sup>1064</sup>

El origen de la expresión se suele remontar a la obra de Jeremías Bentham quien, en la quinta división que realiza de las pruebas, señala que éstas pueden clasificarse en pruebas por *escritos causales* y pruebas por *escritos preconstituidos*, advirtiendo que la segunda de las denominaciones apareció por primera vez en un libro de jurisprudencia que el autor no cita y que se encuentran constituidas por el “testimonio aportado a un juicio, consistente en un escrito auténtico, que ha sido hecho con arreglo a ciertas formas legales *para ser empleado eventualmente* con el carácter de prueba jurídica”, mientras que la prueba causal consiste en “el testimonio que se aporta en un juicio y que no fue

---

<sup>1064</sup> La persistencia en el tiempo de esta doctrina puede apreciarse en la lectura de las siguientes SSTC 137/1988 (Sala Segunda), 7 junio, FJ. 2º; 182/1989 (Sala Primera), 3 de noviembre, FJ. 2º; 201/1989 (Sala Primera), 30 noviembre, FJ. 3º; 303/1993 (Sala Primera), 25 octubre, FJ. 3º; 323/1993 (Sala Primera), 8 noviembre, FJ. 2º; 32/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 4º; 36/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 2º; 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º; 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 2º; 280/2005 (Sala Primera), 7 noviembre, FJ. 2º; 345/2006 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 3º; 29/2008 (Sala Segunda), 20 febrero, FJ. 5º; y todas las en ellas citadas.

hecho para el mismo, es decir, *con intención directa por parte de su autor de que fuese empleado como prueba jurídica*”<sup>1065</sup>.

Desde entonces y sin mayor reflexión se ha utilizado por la doctrina la expresión prueba preconstituida y, tal como lo hemos referido, la jurisprudencia española la ha importado desde el ámbito civil, ámbito al que propiamente pertenece, al penal y ha recurrido a esta expresión para referirse a las hipótesis del artículo 730 LECRIM, incurriendo en un error conceptual que pasamos a exponer.

Tal como se desprende del concepto elaborado por Bentham, lo que caracteriza a la prueba preconstituida es la intención o propósito con que ha sido creada y que no es otro que el de acreditar en el futuro la existencia de algún acto o relación jurídica<sup>1066</sup>. En síntesis, siguiendo a Ortells, la prueba preconstituida es “una prueba *por si* hubiera proceso” o, más técnicamente, “la preparación extraprocesal de la fuente de prueba”<sup>1067</sup>.

En consecuencia, es claro que las hipótesis que cubre el artículo 730 LECRIM malamente pueden catalogarse de pruebas preconstituidas, en tanto se caracterizan por tratarse de fuentes de prueba que por causas sobrevinientes e imprevisibles *ajenas a la voluntad de las partes* se tornan indisponibles para ser practicadas en el juicio oral a través del correspondiente medio de prueba. Si esto es así, queda automáticamente

---

<sup>1065</sup> BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., págs. 23-24. (La cursiva es nuestra).

<sup>1066</sup> En este sentido, SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba...*, cit., pág. 161.

<sup>1067</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., nota número 14, pág. 256. (La cursiva es nuestra).

eliminado de estas hipótesis el elemento *volitivo* que subyace en la creación de las pruebas preconstituidas de Bentham.

Precisamente el indicado factor de intencionalidad en la preconstitución de la prueba la torna en una categorización difícilmente importable al ámbito del proceso penal en general, donde claramente no existe la voluntad de los autores del ilícito de “preconstituir” pruebas que puedan ser utilizadas más tarde como prueba jurídica en el juicio donde se juzguen dichos ilícitos. De ahí, que pese a la insistencia jurisprudencial en utilizar esta denominación, concordamos con gran parte de la doctrina en postular la erradicación de esta nomenclatura en el proceso penal, reservándola sólo al proceso civil donde sí que constituyen la regla general<sup>1068</sup>.

Pero además de las razones meramente conceptuales, existen otras que consideramos de carácter más sustancial para oponerse a la utilización de la expresión “prueba preconstituida” en el ámbito del proceso penal en general y, todavía más, en el ámbito de aplicación del artículo 730 LECRIM en particular. Nos referimos al riesgo evidente que implica catalogar de “prueba preconstituida” a cualquier diligencia policial o sumarial, sin tener presente las exigencias de la actividad

---

<sup>1068</sup> En sentido crítico con la utilización de la expresión “prueba preconstituida” para referirse a las hipótesis del art. 730 LECRIM, entre otros, ALMAGRO NOSETE, José, “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 21-22 (versión electrónica); DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 43-46; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 323; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, cit., págs. 15-18 (versión electrónica); MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba...”, en *Revista de Derecho Procesal*, cit., págs. 480-81; y VILLAGÓMEZ, Marco, “Anticipación...”, en *Homenaje ...*, T. II, cit., nota núm. 5, págs. 1786-87.

probatoria en el proceso penal y admitir, en consecuencia, su ingreso al acervo probatorio que sirve de fundamento a la sentencia por la vía del artículo 730 LECRIM. Lo anterior porque no basta con que una diligencia sea irrepetible para proceder a su lectura en el juicio oral para otorgarle valor probatorio. En nuestra opinión, el factor más decisivo para que determinadas diligencias sumariales puedan llegar a ser valoradas como pruebas será el haz de garantías que rodearon su práctica en fase de instrucción y sólo si ello acontece, puede plantearse su introducción en el juicio oral a través de la lectura de la respectiva acta. Si estos elementos no se tienen claros, el riesgo de valorar cualquier diligencia sumarial por considerarla “prueba preconstituida” o encuadrable dentro del artículo 730 LECRIM es enorme y, por lo mismo, inaceptable<sup>1069</sup>.

En síntesis, la prueba preconstituida tiene un claro elemento *intencional* y *finalista* que apunta a la formación fuera y antes del proceso de una fuente de prueba con vocación de ser introducida luego en el juicio a través del respectivo medio de prueba. Pero, además y partiendo de que todas las fuentes de prueba son al menos preexistentes al proceso, creemos que por regla general la preconstitución es más bien una categoría que puede predicarse de las fuentes de prueba y así concluir que habrán fuentes de pruebas preexistentes causales o circunstanciales y fuentes de prueba preexistente preconstituidas,

---

<sup>1069</sup> Con todo, dejemos constancia que existe un autorizado aunque minoritario sector doctrinal que defiende la utilización de la expresión prueba constituida en el ámbito penal. Así, por ejemplo, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., nota número 269, pág. 276; y GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., pág. 285-88, 303-04, 322-25 y 331, recomendando, por cierto, la lectura íntegra del Capítulo Cuarto de la citada obra de Guzmán Fluja titulado “La preconstitución de la fuente de prueba”, págs. 285-382.

constituyendo un ejemplo de estas últimas la persona que es requerida para *presenciar* ciertos acontecimientos, con vistas a su futuro llamamiento como testigo en el también futuro y eventual juicio<sup>1070</sup>.

Al hilo de lo anterior, es evidente que esta categoría llamada “prueba preconstituida” nada tiene que ver con las hipótesis contempladas en el artículo 730 LECRIM, que es en estos momentos el tema que nos interesa y que concretamente se refiere a los casos de indisponibilidad para el juicio oral de la fuente de prueba obtenida en diligencias sumariales por causas sobrevenidas e imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes.

Con todo, sí podemos coincidir con Díaz Cabiale en que se podría utilizar, con especial prudencia, la noción de prueba preconstituida en el ámbito penal como incluso una categoría intermedia entre la prueba anticipada y la prueba procesal propiamente tal en un supuesto concreto: el registro domiciliario que se practica con la presencia judicial y asistencia del Secretario, sin perjuicio de la correspondiente lectura del acta de la diligencia en el juicio oral para garantizar la contradicción efectiva que no existió en el momento de su producción y del derecho que asiste a la defensa de poder solicitar siempre la presencia de los testigos que presenciaron la actuación sumarial (artículo 569 LECRIM) o de los agentes que la practicaron<sup>1071</sup>.

## **B) Confusión y diferencias con la prueba anticipada**

---

<sup>1070</sup> En este sentido, SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba...*, cit., págs. 165 y 343. En sentido similar, GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 285-88 y 295-97.

<sup>1071</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 45-46.



Otros de los puntos oscuros que trae aparejado el estudio del artículo 730 LECRIM y de su ya apuntada confusión con la prueba preconstituida, es la frecuente equiparación hecha por la jurisprudencia ahora entre las nociones de prueba anticipada y las hipótesis que contempla el artículo 730 LECRIM, a las que se insiste en englobar como supuestos de prueba preconstituida. Buena muestra de esta confusión constituye el siguiente pronunciamiento del TC que, tras señalar la regla general de que la prueba ha de practicarse en el juicio oral de conformidad al artículo 741 LECRIM, ha dicho:

“De la anterior regla general, tan sólo cabe exceptuar los supuestos de prueba *preconstituida y anticipada* (...), que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos, con respecto de los cuales se *prevé su imposibilidad* de reproducción en el juicio oral y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción”<sup>1072</sup>.

Muchos son los autores que han denunciado esta confusión<sup>1073</sup>, dentro de los cuales citaremos a Ortells quien ha señalado que el

---

<sup>1072</sup> STC 182/1989 (Sala Primera), 3 de noviembre, FJ. 2º y STC 217/1989 (Sala Primera), 21 diciembre, FJ. 2º, actuando en ambas como Ponente D. Vicente Gimeno Sendra, sentando una doctrina bastante sostenida en el tiempo (la cursiva es nuestra). Véase también algunas sentencias en que el TC procede a establecer los requisitos de la “prueba preconstituida y anticipada” en conjunto, como si se tratase de una misma cosa, SSTC 141/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 4º; 94/2002 (Sala Segunda), 22 abril, FJ. 3º, Ponente en ambas D. Vicente Conde Martín de Hijas; y 148/2005 (Sala Segunda), 6 junio, FJ. 2º y 3º, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo. En este último fallo, en su FJ. 3º, el TC señala: “Que la declaración de la víctima del robo incriminando al recurrente como autor del mismo se produjo *desde un principio con carácter de prueba preconstituida*, dada la condición de extranjero no residente en España del testigo”. (La cursiva es nuestra).

<sup>1073</sup> Entre otros, Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 43-45; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 321-23; VILLAGÓMEZ, Marco, “Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso penal: análisis jurisprudencial”, en *Revista de derecho y Proceso Penal*, cit.,

concepto de prueba preconstituida es más amplio y esencialmente distinto al de la prueba anticipada, en tanto en la formación de la prueba preconstituida no se requiere intervención de un órgano jurisdiccional, ni constatación formal de que la prueba es irreproducible, ni que se respete la contradicción, razones por las cuales su calidad de prueba tampoco se determina del mismo modo que respecto a la prueba anticipada<sup>1074</sup>.

En nuestra opinión, la radical y principal diferencia entre la anticipación probatoria y las hipótesis del 730 LECRIM, tal como ya hemos tenido oportunidad de indicar, recae en que la prueba anticipada se practica precisamente por la *previsibilidad razonable* de la falta de disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, mientras que todas las hipótesis incardinables dentro del artículo 730 LECRIM, suponen la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio por causas independientes de la voluntad de las partes y de carácter imprevistas e imprevisibles racionalmente.

Con todo, es necesario destacar que existen también pronunciamientos del TC en los que, además de descartar la utilización del concepto de prueba preconstituida, se diferencian claramente las hipótesis de prueba anticipada de las incardinables en el artículo 730 LECRIM, señalando que constituyen excepciones a la regla del artículo 741 LECRIM:

“Por una parte, los casos de prueba anticipada (...) y, de otra, los supuestos en que las diligencias sumariales son reproducidas en el

---

pág. 89; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 738-39.

<sup>1074</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., nota número 14, pág. 256.

juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción”<sup>1075</sup>.

Por su parte, del análisis de la más reciente doctrina del TS puede también concluirse que la confusión entre la anticipación probatoria y las hipótesis del artículo 730 LECRIM puede entenderse superada, aunque se siga denominando a estas últimas como “prueba preconstituida”. En efecto, aún reconociendo que el asunto no es del todo pacífico, el TS ha señalado que el factor previsibilidad es el elemento esencial para diferenciar las hipótesis de anticipación probatoria de las encuadrables dentro del artículo 730 LECRIM, añadiendo que:

“Suele distinguirse, en razón de dicha previsibilidad, entre prueba anticipada (cabe la previsión de la eventualidad de imposible reproducción) y preconstituida (faltaba la posibilidad de aquella previsión al tiempo de la práctica de la investigación sumarial). Pero los citados términos no son pacíficos. No faltan quienes asimilan los casos bajo la rúbrica genérica de preconstitución de prueba, o, lo que es más arriesgado, denominan prueba a la diligencia anticipada no reiterable en el juicio, pero utilizable a efectos de decidir la imputación”<sup>1076</sup>.

Finalmente, también hemos encontrado una reciente jurisprudencia del TS que sistematiza las excepciones al artículo 741 LECRIM de la siguiente manera, tomando como base la prueba testifical:

---

<sup>1075</sup> SSTC 161/1990, (Sala Primera), 19 octubre, FJ. 2º; 34/1996 (Sala Segunda), 11 marzo, FJ. 3º; 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 6º; 12/2002 (Sala Primera), 28 enero, FJ. 4º; 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º; 25/2003 (Sala Segunda), 10 febrero, FJ. 3º; 38/2003 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 6º; 142/2003 (Sala Segunda), 14 julio, FJ. 3º; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º; y 206/2003 (Sala Primera), 1 diciembre, FJ. 2º.

<sup>1076</sup> SSTS 225/2009, (Sala Penal), 2 marzo, FJ. 1º; y 379/2009, (Sala Penal), 13 abril, FJ. 1º, Ponente en ambas D. Luciano Varela Castro.

a) "Prueba anticipada en sentido propio" que, con completa salvaguarda de la inmediación judicial, se admite en el procedimiento ordinario en el artículo 657.3 y en el abreviado en los artículos 781.1 apartado tercero y 784.2, todos de la LECRIM.

b) "Prueba preconstituida" o "anticipada en sentido impropio", regulada en el procedimiento abreviado en el artículo 777 y en el ordinario en los artículos 448 y 449, todos de la LECRIM, que supone un sacrificio de la inmediación judicial, quedando reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje.

c) El artículo 730 LECRIM que se refiere exclusivamente a aquellas declaraciones testificales que tampoco es posible, como en los anteriores casos, prestarse en el juicio oral, pero que a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles<sup>1077</sup>.

### **3. Objeto de la lectura dispuesta por el artículo 730 LECRIM**

La parquedad de la disposición en estudio nos obliga a intentar dilucidar qué quiso decir el legislador con la expresión "diligencias practicadas en el sumario" y, con ello, intentar aclarar también qué actuaciones o diligencias no son susceptibles de ingresar al acervo probatorio por la vía del citado artículo.

#### **A) Actuaciones o diligencias susceptibles de ser leídas a través del artículo 730 LECRIM**

Tal como lo advierte Miranda Estrampes, dos han sido las posturas sostenidas por la doctrina sobre este punto<sup>1078</sup>. La primera de

---

<sup>1077</sup> SSTS 96/2009, (Sala Penal), 10 marzo, FJ. 3º; y 192/2009, (Sala Penal), 24 febrero, FJ. 4º, Ponente en ambas D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

<sup>1078</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 245.

ellas postula una interpretación amplia del artículo 730 LECRIM, señalando que la norma incluye a las diligencias judiciales de instrucción y a cualesquiera otras practicadas antes de la incoación del sumario o de las diligencias previas en el procedimiento abreviado, tales como las diligencias policiales de investigación o las practicadas por el Ministerio Fiscal o las practicadas en otros procesos distintos o en expedientes administrativos, debiendo cumplir todas ellas con el requisito de ser “irreproducibles” en el juicio oral.

La segunda postura, ciertamente mayoritaria, es de carácter restringida señalando que lo que se puede leer por la vía del artículo 730 son diligencias de investigación de carácter judicial, es decir, necesariamente practicadas dentro del sumario y con intervención del órgano jurisdiccional o, en pocas palabras, *diligencias judiciales de instrucción*<sup>1079</sup>. Esto, desde luego, incluye los documentos que recogen los actos de investigación de la instrucción previa judicial en el procedimiento ordinario, de las diligencias previas del proceso abreviado y de las diligencias urgentes del procedimiento de enjuiciamiento rápido, quedando fuera del precepto en estudio los actos de investigación de procedimientos no judiciales y, en todo caso, siempre que en la realización de todos estos actos se hayan observado las garantías necesarias para la defensa<sup>1080</sup>.

---

<sup>1079</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 259; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 196-240; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 269-75; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 344-47; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La práctica probatoria...”, en *La instrucción...*, cit., pág. 18 (versión electrónica); y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 97-100.

<sup>1080</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 259.

**B) Diligencias o actuaciones que no son susceptibles de ser leídas por la vía del artículo 730 LECRIM**

Coincidiendo con la postura restringida apuntada en el aparatado anterior, quedan fuera de la lectura autorizada por el artículo 730 LECRIM:

a) Las diligencias realizadas por la Policía, ya sean previas a la iniciación del sumario o posteriores a su iniciación e incluso tratándose de actuaciones ejecutadas por la Policía por delegación o mandato expreso del Juez de Instrucción;

b) Las diligencias efectuadas por el Ministerio Fiscal en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 5 del EOMF y 773 LECRIM, especialmente en su numeral 2; y

c) Las declaraciones prestadas en otros procedimientos, judiciales o no.

A estas actuaciones y a los vaivenes jurisprudenciales que en torno a su lectura por la vía del artículo 730 LECRIM pasaremos a referirnos brevemente a continuación.

**a) Diligencias realizadas por la Policía**

Como es sabido el artículo 297 LECRIM otorga al atestado y a las manifestaciones formuladas en él por los funcionarios policiales sólo valor de denuncia, añadiendo la norma que las demás declaraciones que prestaren estos funcionarios “deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”.

Acorde con esta disposición, la doctrina del TC se ha uniformado desde la década de los años ochenta del siglo pasado en el sentido de

otorgar valor meramente de denuncia al atestado policial advirtiéndole que la afirmación contenida en el párrafo segundo del artículo 297 LECRIM ha de situarse en su debido contexto: “el de la fase de averiguación o instrucción sumarial”<sup>1081</sup>, pudiendo sólo hablarse de prueba cuando tal actuación testifical sea reiterada y reproducida en el juicio oral, de modo que pueda realizarse la oportuna confrontación de la otra parte<sup>1082</sup>.

En consecuencia, para que los resultados de las investigaciones policiales puedan ingresar al acervo probatorio es necesario que el agente que en ellas intervino declare en el juicio oral, con respeto a los principios de contradicción e inmediación y, además, que dichas diligencias de investigación se hayan realizado con estricta observancia de las garantías necesarias que la ley y la jurisprudencia establecen.

Sin embargo, la misma jurisprudencia ha efectuado matizaciones a la regla del valor de denuncia del atestado, lo cual revela algunas contradicciones o interpretaciones más flexibles que han intentado otorgar a ciertos elementos contenidos en el atestado un valor superior al meramente legal de denuncia como son, de una parte, las declaraciones

---

<sup>1081</sup> STC 101/1985 (Sala Primera), 4 octubre, FJ. 2º, Ponente Dª. Gloria Begué Cantón. Tan sólo apuntar que llama la atención en la sentencia citada que, pese al pronunciamiento inicial, termine por concluir que las declaraciones de los agentes policiales contenidas en el atestado integran la *fase de averiguación o instrucción sumarial* por cuanto, en nuestra opinión, estas declaraciones y el atestado mismo son previos incluso a la fase de sumario, constituyendo una actividad preprocesal y extrajudicial. En el mismo sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 201-02 y ROCA MARTÍNEZ, José María, “Eficacia probatoria del atestado policial en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho*, Año L, núms. 598-599, julio-agosto 1994, págs. 8158-160.

<sup>1082</sup> En este sentido, entre muchas, SSTC 9/1984 (Sala Primera), 30 enero, FJ. 2º; 100/1985 (Sala Primera), 3 de octubre, FJ. 1º; 145/1985 (Sala Primera), 28 octubre, FJ. 4º; 159/1985 (Sala Segunda), 27 noviembre, FJ. 1º; 173/1985 (Sala Segunda), 16 diciembre, FJ. 2º; 175/1985 (Sala Primera), 17 diciembre, FJ. 4º; 49/1986 (Sala

testificales rendidas ante la policía y reproducidas en el atestado y de otra, los llamados “elementos objetivos” contenidos en el atestado, tales como croquis, test de alcoholemia, etc.<sup>1083</sup>.

En lo referente a las declaraciones testificales contenidas en el atestado, en una primera etapa la jurisprudencia concedió valor a las declaraciones testificales rendidas en sede policial e incorporadas al atestado<sup>1084</sup>, para luego no dar cabida alguna a dicha valoración, señalando que las matizaciones efectuadas por la jurisprudencia en torno a otorgar algún valor al atestado sólo alcanzan a aquellos “datos objetivos” del mismo, pero que “tratándose de las declaraciones realizadas ante la policía no hay excepción posible”<sup>1085</sup>.

Coincidimos con esta segunda postura jurisprudencial por cuanto las declaraciones de testigos ante la policía no pueden considerarse como prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia, ni siquiera por la vía de la lectura prevista en el artículo 730 LECRIM si se

---

Primera), 23 abril, FJ. Único; 80/1986 (Sala Primera), 17 junio, FJ. 2º; 22/1988 (Sala Segunda), 18 febrero, FJ. 3º; y 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º y 5º.

<sup>1083</sup> Sobre esta evolución y contradicciones de la jurisprudencia del TC y TS, resulta interesante e ilustrativa la lectura de ROCA MARTÍNEZ, José María, “Eficacia probatoria del atestado policial en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho*, cit., págs. 8162-177.

<sup>1084</sup> STC 4/1986 (Sala Segunda), 20 enero, FJ. 2º, Ponente D. Antonio Truyol Serra. Otro caso lo podemos encontrar en STC 116/1983 (Sala Segunda), 7 diciembre, FJ. 2º, Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra, donde se valora las declaraciones testimoniales incorporadas al sumario, señalando que “su testimonio de cargo coincide con cuanto declaró el acusado, primero en el atestado policial y luego ante el juez de instrucción en una primera declaración y posteriormente en la indagatoria, comprensivas realmente de los hechos llevados al “factum” de la sentencia”. Véase, también, STC 55/1982 (Sala Segunda), 26 julio, antecedentes núm. 2 y FJ. 2º, Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra.

<sup>1085</sup> STC 79/1994 (Sala Primera), 14 marzo, FJ. 3º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra y las en ella citadas. Sobre el punto, véase también MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 348-50.



tornan irreproducibles en el juicio. A ello se opone, en primer lugar, el tenor literal del artículo 730 LECRIM, en tanto dichas declaraciones no constituyen “diligencias practicadas en el sumario” dado que son preprocesales y extrajudiciales y, en segundo lugar, porque no se han rendido con las garantías de contradicción, intermediación ni publicidad propias de la prueba procesal y que en gran medida se exigen también para aquellas diligencias sumariales susceptibles de ser leídas por la vía del artículo 730 LECRIM<sup>1086</sup>, como más adelante veremos.

Otra de las vías jurisprudenciales que debilitan la regla del valor de denuncia del atestado se encuentra constituida por el otorgamiento de valor probatorio concedido a la declaración del funcionario policial que recibió la declaración de un testigo en sede policial bajo la modalidad de un testimonio de referencia amparándose en párrafo 2º del artículo 297 LECRIM.

En este sentido se pronuncia el TC en la sentencia 217/1989, de 21 de diciembre, al considerar que la declaración en el juicio oral del agente de la Policía Municipal que no presencié los hechos delictivos, pero que sí asistió al momento en que las víctimas, de nacionalidad holandesa, reconocieron en la calle a los dos acusados como los autores del robo con intimidación y que intervino en la detención, constituye “mínima actividad probatoria” capaz de desvirtuar la presunción de inocencia<sup>1087</sup>.

---

<sup>1086</sup> En el mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 347-48; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 204-06; y VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 269-71.

<sup>1087</sup> 217/1989 (Sala Primera), 21 diciembre, FJ. 4º, 5º y 6º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra. En el mismo sentido, STC 79/1994 (Sala Primera), 14 marzo, mismo Ponente.

Hemos dicho que no somos partidarios de esta postura jurisprudencial porque nos parece un subterfugio para eludir, no sólo dos como opina Miranda Estrampes<sup>1088</sup>, sino tres disposiciones legales a la vez:

a’) El artículo 741 LECRIM al valorar un elemento que bajo ningún punto de vista puede considerarse prueba procesal del juicio oral, sobre todo porque se trataría de una prueba indirecta o referencia de un testimonio que se otorgó sin garantías de contradicción y defensa para el acusado.

b’) El artículo 730 LECRIM al pretender que por su vía se incorpore al material probatorio del fallo una actuación preprocesal y extrajudicial que en caso alguno puede calificarse de “diligencia practicada en el sumario”.

c’) El artículo 297.2 LECRIM que permite conceder valor de prueba testifical a las declaraciones de los funcionarios policiales, pero sólo cuanto recae en “hechos de conocimiento propio” y que, en todo caso, tampoco autoriza a valorar directamente desde el atestado tales declaraciones sino que exige la comparecencia de los agentes a la audiencia del juicio oral. A esto último hay que añadir que si por esta vía el tribunal pretende valorar precisamente la declaración prestada por el testigo directo contenida en el atestado y no la declaración del policía acerca de lo que oyó decir a ese testigo directo, claramente se está eludiendo lo dispuesto en los artículos 741 y 730 LECRIM<sup>1089</sup>.

---

<sup>1088</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 352.

<sup>1089</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 353.

Con todo, hemos de advertir que este punto tampoco es pacífico entre los autores que parten de una interpretación más flexible que ha efectuado principalmente el TS del testimonio de referencia de los agentes policiales. De esta forma Ortells considera que resulta admisible, al tenor del artículo 710 LECRIM, que el agente policial declare como testigo de referencia en el juicio oral acerca de manifestaciones oídas a otras personas, pero que la admisión de estos testimonios referenciales deberá, en todo caso, subordinarse al “presupuesto de la imposibilidad de practicar la prueba con la fuente más inmediata”<sup>1090</sup>.

En cuanto a la segunda matización efectuada por la jurisprudencia en torno a rescatar del atestado ciertos “datos o elementos objetivos” otorgándoles valor probatorio bajo ciertas circunstancias, preferimos tratarlo con ocasión del requisito de “irrepetibilidad” que exige la norma del artículo 730 LECRIM, por tratarse precisamente de uno de los argumentos que con mayor insistencia se alega para defender la eficacia de prueba de estos datos o elementos objetivos: su carácter de diligencia o actuación irrepetible o irreproducible en el juicio oral.

#### **b) Diligencias realizadas o practicadas ante el Ministerio Fiscal**

El artículo 773.2 LECRIM confiere al Ministerio Fiscal facultades para realizar diligencias de investigación, que incluyen la de hacer comparecer ante sí a personas para recibir sus declaraciones en los

---

<sup>1090</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 328. La misma opinión es reiterada por el autor en ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 263. En el mismo sentido, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 187 y VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 272-73.

mismos términos y con las mismas garantías que señala la LECRIM para las prestadas ante el Juez o Tribunal. Por su parte el artículo 5 EOMF, luego de reiterar idénticas facultades, agrega que las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de “presunción de autenticidad”.

Sin embargo, ambas normas culminan por establecer como fin de la actividad investigativa del fiscal la iniciación de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos. En efecto, el artículo 773.2 LECRIM en su párrafo 3º ordena al Fiscal cesar en sus diligencias “tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”; mientras que el artículo 5 del EOMF ordena al Fiscal “judicializar la investigación”, formulando la oportuna denuncia o querrela, una vez vencido el plazo concedido para la investigación y siempre que ésta hubiese evidenciado hechos con significación penal.

Por su parte, la Circular N° 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, de fecha 8 de marzo, que analiza cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988, aclarando el sentido que ha de dársele a la ya referida presunción de autenticidad que consagra el citado artículo 5 EOMF, señaló que se trata de una presunción “*iuris tantum*”, lo que significa que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal en orden a hacer fe solamente respecto de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero que *no hace fe de la verdad material* en términos de obligar a que su contenido se tenga necesariamente como cierto, haciendo prueba plena, el cual queda siempre sometido a la apreciación judicial. Finalmente la indicada Circular señala que estas diligencias tienen una posición intermedia entre el simple atestado policial y la propia investigación judicial, “pero

carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas en forma contradictoria ante el Juez de instrucción”.

Con base en estas citas, no cabe sino concluir que en el sistema de enjuiciamiento criminal español, de carácter acusatorio mixto, con una clara fase de instrucción judicial, las actuaciones realizadas por o ante el Ministerio Fiscal no poseen más valor que el de actuaciones preprocesales y extrajudiciales, por lo que no se les puede conferir valor probatorio, ni siquiera por la vía del artículo 730 LECRIM si se tornan “irreproducibles”<sup>1091</sup>.

Si bien puede esgrimirse que en la época de redacción de la LECRIM y, por tanto, de su artículo 730, no existía el Ministerio Fiscal, lo cual puede explicar que esta norma no incluyera dentro de los objetos de lectura que autoriza aquellas actuaciones realizadas por o ante el Fiscal<sup>1092</sup>, nos inclinamos por excluir a estas diligencias del ámbito de aplicación del artículo 730 LECRIM. Lo anterior, además de los argumentos señalados en los párrafos precedentes, por otro apuntado por Asencio Mellado, según el cual la utilización de las declaraciones prestadas por los testigos ante el Fiscal a efectos del artículo 730, resulta incompatible con la condición de parte que éste ostenta en el proceso<sup>1093</sup>.

---

<sup>1091</sup> En este sentido, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 186-87; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad...*, cit., pág. 129; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 197-98; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 355-57; CAZORLA PRIETO, Soledad, “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, Madrid, CGPJ, 1998, págs. 6 y 9-10 (versión electrónica); y MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2005, págs. 223-25.

<sup>1092</sup> Advertencia apuntada por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 355.

<sup>1093</sup> ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 187.

Añadir, por último, que si para el fiscal resulta previsible que la declaración testifical prestada ante él no resulte posible rendirla en el juicio oral, necesariamente debe instar su práctica como prueba anticipada ante el Juez de Instrucción en la fase sumarial.

Con todo, valga señalar que el punto no deja de contar con autorizadas opiniones distintas a la expuesta y que, abogando en todo caso por una reforma legislativa, sostienen que es posible que ingresen al material probatorio las declaraciones u otras diligencias efectuadas por o ante el Ministerio Fiscal por la vía del artículo 730 LECRIM, siempre que se hayan tornado irreproducibles en el juicio oral y se hayan llevado a cabo con estricto respeto de la defensa, bastando la lectura de estas actuaciones en el juicio oral en atención a la presunción de autenticidad que gozan y con las limitaciones establecidas en la ya citada Circular 1/1989<sup>1094</sup>. De esta opinión es Ortells, señalando que no es posible someter a los actos de investigación policial o del Ministerio Fiscal a un régimen menos exigente que el del artículo 730 LECRIM, como sería admitirlos sin mayores requisitos al régimen de “prueba documental” por la vía del artículo 726 LECRIM razón por la cual resulta necesario, como mínimo, someter a estas actuaciones a los mismos presupuestos de

---

<sup>1094</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 273; y MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, cit., págs. 225-28. Sobre el sentido y alcance de la “presunción de autenticidad” del artículo 5.3 EOMF, coincidiendo con la interpretación apuntada, véase además GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad...*, cit., págs. 129-30 y CAZORLA PRIETO, Soledad, “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, cit., págs. 9-10 (versión electrónica).

admisión que fija el artículo 730 y aún con estos requisitos es todavía posible que no lleguen nunca a constituir prueba<sup>1095</sup>.

En nuestra opinión las actuaciones policiales y del Ministerio Fiscal no se encuentran ni deben ser incluidas en el artículo 730 LECRIM pero, enfrentados a la posibilidad de que sean incorporados al juicio como documentos por la vía del artículo 726 LECRIM, no podemos sino coincidir con Ortells en que deben someterse a un régimen similar al del artículo 730 LECRIM cuando se tornan irreproducibles en el juicio y se hayan realizado con respeto de las garantías de defensa.

### **c) Declaraciones prestadas en otros procedimientos**

En este caso nos encontramos ante declaraciones prestadas por el inculcado o testigos en procedimientos administrativos o simplemente en documentos formados por particulares, con o sin intervención de Notario e incluso aquellas prestadas por estos mismos sujetos ante la autoridad judicial pero en otros procedimientos jurisdiccionales.

En el primer caso, esto es, declaraciones del inculcado o testigos en procedimientos administrativos o simplemente en documentos formados por particulares, con o sin intervención de Notario, no cabe sino considerarlas “pruebas personales documentadas” que, por tanto, no cabe considerarlas documentos a los fines del artículo 726 LECRIM ni menos aún ingresar al acervo probatorio por la vía del artículo 730

---

<sup>1095</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., págs. 261-62 y en “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 388-89. Del mismo autor, puede verse, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 328 y “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1990, págs. 238-41.

LECRIM en el evento que dichas declaraciones se tornen irreproducibles para el juicio oral.

Los argumentos apuntados por la doctrina son básicamente dos: a) no poseer el carácter de “diligencias practicadas en el sumario” que exige el artículo 730 en referencia y b) haberse producido con ausencia de las garantías mínimas de la prueba procesal con virtualidad para destruir la presunción de inocencia, especialmente por haberse practicado sin contradicción en cuanto el imputado no habrá tenido la oportunidad de interrogar o contrainterrogar a esos testigos<sup>1096</sup>.

La única excepción que podría admitirse estaría constituida por la lectura de la declaración extraprocesal de un testigo cuando éste ha declarado ante el Juez Instructor de la causa y se ha remitido a aquella declaración extraprocesal, agregada a los autos o incorporada a éstos con posterioridad, a modo de un complemento de la prestada ante el Juez de Instrucción<sup>1097</sup> y siempre que la remisión que el testigo haga de su declaración extraprocesal sea expresa, no limitada a una fórmula ritualista de darla “por reproducida”, sino que más bien de lo que se trate es de que se genere una nueva declaración donde se matice, rectifique o se aclaren contradicciones en las que haya podido incurrir el testigo ante las preguntas formuladas por el Juez Instructor<sup>1098</sup>.

---

<sup>1096</sup> En este sentido se pronuncian ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, vol. III, cit., pág. 329; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 274-75; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 357.

<sup>1097</sup> Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 275.

<sup>1098</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 358.



Bien mirado el asunto, creemos que esta hipótesis no constituiría propiamente una excepción al artículo 730 LECRIM, pues claramente se estaría dando lectura a una “diligencia practicada en el sumario”.

El segundo supuesto de declaraciones extraprocesales se refiere a una declaración del imputado o testigos prestada en otro procedimiento judicial. Su carácter de “prueba personal documentada” la excluye del régimen del artículo 726 LECRIM y, con respecto al del 730, a su lectura se opone la circunstancia que tratarse de una prueba personal rendida sin contradicción alguna, pues el imputado no habrá tenido oportunidad de interrogar a ese testigo de cargo en el actual procedimiento penal y ello sea cual sea el orden jurisdiccional del procedimiento en que originalmente se prestó la declaración<sup>1099</sup>.

#### **4. Requisitos de fondo para la lectura del artículo 730 LECRIM**

En esta materia suele distinguirse entre requisitos de fondo y de forma con la indicación precisa del idéntico valor de requisitos esenciales que otorgamos a ambas categorías<sup>1100</sup>. En el presente apartado revisaremos la primera categoría de requisitos, dentro de los cuales incluiremos la imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral, el agotamiento de todos los medios legales para evitar dicha

---

<sup>1099</sup> Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 360-62.

<sup>1100</sup> Seguimos en parte la sistematización de los presupuestos del artículo 730 LECRIM dada por ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 392 y ss., seguida, a su vez, por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 366 y ss. Otros autores distinguen entre condiciones subjetivas y objetivas como DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 240 y ss; o entre requisitos materiales, subjetivos, objetivos y formales, siguiendo claramente a la jurisprudencia del TC sobre la materia, como MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 746 y ss.

imposibilidad y que la indicada imposibilidad se deba a causas ajenas a la voluntad de las partes.

**A) Imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral**

Recordemos que en este punto el artículo 730 LECRIM señala que se podrán leer las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de las partes, *no puedan ser reproducidas en el juicio oral*.

En consecuencia, es preciso dilucidar a qué se refiere exactamente la norma con esta exigencia de “irreproducibilidad” de la diligencia sumarial, para luego centrarnos en precisar qué tipo de “irreproducibilidad” es la que debe concurrir para proceder a la lectura autorizada por el citado artículo.

**a) Noción de “irreproducibilidad” y sus categorías**

Con respecto al primer punto, creemos que la exigencia de imposibilidad de reproducción de las diligencias practicadas en el sumario se refiere a diversas hipótesis en que las *fuentes de pruebas* recogidas durante la instrucción no están disponibles en el momento oportuno para introducirlas al juicio oral mediante la práctica del correspondiente *medio de prueba*.

Con respecto al segundo punto, esto es, al tipo de “irreproducibilidad” que exige la norma en estudio, hemos de recordar de acuerdo a lo ya expuesto en este trabajo, son múltiples las clasificaciones que la doctrina ha efectuado acerca de la noción de “irrepetibilidad”<sup>1101</sup>.

---

<sup>1101</sup> Véase supra. núm. II, 3, A) del presente Capítulo.

Dentro de ellas creemos que la categoría que guarda más relación con la figura del artículo 730 LECRIM es la de una imposibilidad *absoluta, sobrevenida e imprevista o imprevisible* de practicar el medio de prueba en el juicio oral<sup>1102</sup>.

Excluimos la imposibilidad de reproducción de carácter *congénita*, más propia de las pruebas reales, porque que esa clase de imposibilidad es la gran mayoría de las veces *previsible* y, por tanto, incardinable por la vía de la oportuna solicitud de práctica anticipada del medio probatorio, incluso en fase sumarial, mientras que las hipótesis encuadrables dentro del artículo 730 se han de referir a una imposibilidad imprevista e imprevisible racionalmente.

Asimismo excluimos la imposibilidad de reproducción de *carácter relativo*, esto es, la referida a determinadas circunstancias de tiempo y lugar, porque por esencia la clase de impedimentos que la genera son superables a través de una serie de medios que la ley franquea a las partes para efectivamente lograr practicar el medio de prueba en el juicio oral, salvo el caso que la imposibilidad relativa se convierta en absoluta una vez agotados todos los indicados medios legales, pues en tal evento sí que podría proceder la lectura de la diligencia por la vía del artículo 730<sup>1103</sup>.

---

<sup>1102</sup> En el mismo sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 241-43.

<sup>1103</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 260; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 182-84; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 242-43; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 369; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 101-02; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 743-47.

Sin embargo, en el ámbito jurisprudencial la conclusión no es tan clara, originándose una jurisprudencia a veces confusa y contradictoria.

Para comenzar apuntemos que ciertamente el requisito de la *imposibilidad material de reproducción* es uno de los presupuestos que de manera uniforme y reiterada ha señalado el TC para proceder a la lectura ordenada por el artículo 730 LECRIM<sup>1104</sup>. Sin embargo, otras veces la jurisprudencia al referirse a este requisito señala que la diligencia sumarial cuya lectura se pretende ha de versar sobre hechos “que, *por su fugacidad*, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral”<sup>1105</sup>, ocupando una expresión — fugacidad — que nos parece un tanto ambigua y que creemos más bien apunta a una imposibilidad congénita que, como ya hemos señalado, consideramos que en la mayoría de los casos resulta previsible y como tal incardinable por la vía de la prueba anticipada sumarial.

Más grave nos parece la corriente jurisprudencial que derechamente amplía el ámbito de aplicación del artículo 730 LECRIM más allá de su estricto tenor literal equiparando la exigencia de “irreproducibilidad” con aquellos casos en que la diligencia sumarial es “muy difícil” de reproducir<sup>1106</sup>. Además de considerar que la expresión

---

<sup>1104</sup> STC 38/2003 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 6º, Ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. En sentido similar, SSTC 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 2º; 49/1998 (Sala Segunda), 2 marzo, FJ. 2º; 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 6; 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º; 25/2003 (Sala Segunda), 10 febrero, FJ. 3º; 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 3º; 280/2005 (Sala Primera), 7 noviembre, FJ. 2º; y 345/2006 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 3º.

<sup>1105</sup> STC 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 2º. En idéntico sentido, SSTC 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 5º; 141/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 4º; y 148/2005 (Sala Segunda), 6 junio, FJ. 2º. Entre muchas otras véase, además, STS 882/2008, (Sala Penal), 17 diciembre, FJ. 2º.

<sup>1106</sup> STC 29/2008 (Sala Segunda), 20 febrero, FJ. 5º, Ponente D. Pascual Sala Sánchez. En el mismo sentido, SSTC 137/1988 (Sala Segunda), 7 junio, FJ. 2º;

“muy difícil” utilizada por la jurisprudencia se aleja ciertamente del tenor literal de la norma, la mayor crítica apunta a su imprecisión, siendo necesario advertir que el tema ha de solucionarse por la vía de primero agotar todos los medios legales disponibles para obtener que el medio de prueba que accede a la diligencia sumarial pueda ser practicado en el juicio oral para luego, una vez constatado razonable y legalmente el agotamiento de tales vías, evaluar si la imposibilidad que en principio era relativa se ha tornado absoluta y en tal caso, proceder a la lectura de la diligencia autorizada por el artículo 730 LECRIM<sup>1107</sup>. Es por esta razón que preferimos pronunciamientos jurisprudenciales que hacen procedente la lectura al amparo del 730 a los supuestos de:

“[I]mposibilidad o *constatada y razonable dificultad de su práctica* en el juicio oral”<sup>1108</sup>.

Al hilo de esto último, valoramos positivamente la más reciente doctrina jurisprudencial que, destacando el carácter excepcional del artículo 730 LECRIM, señala que hay que cuidarse de equiparar la imposibilidad que exige la norma con situaciones de *mera dificultad*,

---

201/1989 (Sala Primera), 30 noviembre, FJ. 3º; 323/1993 (Sala Primera), 8 noviembre, FJ. 2º; 32/1995 (Sala Primera), 6 febrero, FJ. 4º; 12/2002 (Sala Primera), 28 enero, FJ. 4º; 94/2002 (Sala Segunda), 22 abril, FJ. 1º; 80/2003 (Sala Segunda), 28 abril, FJ. 5º; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º; 92/2006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 2º; y 10/2007 (Sala Primera), 15 enero, FJ. 2º. En el mismo sentido los pronunciamientos del TS son múltiples. Así, por ejemplo, véase SSTs 882/2008, (Sala Penal), 17 diciembre, FJ. 2º; 111/2007, (Sala Penal), 5 febrero, FJ. Único; 205/2004, (Sala Penal), 18 febrero, FJ. 3º; y 279/2000, (Sala Penal), 3 marzo, FJ. 8º.

<sup>1107</sup> En este sentido, entre otros, LUZÓN CUESTA, José María, “La presunción de inocencia ante la casación”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., pág. 154; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 183; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 368; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 260.

<sup>1108</sup> STS 205/2004, (Sala Penal), 18 febrero, FJ. 3º, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta (la cursiva es nuestra).

debiendo el órgano jurisdiccional exponer en la sentencia las razones y diligencia desplegada para agotar las posibilidades de disponer de la fuente sumarial que devino no utilizable como medio de prueba en el juicio oral<sup>1109</sup>.

Junto al requisito de “irreproducibilidad” la jurisprudencia también ha establecido el relativo a la falta de previsión de la imposibilidad de reproducción por cuanto, tal como ya lo hemos apuntado, el factor previsibilidad es uno de los más esenciales elementos diferenciadores entre la anticipación de prueba y las hipótesis incardinables por la vía del artículo 730. Siendo así, la jurisprudencia ha señalado que la posibilidad de racional previsibilidad de la falta de disponibilidad del medio probatorio para el juicio oral hace operante el cauce de la anticipación probatoria y torna inaplicable el artículo 730 LECRIM<sup>1110</sup>.

Finalmente señalar que sigue siendo atendible la sugerencia que desde la óptica del Derecho comparado efectúa Asencio Mellado en orden a establecer normativamente “criterios concretos y tasados” que de alguna manera permitan, con una mayor precisión, determinar causas genéricas de irrepitibilidad de diligencias sumariales a los efectos de su lectura por la vía del artículo 730 LECRIM<sup>1111</sup>. Sin embargo, coincidimos con Illuminati en constatar que la irrepitibilidad y

---

<sup>1109</sup> SSTS 225/2009, (Sala Penal), 2 marzo, FJ. 1º; y 379/2009, (Sala Penal), 13 abril, FJ. 1º, Ponente en ambas D. Luciano Varela Castro.

<sup>1110</sup> STS 238/2009, (Sala Penal), 6 marzo, FJ. 1º, Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez. En el mismo sentido se había pronunciado previamente el TS en la sentencia 192/2009, (Sala Penal), 24 febrero, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar, al que el citado fallo hace expresa referencia.

<sup>1111</sup> Cfr. ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 183-84

previsibilidad son conceptos elásticos y flexibles que, por más que se intente regular legalmente, lo cierto es que su verdadero alcance debe terminar siendo precisado por la jurisprudencia caso o caso<sup>1112</sup>.

**b) Breve referencia a supuestos jurisprudenciales de imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral que permitirían recurrir a la lectura autorizada por el artículo 730 LECRIM**

Paulatinamente la jurisprudencia, en especial la de la Sala Segunda del TS, ha ido estableciendo una suerte de catálogo de casos de imposibilidad de disponer de la fuente de prueba para el juicio oral que habilitarían proceder a la lectura de la respectiva diligencia sumarial al amparo del artículo 730 LECRIM.

Sobre este punto existen importantes trabajos monográficos que a su vez citan abundante jurisprudencia, por lo que nos limitaremos a realizar una breve revista a este catálogo, remitiéndonos en gran medida a los referidos trabajos y jurisprudencia<sup>1113</sup>. Centraremos, además, nuestro estudio a los supuesto de imposibilidad de concurrir al juicio oral que afectan a los testigos, por tratarse de un medio de prueba personal en el que la intermediación judicial juega un rol esencial para apreciar su credibilidad, razón por la cual la posibilidad de que sus declaraciones no

---

<sup>1112</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 710.

<sup>1113</sup> Entre los más destacados, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 396-99; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 243-60; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 308-23; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 426-51; RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba de testigos en la jurisprudencia penal*, Madrid, Edijus, 2003, págs. 121-45; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., págs. 233-46; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 758-82.

puedan prestarse en el juicio oral y ser reemplazadas por su lectura por la vía del artículo 730 LECRIM ha de sujetarse a una interpretación especialmente restrictiva.

a') Testigos fallecidos: como es de suponer, en este supuesto coincide la totalidad de la doctrina científica y jurisprudencial a que hemos hecho referencia, bajo la condición, por cierto, de que el fallecimiento sea imprevisto e imprevisible racionalmente en términos tales que impida la práctica anticipada de la declaración testifical en virtud de los artículos 448 y 449 LECRIM. Sólo así podría cumplirse con uno de los requisitos que más adelante analizaremos del artículo 730: imposibilidad por causas ajenas a la voluntad de las partes.

b') Testigo con grave enfermedad: sobre este supuesto se ha señalado que debe tratarse de una enfermedad, tanto física como mental, de carácter grave, en términos tales que “anule las facultades humanas” necesarias para que el testigo sea sometido a un interrogatorio, lo cual incluso puede ser objeto de peritaje. Además, debe tratarse de una enfermedad incurable, de duración imprevisible o de curación en un lapso demasiado prolongado que pueda, a su vez, afectar la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas; y de naturaleza imprevista e imprevisible por la misma razón referida en el supuesto anterior<sup>1114</sup>. Lógicamente, si la enfermedad sólo impide al testigo concurrir a la audiencia o desplazarse al lugar del juicio, su declaración puede ser prestada en su propio domicilio o mediante exhorto de conformidad a los

---

<sup>1114</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 396; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 251; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 308-09; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 427-28; y CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 234.



artículos 718 y 719 LECRIM, respectivamente. En los demás casos, cuando la enfermedad no es grave, crónica o de larga duración, antes de proceder a la lectura de la declaración sumarial del testigo autorizada por el artículo 730 LECRIM, habrá que agotar todos los medios legales tendentes a obtener la declaración efectiva del testigo en el juicio oral.

c') Testigo ilocalizable o en paradero desconocido: para que estas circunstancias puedan estimarse supuestos de imposibilidad de carácter absoluta es preciso que durante el sumario se haya apercibido al testigo acerca de su deber de comparecencia y de informar sus cambios de domicilio (artículos 446 y 447 LECRIM); se hayan practicado todas las citaciones previstas en la ley (artículos 660 y 661 LECRIM); y efectivamente se hayan agotado todos los medios legales previstos para obtener la localización y citación del testigo para el juicio oral. Tales medios deben incluir todas las diligencias judiciales y policiales para su búsqueda y localización, incluyendo la publicación en periódicos oficiales de la cédula de citación (artículos 178 y 432 LECRIM)<sup>1115</sup> y de ellos, además, hay que dejar constancia en la respectiva sentencia, expresando las razones y diligencias que se realizaron para obtener la localización del testigo y su comparecencia en juicio según lo viene exigiendo la jurisprudencia.

d') Testigo con residencia en el extranjero: esta circunstancia en principio no constituye una imposibilidad de carácter absoluto, dado que existen variadas alternativas para obtener la comparecencia de esta clase

---

<sup>1115</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, "Eficacia probatoria...", en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 396-97; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 310-12; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 436-41; y CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., págs. 234-36.

de testigos, con la limitación de que en virtud del artículo 410 LECRIM la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar como testigo sólo pesa sobre las personas residentes en territorio español.

La primera alternativa para obtener la comparecencia de estos testigos viene dada por su citación formal de conformidad a los tratados internacionales suscritos por España, en especial el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959<sup>1116</sup>, con la salvedad que el régimen de citación que consagra este tratado en sus artículos 8, 10 y 11 no establece la posibilidad de aplicar sanciones o medidas coercitivas al testigo que desobedece la citación cursada<sup>1117</sup>. En parte para superar las deficiencias del sistema de citación del CEAJMP 1959 y complementarlo junto a otros tratados internacionales sobre la materia, se encuentra el celebrado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>1118</sup>, que incorpora y regula con gran detalle un novedoso sistema de audición por videoconferencia de peritos y testigos cuya comparecencia personal en el territorio del Estado donde se celebra el juicio (Estado requirente) no sea oportuna o posible<sup>1119</sup>.

---

<sup>1116</sup> El CEAJMP fue ratificado por España el 14 de julio de 1982.

<sup>1117</sup> Cuestión que es reiterada por otros tratados internacionales suscritos por España tanto bilaterales como multilaterales, como por ejemplo, el artículo 52.3 del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Sobre este punto, puede verse CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 237.

<sup>1118</sup> Cabe señalar que CAJMPUE 2000 aún no ha sido ratificado por España, sin embargo, con fecha 15 de octubre de 2003, se publicó en el BOE núm. 247 la declaración de aplicación provisional del mismo en las relaciones de España con los otros Estados miembros que hayan formulado la misma declaración.

<sup>1119</sup> Sobre el punto, puede verse URIARTE VALIENTE, Luis M., “El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE 15 octubre 2003)”, en *Estudios Jurídicos*, [www.cej.justicia.es](http://www.cej.justicia.es), 2004, págs. 3199-3236; HÖPFEL, Frank, “Nuevas formas de cooperación internacional en materia penal”, en *El Derecho penal*

La legislación española recoge también esta nueva normativa europea en los artículos 325 y 731 bis LECRIM en relación con el artículo 229 LOPJ, estableciendo esta última disposición que en la realización de actuaciones a través de videoconferencia o similares debe asegurarse en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa.

Al margen de los referidos convenios internacionales, otra de las alternativas es recurrir a los exhortos internacionales o comisiones rogatorias para lograr la declaración del testigo o perito con respeto a los principios de contradicción, oralidad y publicidad de conformidad a los artículos 193 y 424 LECRIM y 276 LOPJ. Con todo, dado que la residencia en el extranjero del testigo permite prever, ya en fase sumarial, las dificultades que podrían producirse para obtener su comparecencia en el juicio oral, creemos que el mecanismo que mejor garantiza los referidos principios en la formación de la prueba, permite ahorrar tiempo y recursos a la vez que impide la pérdida de ese testimonio a los fines de integrar el acervo probatorio que sirve de fundamento de la sentencia, es el de recurrir en fase sumarial al régimen de la prueba testimonial anticipada del artículo 448 LECRIM<sup>1120</sup>.

---

*internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2001, págs. 227-250; y PENÍN ALEGRE, Clara, “Nuevos instrumentos de cooperación jurídica internacional con Iberoamérica”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Coord. SÁNZ HERMIDA, Ágata, Madrid, Colex, 2006, págs. 390-93.

<sup>1120</sup> En este sentido, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 314 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 434, para quien no actuar en estos casos conforme al artículo 448 LECRIM “conlleva necesariamente la falta de eficacia probatoria de la declaración sumarial, atendiendo precisamente al carácter previsible de dicha circunstancia, sin que sea admisible una ulterior convalidación de la misma a los efectos de reconocerle validez probatoria, en aras a evitar la impunidad delictiva”.

Si finalmente ninguno de estos medios resulta aplicable para obtener la comparecencia del testigo en el juicio oral, creemos que la imposibilidad adquiere carácter de absoluta tornando legítimo proceder a la lectura de las declaraciones sumariales del testigo de conformidad al artículo 730 LECRIM y siempre que, adicionalmente, se cumpla con los demás requisitos de esta norma, en especial con el principio de contradicción en la declaración sumarial.

e') Testigo atemorizado: Otro de los argumentos que se ha pretendido utilizar para proceder a la lectura prevista en el artículo 730 LECRIM de declaraciones sumariales de testigos que no comparecen al juicio ha sido el de alegar el temor a futuras represalias por parte del acusado al testigo o a su familia. Claramente este supuesto no se enmarca dentro de las imposibilidades absolutas que hacen procedente la aplicación del artículo 730 LECRIM dado que, por una parte, entre el temor de los testigos y los derechos del acusado a interrogar y contrainterrogar a los testigos de cargo y al debido proceso, garantizados en los artículos 6.3 CEDH y 24.2 CE, han de prevalecer estos últimos y, por otra, porque el carácter excepcional del artículo 730 discurre sobre la idea de una imposibilidad material antes que una simple dificultad subjetiva de la víctima<sup>1121</sup>.

Las vías de solución del temor de los testigos, cada vez más frecuentes especialmente en el ámbito de la criminalidad organizada, han

---

<sup>1121</sup> En este sentido, entre otros, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 253; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 294; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 442; y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xuño, "La protección de la víctima en la vista del juicio oral", en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Coord. SÁNZ HERMIDA, Ágata, Madrid, Colex, 2006, págs. 291-93.

de encausarse a través de la aplicación efectiva de las normas sobre protección de testigos y peritos en causas criminales, contenidas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, sin perjuicio de la persecución penal de las conductas tipificadas en el artículo 464 CP<sup>1122</sup>. Otra de las vías posibles para mitigar el temor del testigo, sobre todo tratándose del testigo-víctima, puede recurrirse al sistema del *testigo oculto*<sup>1123</sup>, entendiéndose por tal a “aquel testigo que presta su declaración en el juicio oral, pero en unas condiciones físicas tales que imposibiliten la confrontación visual con el imputado, por lo que, aun conociéndose su identidad, no se conoce su aspecto físico”, o simplemente se le evita a la víctima o testigo la visión del imputado durante su declaración<sup>1124</sup>. Esta clase de testimonio resulta respetuoso con las garantías del imputado de contradicción en términos de posibilitar que éste pueda interrogar y hacer interrogar al testigo (artículo 6.3 CEDH), a la vez que los principios de publicidad e inmediación, siempre y cuando el testigo pueda ser claramente visualizado por el tribunal sentenciador.

---

<sup>1122</sup> En este sentido, GARCÍA QUESADA, María Teresa, “El miedo de los testigos”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 4 (versión electrónica); DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 253-54; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 294-95; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 442.

<sup>1123</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros, GARCÍA QUESADA, María Teresa, “El miedo...”, en *La prueba...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 7 (versión electrónica); MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 445-46; y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xuio, “La protección de la víctima en la vista del juicio oral”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, cit., págs. 296-99. Una completa síntesis del estado de la cuestión relativa al anonimato y la ocultación del testigo en el Derecho y jurisprudencia española y europea, puede verse en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho procesal penal*, 2ª ed., cit., págs. 1186-1207.

<sup>1124</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xuio, “La protección...”, en *Investigación...*, cit., pág. 296.

No recurrir a estas alternativas y optar derechamente por la lectura al amparo del artículo 730 LECRIM para esta clase de casos, supone el riesgo de generalizar su aplicación, acudiendo a ella de manera permanente alegando el testigo temor a represalias, con la correspondiente merma de las garantías en la formación de la prueba y completo olvido del carácter excepcional que reviste la lectura del artículo 730.

Por otra parte y tal como ya lo hemos comentado, el temor del menor de edad testigo-víctima de un delito de agresión sexual creemos es una hipótesis perfectamente incardinable en el régimen de la anticipación probatoria en fase sumarial (artículos 448 y 777.2 LECRIM) y no en el artículo 730 LECRIM. Lo anterior en atención a la previsibilidad en estos casos de las causas que pueden motivar la no disponibilidad de esa fuente de prueba para el juicio oral y la ausencia de una efectiva imposibilidad material de reproducir el testimonio en dicho juicio.

Finalmente, cabe señalar que en el sistema italiano el temor de los testigos encuentra recepción legislativa, ya sea como una hipótesis de anticipación probatoria (*incidente probatorio*) contemplada en el artículo 392.1 letra b) CPPi, cuando en el curso de las indagaciones preliminares existen elementos concretos y específicos que permiten sustentar un fundado motivo para considerar que el testigo sea expuesto a violencia, amenaza, oferta o promesas de dinero o de otra utilidad para no deponer o deponer en falso; ya sea incorporando, a petición de las partes, al *fascicolo del dibattimento* las declaraciones contenidas en el *fascicolo del pubblico ministero* precedentemente rendidas por el testigo cuando, incluso por circunstancias surgidas en el juicio mismo, hay elementos concretos para considerar que el testigo ha sido sometido a violencia, amenaza, oferta o promesa de dinero o de otra utilidad, para que no

deponga o lo haga en falso (artículos 500 párrafos 4 y 5 y 431 párrafo 2 CPPi). Cabe destacar que el contenido del *fascicolo del dibattimento* puede ser leído total o parcialmente en el juicio oral, incluso de oficio por el juez (artículo 511 CPPi)<sup>1125</sup>. Por su parte, debemos recordar que la declaración de testigos menores de 16 años en procedimientos por cierta clase de delitos, dentro de los cuales los hay de connotación sexual, está contemplada en el artículo 392.1 *bis* CPPi como otra hipótesis de incidente probatorio.

La solución adoptada en Italia se une a otras propuestas de *lege ferenda* como la relativa a autorizar al Presidente del tribunal a ordenar el abandono momentáneo del acusado de la sala en que se celebra el juicio cuando se tema fundadamente que su presencia pueda intimidar al testigo tal como lo contempla el §247 StPO. Esta última propuesta se considera que no afectaría el principio de contradicción en la formación de la prueba por cuanto en la sala permanecería el abogado defensor del acusado con lo cual se daría pleno cumplimiento al derecho que le confiere el artículo 6.3 d) CEDH de “interrogar o *hacer interrogar*” al testigo de cargo<sup>1126</sup>.

f) Derecho a no declarar del testigo: nos referimos a la situación planteada por aquel testigo que, advertido y con pleno conocimiento de su derecho a no declarar por encontrarse legalmente dispensado de conformidad a los artículos 416 a 418 LECRIM, decide igualmente deponer ante el juez de instrucción para luego, en el juicio oral, acogerse

---

<sup>1125</sup> Sobre esta normativa, GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 203-09.

<sup>1126</sup> En este último sentido se pronuncian VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 253 y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xuio, “La protección...”, en *Investigación...*, cit., págs. 290-91.

a tal dispensa. La posibilidad de utilizar su declaración sumarial viene siendo aceptada por la doctrina y jurisprudencia, por considerar que se trata de un caso de “imposibilidad jurídica” de reproducción de la fuente de prueba en el juicio oral que se encuadra en el ámbito de aplicación del artículo 730 LECRIM<sup>1127</sup>. Tal posibilidad es negada por otro sector doctrinal y jurisprudencial, al cual nos adscribimos, señalando que admitir la lectura sumarial de un testigo que en el juicio oral decide no declarar por dispensa legal, significaría “convertir su derecho en algo ilusorio y permitir que la declaración sumarial accediese a la valoración del tribunal sentenciador por una vía anómala”<sup>1128</sup>.

Pronunciándose el TS sobre el caso de una menor de edad testigo-víctima de un delito de connotación sexual que había declarado ante el Juez de Instrucción, con el carácter de “exploración de menor de edad”, y con intervención del Ministerio Fiscal, narrando extensamente los abusos de que había sido víctima por parte de la pareja sentimental de su madre y a instancias de esta última, con quienes la menor convivía, en el juicio oral, celebrado cuatro años después, cuando la víctima ya era mayor de edad, ésta se negó a declarar en virtud de su dispensa legal. Ante esta situación y siendo esencial dicho testimonio, el Ministerio Fiscal solicitó la lectura de la declaración sumarial la que, dándose por reproducida, fue valorada como prueba de cargo. En casación el TS consideró que el proceder del tribunal sentenciador no se ajustaba a Derecho, declarando

---

<sup>1127</sup> Se apunta en esta línea doctrinal VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 315-16, citando como fundamento la STS 844/1989, (Sala Penal), 14 marzo, FJ. 1º, Ponente D. Fernando Díaz Palos.

<sup>1128</sup> CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., págs. 244-46 con interesantes citas jurisprudenciales del TS español y del TEDH. En esta misma línea se había pronunciado GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., cit., págs. 272-73.



que el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida es incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, por cuanto el no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior ni entraña su renuncia a optar por ella en el juicio oral. Lo anterior el Supremo lo fundamenta en la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en juicio oral, lo que pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la indicada dispensa en testimonios de tan distintas consecuencias<sup>1129</sup>.

Con relación a la disyuntiva planteada ante la innegable existencia de una declaración sumarial de contenido claramente incriminatorio y la alternativa de la absolución de los acusados por ausencia de una mínima actividad probatoria practicada en el juicio oral con las garantías legales impuesta por el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el TS se ocupa del tema en el FJ. 4º de la misma sentencia antes citada señalando que, si bien la dispensa ejercitada en el juicio oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez, no es menos cierto que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el juicio oral no modifica. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

Finalmente, ante la pretensión de invocar esta dispensa como una “imposibilidad jurídica” de practicar la prueba testifical en el juicio oral y así dar paso a la lectura de la declaración sumarial al amparo del artículo

---

<sup>1129</sup> STS 31/2009, (Sala Penal), 27 enero, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

730 LECRIM, el TS también es claro al declarar que el artículo 730 LECRIM discurre sobre una *imposibilidad material de reproducción* de la declaración testifical, cuestión que no acontece cuando la falta de declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio de un derecho reconocido por la ley, estando el testigo presente en las sesiones del juicio oral. Finalmente el Supremo añade:

“Llamar a esto "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible a los efectos del art. 730 debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye”<sup>1130</sup>.

g’) El derecho a no declarar del acusado: Nos referimos al caso en que el acusado en el juicio oral hace uso del derecho a guardar silencio que le confiere el artículo 24.2 CE existiendo en el sumario declaraciones autoinculpatórias del mismos prestadas ante el juez de instrucción, libre y voluntariamente, con pleno conocimiento de sus derechos y asistido de su abogado defensor.

A la normativa constitucional española, debe agregarse el reconocimiento jurisprudencial del TEDH en torno a considerar a este

---

<sup>1130</sup> STS 31/2009, (Sala Penal), 27 enero, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar y las en ella citadas. En el mismo sentido pueden verse, además, SSTs 1587/1997, (Sala Penal), 17 diciembre, FJ. 2º y 129/2009, (Sala Penal), 10 febrero, FJ. 3º a 5º.

derecho, no expresamente previsto en el artículo 6 CEDH, como “una norma internacional generalmente reconocida que descansa en el núcleo de la noción del proceso justo que sí garantiza el Convenio”<sup>1131</sup>, y la expresa inclusión de este derecho en el artículo 67.1 g) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas, ratificado por España.

Sin embargo, la jurisprudencia española ha admitido la lectura y valoración de declaraciones autoincriminatorias prestadas por el acusado en fase sumarial ante el juez de instrucción, asistido de su abogado y con las debidas garantías constitucionales. Para fundar dicha postura, ha sostenido el siguiente razonamiento: 1º) Los derechos fundamentales no son absolutos; 2º) El derecho al silencio tiene dos vertientes: a) un mandato dirigido a los Tribunales y a la policía: favorecer su ejercicio y respetarlo cuando se produce, y b) respecto del acusado: facultad de acogerse al mismo con la seguridad de que ello no le supone perjuicio alguno; 3º) Se trata de un derecho de ejercicio sucesivo: tantas veces sea llamado a declarar puede acogerse al mismo; y 4º) La declaración del acusado supone una renuncia del derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores<sup>1132</sup>.

---

<sup>1131</sup> SSTEDH, 8 febrero 1996, (asunto John Murray contra Reino Unido), FD. 29 y 2 mayo 2000, (asunto Condron contra Reino Unido), FD. 56. En España, por todas, STC 202/2000 (Sala Segunda), 24 julio, FJ. 3º, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas y STS 304/2008, (Sala Penal), 5 junio, FJ. 1º, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

<sup>1132</sup> STS 25/2008, (Sala Penal), 29 enero, FJ. 5º, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre, y las en ella citadas.

Ahora bien, donde el tema no es tan pacífico es al determinar por qué cauce procesal ha de ingresar al juicio oral dicha declaración sumarial: si por la vía del artículo 714 o por la del 730, ambos de la LECRIM. La primera postura afirma que el silencio del acusado debe entenderse como una contradicción a los efectos del artículo 714 LECRIM dado que, en lo que se refiere al acusado, el concepto de contradicción se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial<sup>1133</sup>. La segunda postura señala como cauce procesal adecuado de introducción de las declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado en fase sumarial el artículo 730 LECRIM y no el 714 de la citada LECRIM, por cuanto el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro que no supone negación ni rectificación de lo declarado hasta ese momento ni tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad.

Sin embargo, la jurisprudencia añade a este razonamiento que el ejercicio del derecho a guardar silencio en el juicio oral por parte del acusado no deja sin efecto sus declaraciones previas ni las convierte en inexistentes, en tanto fueron efectuadas en otro momento procesal en ejercicio de su libertad de prestar declaración con el contenido que tuviera por conveniente y rodeado de todas las garantías exigibles debiendo, en cambio, entenderse que la negativa a declarar supone la imposibilidad de practicar en el plenario la prueba, propuesta y admitida,

---

<sup>1133</sup> STS 25/2008, (Sala Penal), 29 enero, FJ. 5º, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre, y las en ella citadas. En el mismo sentido, SSTS 1145/2005, (Sala Penal), 11 octubre, FJ. 2º y 3/2008, (Sala Penal), 11 enero, FJ. 3º, recurso Everardo.

consistente en la declaración del acusado, lo que autoriza a acudir al artículo 730 LECRIM<sup>1134</sup>.

Por su parte la doctrina de los autores se inclina claramente por el cauce del artículo 730 LECRIM adscribiéndose a la tesis de la “imposibilidad jurídica” de practicar en el acto del juicio el medio probatorio consistente en el interrogatorio al acusado<sup>1135</sup>. Pero se advierte también desde la doctrina que la procedencia de la lectura por el artículo 730 LECRIM en el caso que nos ocupa, no sólo ha de someterse al análisis estricto del cumplimiento de todos los requisitos de fondo y forma que la norma y la jurisprudencia impone, sino que además a la circunstancia de que el acusado haya prestado la declaración sumarial autoincriminatoria con pleno conocimiento del derecho que le asiste a guardar silencio en conformidad al artículo 24.2 CE y pese a ello haya decidido igualmente declarar<sup>1136</sup>.

En nuestra opinión, la vía del artículo 714 LECRIM resulta claramente inaplicable ante el silencio del acusado en el juicio oral, en tanto coincidimos con la doctrina y jurisprudencia citada en torno a la neutralidad del silencio para estos efectos. A su vez, como veremos más adelante, el artículo 714 LECRIM parte del supuesto que en el juicio oral se preste efectivamente una declaración y que ésta sea contradictoria con

---

<sup>1134</sup> STS 1246/2005, (Sala Penal), 31 octubre, FJ. 5º, Ponente D. Miguel Colmenero Menendez De Luarda. En el mismo sentido, SSTS 1443/2000, (Sala Penal), 20 septiembre, FJ. 3º; 1219/2002, (Sala Penal), 27 junio, FJ. 1º; 590/2004, (Sala Penal), 6 mayo, FJ. 1º; 196/2006, (Sala Penal), 14 febrero, FJ. 1º; 926/2006, (Sala Penal), 6 octubre, FJ. 2º; 203/2007, (Sala Penal), 13 marzo, FJ.5º; 25/2008, (Sala Penal), 29 enero, FJ. 5º; 48/2008, (Sala Penal), 22 enero, FJ. 5º; y 204/2009, (Sala Penal), 4 marzo, FJ. Único.

<sup>1135</sup> Así, por ejemplo, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 320.

<sup>1136</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 248. En sentido similar, HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., págs. 359-66.

las declaraciones precedentes del testigo o acusado y es evidente que el silencio del acusado no constituye, de modo alguno, una efectiva declaración.

Sin embargo, no nos resulta fácil optar por la vía del 730 LECRIM porque nos parece que esta norma discurre sobre la noción de una imposibilidad material de reproducción y no sobre la noción de imposibilidad jurídica, coincidiendo con la jurisprudencia que considera a esta última como un mero recurso semántico que desvirtúa el precepto en estudio y desnaturaliza su carácter de excepción<sup>1137</sup>. Pero lo que es más grave, porque creemos que por esta vía se puede llegar a dejar vacío de contenido al derecho a guardar silencio que le asiste al acusado y del cual no puede derivarse consecuencias negativas para el mismo.

Reconociendo que el tema es de difícil solución, especialmente si se considera que en el sistema español el tribunal sentenciador tiene acceso a la totalidad del sumario de conformidad a los artículos 622.1 y 626 LECRIM y, por tanto, siempre tendrá conocimiento previo acerca de la existencia de la declaración sumarial autoincriminatoria del acusado, creemos que la solución al punto debe venir de la mano de una expresa previsión legal que, por una parte, consagre la obligación de advertir al imputado antes de su interrogatorio judicial en fase sumarial que, si bien le asiste el derecho a guardar silencio, las declaraciones que libre y voluntariamente decida prestar en esta fase *podrán ser utilizadas en su contra en el juicio oral* y que, por otra, prescriba separadamente y de

---

<sup>1137</sup> STS 31/2009, (Sala Penal), 27 enero, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar, con cita de sentencias anteriores del TS que han sustentado esta tesis jurisprudencial. En el mismo sentido pueden verse SSTs 1587/1997, (Sala Penal), 17 diciembre, FJ. 2º; y 129/2009, (Sala Penal), 10 febrero, FJ. 3º a 5º.

manera autónoma a los artículos 714 y 730 LECRIM, la lectura de esas declaraciones en el juicio oral, tal como se hace en la legislación italiana<sup>1138</sup> y alemana<sup>1139</sup>.

Destaquemos, por último, que en el CPPi la obligatoriedad de la indicada advertencia se encuentra consagrada en su artículo 64.3 a) añadiendo, en el coma 3 *bis* del mismo artículo, que la inobservancia de esta advertencia convierte en inutilizable las declaraciones hechas por la persona interrogada. Cabe añadir, que la inutilizabilidad fundada en la omisión de la indicada advertencia que sanciona el coma 3 *bis* del artículo 64 CPPi no se sana y puede ser alegada aún por primera vez en casación<sup>1140</sup>. Esta normativa nos parece una solución adecuada al problema que hemos planteado y muy coherente con la idea del *fair play* que impone el justo proceso.

---

<sup>1138</sup> Artículo 513.1 CPPi: “Il giudice, se l'imputato è contumace o assente ovvero rifiuta di sottoporsi all'esame, dispone, a richiesta di parte, che sia data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero o al giudice nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, ma tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso salvo che ricorrano i presupposti di cui all'articolo 500, comma 4”.

<sup>1139</sup> §254.1 StPO: “Las declaraciones del acusado que se contuvieran en una acta judicial, podrán ser leídas, con la finalidad de la práctica de la prueba sobre una confesión”. Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso...*, cit., pág. 363.

<sup>1140</sup> Sobre esta materia resulta muy clarificadora la lectura de CONTI, Carlotta, “Le nuove norme sull'interrogatorio dell'indagato (art. 64 C.P.P.)”, en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di TONINI, Paolo, Padova, CEDAM, 2001, págs. 192-217. En sentido crítico sobre esta normativa, GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 255-63.

**c) Especial referencia a los llamados “elementos objetivos” del atestado policial e informes emitidos por Gabinetes Oficiales del Estado**

Partiendo de una noción errada o extremadamente amplia de “irrepetibilidad”, alguna jurisprudencia ha postulado el valor probatorio de las diligencias policiales por considerarlas congénitamente irrepetibles por haberse desarrollado en ciertas coordenadas espacio-temporales y, en consecuencia, susceptibles de ser leídas por la vía del artículo 730 LECRIM.

Ello ha acontecido, especialmente, con los llamados “elementos objetivos” del atestado policial, entendiendo por tales las “percepciones policiales, documentadas en el atestado, sobre el estado de cosas coetáneos o inmediatamente posteriores a la comisión del delito”, cuyo valor intrínseco deriva de tratarse de constataciones efectuadas de manera muy inmediata o próximas a la perpetración del delito y por recaer normalmente sobre hechos o estado de cosas efímeros, que las más de las veces desaparecen o se alteran sustancialmente con la propia intervención policial, lo cual impide que puedan ser objeto de un reconocimiento judicial posterior<sup>1141</sup>.

De esta manera y desde la indicada concepción errónea de la “irrepetibilidad”, la jurisprudencia pasa a considerar a las diligencias policiales del atestado directamente como hipótesis de prueba anticipada o preconstituida, señalando al respecto:

“Es claro que hay partes de ese atestado, como pueden ser la aprehensión de los delincuentes sorprendidos in fraganti, la constancia

---

<sup>1141</sup> Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 367-68.



del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan por definición en el concepto de la *prueba preconstituida o anticipada*. Ninguna de las enumeradas son practicable directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias”<sup>1142</sup>.

Respecto a estos elementos objetivos del atestado, el TC ha establecido un catálogo de requisitos para que los mismos puedan adquirir excepcionalmente valor probatorio, donde también se aprecia una noción errónea de “irrepetibilidad”. Tales requisitos son: a) tener por objeto la mera constatación de datos objetivos, como fotografías, croquis, resultados de pruebas alcoholométricas, etc.; b) ser *irrepetibles* en el juicio oral; y c) que sean ratificadas en el juicio oral, no bastando con su mera reproducción o bien que sean complementadas en el mismo juicio oral con la declaración del policía, como testigo de referencia, que intervino en el atestado<sup>1143</sup>.

A mayor abundamiento, existen pronunciamientos del TC que, tras negar valor de prueba al atestado policial en virtud del artículo 741 LECRIM, señalan a continuación que tal regla admite ciertas matizaciones o excepciones, como son los supuestos en los que las diligencias *policiales* no reflejan simples declaraciones testificales sino

---

<sup>1142</sup> STC 138/1992 (Sala Primera), 13 octubre, FJ. 2º, Ponente don Rafael de Mendizábal Allende. (La cursiva es nuestra). En idéntico sentido SSTC 107/1983 (Sala Primera), 29 noviembre, FJ. 3º; 201/1989 (Sala Primera), 30 noviembre, FJ. 3º; y 157/1995 (Sala Segunda), 6 noviembre, FJ. 3º y 4º.

<sup>1143</sup> STC 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 4º, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

pruebas que pueden considerarse *lato sensu*, como periciales o que resulten de imposible repetición posterior<sup>1144</sup>.

Así por ejemplo, el TC, en sentencia 24/1991 (Sala Segunda), de 11 de febrero, ha considerado que el certificado del médico forense incorporado al atestado es una *pericia técnica*, que se adjunta al atestado pero que no por este hecho pierde su propio carácter (pericial) para pasar a adquirir la del propio atestado (denuncia), señalando que este examen médico no es averiguación alguna, sino una prueba preconstituida, dado que la determinación de las lesiones sufridas sólo pueden acreditarse en el momento de producirse y mientras éstas pueden ser observadas, es decir, mientras duran sus efectos o secuelas. Añade el TC que, en la medida que esta clase de certificados no sean impugnados por las partes, pasan a integrar, en su calidad de prueba documentada que no documental, el acervo de elementos de que el Tribunal dispone libremente por la vía del artículo 726 LECRIM, pudiendo con ellos legítimamente formarse su pertinente convicción<sup>1145</sup>.

Con respecto a este tema, la situación ha quedado zanjada en el ámbito del procedimiento abreviado con la incorporación de un nuevo apartado 2º al artículo 788.2 LECRIM relativo al informe pericial, por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, que estableció:

---

<sup>1144</sup> STC 182/1989 (Sala Primera), 3 de noviembre, FJ. 2º, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra. Con todo este fallo estima el recurso de amparo por infracción a la presunción de inocencia por falta de ratificación del atestado por parte de los agentes policiales que fueron citados al juicio como testigos de la diligencia.

<sup>1145</sup> STC 24/1991 (Sala Segunda), 11 febrero, FJ. 3º, Ponente don Francisco Rubio Llorente. En sentido similar, STC 127/1990 (Sala Primera), 5 julio, FJ. 4º, Ponente Fernando García-Mon y González-Regueral y SSTS 1822/2001 (Sala Penal), 10 octubre, FJ. Único, recurso de Evaristo y 733/2007 (Sala Penal), 17 septiembre 2007, entre otras.

“En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los 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.”

En lo relativo a los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, el TS ha establecido algunas características y reglas generales acerca de su valor probatorio<sup>1146</sup>, señalando que dichos Laboratorios se caracterizan por la condición de funcionarios públicos de quienes trabajan en ellos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, todo lo cual concede a los informes por ellos emitidos notas especiales de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga *prima facie* eficacia probatoria sin necesidad de contradicción procesal.

En cuanto a la forma de ingresar al acervo probatorio esta clase de dictámenes de los indicados Laboratorios, el TS establece las siguientes dos reglas:

a’) Si las partes han manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o con la competencia o imparcialidad profesional de los peritos, será necesaria la comparecencia de los peritos al juicio oral

---

<sup>1146</sup> STS 652/2001, (Sala Penal), 16 abril, FJ. 1º. En el mismo sentido, SSTs, todas de la (Sala Penal) 1021/1991, 11 marzo, FJ. 2º; 2207/1991, 15 junio, FJ. 1º; 1 diciembre 1992, FJ. 1º; 2 diciembre 1992, FJ. 3º; 1 diciembre 1995, FJ. 1º; 806/1999, 10 junio, FJ. 3º; 1642/2000, 23 octubre, FJ. 2º; 17 marzo 2001, FJ. 1º; 1500/2002, 18 septiembre, FJ. 3º; 20 enero 2004, FJ. 1º; 973/2004, 22 julio, FJ. 2º; 75/2005, 25 enero, FJ. 3º; 935/2009, 30 septiembre, FJ. 3º; y 704/2009, 29 junio, FJ. 2º.

para ratificar, aclarar o complementar su dictamen, sometiéndose así la prueba a la contradicción de las partes, para que, sólo entonces, el Tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma y servirse de ella para formar su convicción.

b') Si, en cambio, el acusado no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita. Es decir, la falta de objeción de estos análisis periciales supone su tácita aceptación, considerándose contrario a la buena fe procesal impugnar en casación aquello que implícitamente fue admitido en la instancia, pasando a adquirir carácter de prueba válida para destruir la presunción de inocencia, aunque no sean ratificadas en el juicio oral<sup>1147</sup>. Lo anterior en razón de que la falta de objeción hace que los hechos sobre que versan tales informes se consideren por la jurisprudencia como hechos admitidos tácitamente por las partes y, como tales, no necesitados de prueba del mismo modo como ocurre en el proceso civil<sup>1148</sup>.

---

<sup>1147</sup> STS 652/2001, (Sala Penal), 16 abril, FJ. 1º, Ponente D. Carlos Granados Pérez; las en ella citadas; y los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrados el día 21 de mayo de 1999 y 23 de febrero de 2001. Sobre esta jurisprudencia véase, además, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros, "Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, cit., págs. 2686-91; y DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, "La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares: La prueba dactiloscópica", en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm 1, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 425-449 (versión electrónica).

<sup>1148</sup> STS 1021/1991, (Sala Penal), 11 marzo, FJ. 2º, Ponente D. Joaquín Delgado García.

Finalmente, en torno a la impugnación de los informes técnicos de análisis de drogas emitidos por organismo oficiales del Estado, el TS, en Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 25 de mayo de 2005, interpretando específicamente el antes citado artículo 788.2 LECRIM para el procedimiento abreviado, ha señalado que la manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de esta clase de informes no impide la valoración del resultado de aquéllos como prueba de cargo, cuando haya sido incorporado al juicio oral como prueba documental y se hayan cumplido las condiciones previstas en el artículo 788.2 LECRIM, agregando que esta norma es exclusivamente aplicable a los casos que expresamente contempla y no es extensible a otros procedimientos o pruebas.

Por otra parte, el TS ha elaborado una reciente doctrina relativa a la impugnación de informes técnicos elaborados por organismos oficiales del Estado que pretende tener validez para toda clase de procedimiento y, al parecer, cualquiera sea la materia sobre la que versen dichos informes, no circunscribiéndose el Supremo solamente a los referidos a análisis de drogas de que trata el artículo 788.2 LECRIM. Tal doctrina establece:

a') Que la impugnación que la defensa efectúe al informe debe dejar claro el extremo impugnado y la razón de la impugnación, en tanto sólo cuando se ataca la competencia o capacidad profesional de los peritos o se solicitan ampliaciones o aclaraciones sobre el contenido técnico del dictamen, puede considerarse como impugnación de prueba pericial. No cabe, en consecuencia, discutir en estos casos el problema jurídico sobre el número de peritos intervinientes.

b') La oportunidad procesal para impugnar estos informes es el escrito de conclusiones provisionales.

c') Hecha la impugnación en tiempo y forma, el tribunal es libre para estimar o desestimar la solicitud de ratificación o personación de los propios peritos para efectuar aclaraciones o de prueba contradictoria hecha por otros peritos, con base en el artículo 11.2 LOPJ, según la entienda procedente y necesaria o conveniente o por el contrario dilatoria o inútil<sup>1149</sup>.

Sin pretender hacernos cargo en esta sede de la profusa y, algunas veces, contradictoria jurisprudencia existente sobre este tema, especialmente tratándose del test de alcoholemia<sup>1150</sup>, nos limitaremos en las líneas siguientes sólo a apuntar nuestra opinión sobre el pretendido valor probatorio de los llamados “elementos objetivos” del atestado policial.

1) El atestado policial en sí mismo no es ni un documento a los efectos del artículo 726 LECRIM ni es una diligencia sumarial a los del

---

<sup>1149</sup> SSTS 704/2009, (Sala Penal), 29 junio, FJ. 2º, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano y 935/2009, (Sala Penal), 30 septiembre, FJ 3º, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer.

<sup>1150</sup> Sobre este punto, véase GIMENO SENDRA, Vicente, “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 4, 1984, págs. 1102-10; LORENTE HURTADO, Fernando., “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. 1, 1986, págs. 59-70; ASECIO MELLADO, José María, “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional. Comentario a las sentencias de 3, 4, 28 y 30 de octubre de 1985”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 2, 1986, págs. 988-97; JAÉN VALLEJO, Manuel, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, cit., págs. 45-52; LUZÓN CUESTA, José María, “La presunción...”, en *Revista del Poder Judicial*, cit., págs. 162-64; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 221-27; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 381-84; SERRANO HOYO, Gregorio, “La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 2, 1993, págs. 862-74; y ROCA MARTÍNEZ, José María, “Eficacia probatoria...”, en *Revista General de Derecho*, cit., págs. 8168-72.

artículo 730 LECRIM, constituyendo simplemente un acto de constatación policial de carácter preprocesal.

2) Sin perjuicio de que incluso el carácter de “objetivos” de estos elementos puede ser cuestionado<sup>1151</sup>, es evidente que con frecuencia no resultan “repetibles” dado que normalmente recaen sobre hechos o estados de cosas que tienen un carácter efímero por sí mismas o que desaparecen como consecuencia de la propia intervención policial. Sin embargo, no debe olvidarse que estas constataciones contenidas en el atestado no son diligencias sumariales que puedan eventualmente tornarse “irreproducibles”, por cuanto la condición de reproducible o irreproducible es una calificación sólo predicable respecto de las diligencias sumariales, carácter que estas constataciones no poseen por lo que “no cabe «reproducir» lo que nunca se ha practicado”<sup>1152</sup>.

3) Tal como ya lo hemos señalado, el atestado policial y, en consecuencia, todos los datos que él pueda contener, sólo tienen valor de denuncia en conformidad al artículo 297 LECRIM y como tal dichos datos deben ser objeto de prueba, para lo cual han de ser introducidos al acervo probatorio mediante las correspondientes testificales en el juicio oral de los agentes policiales que intervinieron en las diligencias de que da cuenta el propio atestado.

4) Coincidimos con Vegas Torres en orden a que dichas testificales pueden ser *complementadas* con la lectura del

---

<sup>1151</sup> Puesto que, en opinión de VEGAS TORRES, Jaime, estos actos de constatación policial reflejan el estado de las cosas a través de las percepciones de ciertos sujetos, los agentes policiales, por lo que en su documentación subyacen componentes subjetivos innegables, *Presunción...*, cit., págs. 371-72.

<sup>1152</sup> Sic. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 227. En sentido similar, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 367-68 y 371.

correspondiente atestado, el que podrá ser examinado directamente por el tribunal, de forma tal que el atestado “derivaría su eficacia probatoria directamente de la declaración testifical a la que complementa”<sup>1153</sup>. Lo que no puede suceder es la situación inversa y recogida en la ya citada STC 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 4º, esto es, que el atestado sea valorado directamente y complementado por la declaración testifical de los agentes policiales correspondientes, dado que, como hemos indicado, el atestado no es ni prueba documental (art. 726 LECRIM) ni diligencia sumarial (art. 730 LECRIM).

5) Ahora bien, si dicha declaración testifical se torna absolutamente imposible de ser practicada en el juicio oral, la única manera de que el resultado de las diligencias del atestado puedan ingresar al juicio oral es mediante la lectura de las declaraciones que eventualmente hubiesen prestado ante el Juez de Instrucción los respectivos agentes intervinientes por la vía del artículo 730 LECRIM, en tanto ya no se trataría de la lectura de un simple atestado, lo que en caso alguno procede, sino de la lectura de una auténtica diligencia sumarial cual es la declaración de los agentes ante el Juez de Instrucción y siempre que la misma se haya prestado con las garantías de contradicción, oralidad y publicidad<sup>1154</sup>.

6) Finalmente y sin perjuicio de las muchas propuestas de *lege ferenda* formuladas por la doctrina<sup>1155</sup>, tan sólo quisiéramos hacer un

---

<sup>1153</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 373.

<sup>1154</sup> En el mismo sentido, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 380.

<sup>1155</sup> Destacando en este punto las de GIMENO SENDRA, Vicente, “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, en *La Ley*, cit., págs. 1109-10; ASECIO MELLADO, José María, “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional. Comentario a las sentencias de 3, 4, 28 y 30 de octubre de 1985”, en *La*



apunte en torno a la doctrina jurisprudencial que hemos citado anteriormente que establece que si el informe emitido en fase sumarial por organismos especializados del Estado no es objetado por las partes, se entiende que las mismas han aceptado expresa o tácitamente<sup>1156</sup>.

Cabe apuntar como críticas a esta doctrina de la aceptación tácita, por una parte, que la misma importa la inversión de la carga de la prueba, ya que impone a la parte acusada una determinada actuación destinada a citar a los peritos al juicio, proponer prueba de descargo e impugnar los resultados del informe pericial, para evitar que se presuma que acepta tácitamente el contenido de dicho informe, cuestión que es claramente contraria a la presunción de inocencia. Por otra parte, de esta doctrina jurisprudencial podría derivarse un intento por introducir en alguna medida la figura de las convenciones probatorias que se establecen en el procedimiento penal chileno (art. 275 CPPCh). Sobre este punto tan sólo consignar que la incorporación de una figura semejante al ámbito del proceso penal español, que incorpore el consenso en la fijación del objeto de la prueba en concreto, creemos debiera ser fruto de una previsión legal expresa y no meramente de una formulación jurisprudencial<sup>1157</sup>.

---

*Ley*, cit., págs. 12-15; y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 236-37.

<sup>1156</sup> A favor, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros, “Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral”, en *Comentarios...*, cit., págs. 2686-90.

<sup>1157</sup> En sentido similar, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 466-68, considerando que no le corresponde al TS, con base exclusivamente en razones de orden práctico, elaborar una doctrina que contradice las disposiciones de la LECRIM sobre prueba pericial, debiendo ser el legislador el que introduzca las modificaciones pertinentes al sistema mediante una normativa que respete los principios y garantías constitucionales que deben rodear la prueba procesal.

## **B) Agotamiento de los medios legales para evitar la imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral**

Ya hemos comentado que las causas de imposibilidad de practicar el medio de prueba en el juicio oral pueden ser absolutas o relativas, encontrándose dentro de las primeras, por ejemplo, la muerte o larga o irrecuperable enfermedad del testigo o la destrucción o alteración sustancial del objeto de la pericia en lo que al acto del reconocimiento se refiere, porque aún en estos últimos eventos nada impide la presencia del perito en el juicio oral.

Las demás hipótesis que se pueden plantear en la realidad procesal más bien apuntan a causas de carácter relativo que, en principio, no autorizan la lectura prevenida en el artículo 730 LECRIM.

En consecuencia, sólo cuando se han agotado todos los medios que la ley franquea para superar la imposibilidad relativa de practicar el medio de prueba, la misma se torna absoluta autorizando la lectura del acta de la diligencia sumarial a través del citado artículo 730, siempre y cuando se hayan además cumplido las otras exigencias dispuestas por la norma en referencia.

Para determinar los medios que dispone la ley para garantizar la efectiva práctica del medio de prueba en el juicio oral y sin pretender agotar el tema, podemos distinguir a grandes rasgos algunas situaciones siguiendo en ello a Ortells Ramos<sup>1158</sup>:

---

<sup>1158</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 400-08. También MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 399-403.

1) Si la causa de imposibilidad relativa es imprevista y conocida antes del auto que fija el inicio de las sesiones del juicio, bastará con fijar dicho inicio para una fecha en que se prevea el impedimento haya desaparecido.

Lo anterior en virtud de la obligación que la LECRIM impone a los secretarios judiciales en sus artículos 659.5, para el procedimiento ordinario y 785.2, para el abreviado, a la vista del auto que admite las pruebas ofrecidas, de establecer el día en que deben comenzar las sesiones del juicio oral, tomando en cuenta para ello no sólo los criterios generales y las concretas y específicas instrucciones que fijen los Presidentes de Sala o Sección, sino otros criterios que la norma indica, siendo relevante para el tema que nos ocupa el numeral 5º que señala:

“La complejidad de la prueba propuesta o *cualquier circunstancia modificativa*, según hayan podido determinar una vez estudiado el asunto o pleito de que se trate”.

2) Si la causa de imposibilidad es imprevista y ha sobrevenido con posterioridad a la fijación de la fecha de inicio de las sesiones del juicio oral pero antes del inicio de las mismas, puede el Tribunal decretar la suspensión de la apertura de las sesiones cuando las partes se lo soliciten aduciendo no tener preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos por motivos independientes de su voluntad (artículo 745 LECRIM).

Si tal solicitud no se formula en la oportunidad procesal y con los requisitos que el citado artículo 745 exige, la parte interesada no podrá luego instar por la lectura por el artículo 730 LECRIM de la diligencia sumarial a la que el medio probatorio que resulta impracticable acceda, porque no cumpliría con el requisito que impone esta última disposición

legal en orden a que la causa de irrepitibilidad debe ser ajena a la voluntad de las parte<sup>1159</sup>.

3) Si la causa de imposibilidad es imprevista y ha sobrevenido con posterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral, podrá procederse a la suspensión del juicio oral en virtud del artículo 746.3 LECRIM, siempre que el Tribunal considere necesaria la declaración del testigo. Con todo, ante la incomparecencia de los testigos la LECRIM proporciona los siguientes mecanismos procesales alternativos tendentes a evitar la suspensión del juicio:

a) Faculta al tribunal para acordar la continuación del juicio y la práctica de los demás medios probatorios para que, una vez practicados, proceda a decretar la suspensión del juicio a la espera de la comparecencia de los testigos ausentes (artículo 746.3.2 LECRIM).

b) Autoriza la designación de un individuo del Tribunal por parte del Presidente del mismo para constituirse en el domicilio del testigo incomparecido por imposibilidad y siempre que el Tribunal considere su declaración de importancia para el éxito del juicio (artículo 718 LECRIM).

c) Autoriza al Secretario judicial para librar exhorto o mandamiento para que el Juez correspondiente proceda a examinar al testigo imposibilitado que resida fuera del lugar del juicio (artículo 719 LECRIM).

Por su parte, el artículo 788.1 LECRIM también autoriza la suspensión o aplazamiento de las sesiones del juicio en el procedimiento

---

<sup>1159</sup> En el mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 401.

abreviado los casos del artículo 746 pero sólo hasta el límite máximo de 30 días.

Finalmente apuntar que en correcta doctrina la jurisprudencia actualmente exige que el agotamiento de los medios legales indicados debe quedar consignado de manera expresa en la motivación del fallo, en términos que en la sentencia se exponga en concreto cual fue la diligencia del órgano jurisdiccional para agotar las posibilidades de disponer de la fuente sumarial que devino no utilizable como medio de prueba en el juicio oral<sup>1160</sup>.

**C) Imposibilidad de practicar el medio probatorio en el juicio oral por causas ajenas a la voluntad de las partes**

Muy ligada al requisito anterior se encuentra esta exigencia del artículo 730 LECRIM en orden a que las causas que determinan la imposibilidad de practicar el medio probatorio en el juicio oral sean independientes de la voluntad de las partes. Es evidente que este requisito se cumplirá cuando las partes hayan cumplido con todas las cargas procesales dirigidas a obtener la práctica del medio de prueba en el juicio oral y, no obstante ello, dicha práctica no hubiere sido posible<sup>1161</sup>. En consecuencia, sólo si esas cargas se han cumplido en tiempo y forma y la imposibilidad subsiste, podemos tacharla de imposibilidad absoluta y ajena a la voluntad de las partes y por tanto proceder a la lectura autorizada por el artículo 730 LECRIM.

---

<sup>1160</sup> SSTS 225/2009, (Sala Penal), 2 marzo, FJ. 1º y 379/2009, (Sala Penal), 13 abril, FJ. 1º, Ponente en ambas D. Luciano Varela Castro.

<sup>1161</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 410.

Sobre este punto se ha precisado que dentro de las causas ajenas a la voluntad de las partes se encuentran todos aquellos casos en que práctica del medio probatorio se tornó imposible por defectos en la actividad del Tribunal, tales como no citar a los peritos y testigos o no haberlo hecho con la necesaria anticipación; haber desestimado peticiones fundadas de prueba anticipada y, habiéndolas decretado, no haber dispuesto las actividades necesarias para practicarlas. Sin embargo, para ello igualmente es preciso que la parte haya instado adecuada y oportunamente por la práctica del medio probatorio solicitando, por ejemplo, la suspensión de las sesiones del juicio<sup>1162</sup>.

## **5. Requisitos de forma para la lectura del artículo 730 LECRIM**

Tan importantes como los requisitos de fondo analizados, se encuentran los de forma, dentro de los cuales incluimos: la intervención del órgano jurisdiccional y las garantías en la ejecución de la diligencia sumarial; la lectura efectiva de la diligencia sumarial; la solicitud de parte y la necesidad de la prueba.

### **A) Intervención del órgano jurisdiccional y garantías en la ejecución de la diligencia sumarial, con especial referencia al principio de contradicción**

Ya nos hemos referido a las diligencias sumariales que pueden ser objeto de lectura al amparo del artículo 730 LECRIM, precisando que deben tratarse, en síntesis, de diligencias judiciales de instrucción lo cual implica la necesaria intervención del órgano jurisdiccional en su ejecución, razón por la cual nos remitimos a lo ya dicho sobre el punto.

---

<sup>1162</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 410.

Con todo, apuntemos en esta sede que la jurisprudencia ha establecido de manera reiterada este requisito, considerando que la presencia de la autoridad judicial en la diligencia sumarial que se pretende leer en virtud del artículo 730 LECRIM es una exigencia inexcusable, por tratarse de un órgano institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, lo cual asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria<sup>1163</sup>.

Sin embargo, aún cumpliéndose todos estos requisitos, la diligencia sumarial puede igualmente no ser susceptible de ser leída al amparo del artículo 730 LECRIM por una razón específica: no haber sido practicada con las debidas garantías constitucionales y legales, especialmente por no haber sido debidamente garantizada la contradicción y la defensa letrada<sup>1164</sup>.

No nos vamos a referir de manera particularizada a la serie de exigencias o garantías simplemente legales o incluso constitucionales prescritas para la ejecución de cada tipo de diligencia sumarial, por cuanto ello excedería de los fines precisos de nuestra exposición y porque

---

<sup>1163</sup> SSTC 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 2º; 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 2º; 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 5º; 141/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 4º; 94/2002 (Sala Segunda), 22 abril, FJ. 3º; y 148/2005 (Sala Segunda), 6 junio, FJ. 2º. De idéntico tenor véanse SSTC 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 5º y 206/2003 (Sala Primera), 1 diciembre, FJ. 2º citadas por MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 748.

<sup>1164</sup> En este sentido pueden leerse las SSTC 12/2002 (Sala Primera), 28 enero, FJ. 4º y 280/2005 (Sala Primera), 7 noviembre, FJ. 3º, en cuyos casos el TC analiza la concurrencia de cada uno de los requisitos que deben concurrir para proceder a la lectura de una diligencia sumarial, descartando tal posibilidad en la primera de las sentencias por falta de intervención del órgano jurisdiccional y contradicción en la práctica de la diligencia sumarial y en la segunda de las citadas sentencias, por falta de contradicción en la introducción de la diligencia en el acto del juicio oral (falta de lectura, dándola por reproducida).

todas ellas han sido previstas por el legislador para otorgar validez a la actuación y así evitar supuestos de nulidad absoluta o anulabilidad de la misma pero nunca para concederles un valor distinto al de mera diligencia sumarial carente por definición de valor probatorio<sup>1165</sup>.

En consecuencia y con la finalidad de centrarnos solamente en el estudio de la garantía de contradicción en la práctica de la diligencia sumarial, partiremos del supuesto de que tales diligencias han sido practicadas con estricto cumplimiento a todas las garantías que en cada caso han sido previstas por el legislador para su ejecución.

Remitiéndonos a lo que ya se expuso sobre el significado y reconocimiento constitucional y legal del principio de contradicción en el ordenamiento procesal penal español, en esta sede tan sólo queremos puntualizar algunos aspectos de tal principio aplicados específicamente al ámbito de las diligencias sumariales.

La exigencia de contradicción en la ejecución de la diligencia sumarial es un punto especialmente complejo en tanto nos estamos refiriendo a diligencias desarrolladas en fase de sumario o diligencias previas que, por definición y atendiendo a sus fines, se tratan de fases que no están llamadas a ser regidas de manera especial por este principio y ello pese a la reforma del año 1978. Pero además, porque hemos dejado sentado que las causas de indisponibilidad de la fuente de prueba recogida u obtenida en la diligencia sumarial que permita practicar el respectivo medio probatorio en el juicio oral deben ser fundamentalmente *imprevistas e imprevisibles* para que sólo así se pueda dar cumplimiento

---

<sup>1165</sup> En este último sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 241.



a los requisitos de fondo del artículo 730 LECRIM relativos al agotamiento de los mecanismos legales tendentes a obtener la práctica efectiva del medio probatorio en el juicio oral y a la necesidad de que las causas de la imposibilidad de practicarlo sean ajenas o independientes de la voluntad de las partes. La imprevisión de la futura imposibilidad de practicar el medio de prueba es precisamente la circunstancia que puede determinar que en la práctica de la diligencia sumarial no se hayan adoptado las medidas necesarias para garantizar el contradictorio, a diferencia de lo que ocurre con la prueba anticipada.

Pese a ello, no resulta posible admitir como material probatorio susceptible de destruir la presunción de inocencia una actuación que ha sido ejecutada sin contradicción alguna porque ello implica ignorar uno de los principios estructurales del proceso en general y de la formación de la prueba en particular<sup>1166</sup>.

De ahí que este requisito no derive del tenor literal del artículo 730 LECRIM sino, como bien apunta Ortells, de una interpretación de esta norma más acorde al artículo 24 CE y del 6.3 CEDH<sup>1167</sup>. Sólo en la medida que el imputado y su defensor hayan podido intervenir de manera activa en la práctica de la diligencia sumarial, fundamentalmente ejerciendo su derecho de defensa en sentido amplio y de interrogar al testigo o perito, puede entenderse satisfecho el contradictorio en la

---

<sup>1166</sup> Más explícito resulta CLIMENT DURÁN, Carlos, al señalar que “no es admisible que a toda costa se trate de meter con calzador en el juicio oral una declaración sumarial no contradictoria, porque en tal caso falla uno de los pilares básicos para la valorabilidad de tal declaración, cual es precisamente el respeto del principio de contradicción”, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 249.

<sup>1167</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., pág. 259. En el mismo sentido pero incorporando la cita al CEDH, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 408.

formación de la prueba, respetada la garantía del debido proceso en general y del derecho de defensa en particular consagrados en los referidos artículos de la CE y del CEDH y, en consecuencia susceptible de ser leída la respectiva diligencia sumarial al amparo del artículo 730 LECRIM y con ello ser considerado el contenido de la misma como un material probatorio apto para destruir la presunción de inocencia.

Cabe puntualizar que una interpretación constitucional del artículo 730 LECRIM impone asumir que el contradictorio no sólo se satisface con la efectiva lectura de la diligencia sumarial en el juicio oral, como por algún tiempo lo entendió el TC<sup>1168</sup>, sino que es necesario que tal principio se cumpla en la ejecución misma de la diligencia porque, tal como lo advierte Ortells, el contradictorio en la formación de la prueba implica que el material de convicción “*resulte* de la actividad de las partes y del Tribunal practicando, según su propia normativa, cada medio de prueba”<sup>1169</sup>. Esta exigencia debe extenderse a las diligencias

---

<sup>1168</sup> En efecto, existen variados pronunciamientos del TC en los que sólo considera relevante la lectura de la diligencia sumarial sin exigir que la misma haya sido practicada con la debida contradicción. Así, por ejemplo, SSTC 62/1985 (Sala Segunda), 10 mayo, FJ. 2º; 4/1986 (Sala Segunda), 20 enero, FJ. 1º a 3º, en la que el TC termina por no acoger la queja planteada por el recurrente en orden a haberse valorado la declaración sumarial de un testigo sin que la defensa tuviera oportunidad de contradecir y repreguntar al respecto; 80/1986 (Sala Primera), 17 junio, FJ. 1º; 150/1987 (Sala Segunda), 1 octubre, FJ. 2º que, aunque acoge el amparo por vulneración de la presunción de inocencia, discurre en su fundamento jurídico 2º sobre la exigencia del contradictorio sólo en la fase de juicio oral para valorar una declaración sumarial; 25/1988 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º; y 82/1988 (Sala Primera), 28 abril, FJ. 2º. Sobre algunas de estas sentencias, puede revisarse un análisis más pormenorizado efectuado en VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 280-84; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., notas núm. 1090 y 1091, págs. 409-411; y CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., págs. 249-50.

<sup>1169</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 380-81. (La cursiva es del autor). En sentido similar, véase también MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 274.

sumariales introducidas al juicio oral en virtud del artículo 730 LECRIM, pero no porque se trate de “diligencias sumariales” sino porque su contenido pretende tener eficacia probatoria y, con ello, virtualidad para destruir la presunción de inocencia.

Siendo así, tanto la doctrina<sup>1170</sup> como la jurisprudencia<sup>1171</sup> actualmente están de acuerdo en que en el caso de diligencias sumariales devenidas “irreproducibles” en el juicio oral y que pretenden ser introducidas al material probatorio que sirve de fundamento a la sentencia, la exigencia de la concurrencia del principio de contradicción se plantea en dos momentos procesales, a saber:

a) Al momento de la práctica de la diligencia en fase sumarial permitiendo, siempre que sea posible, la intervención en la misma de las partes, especialmente del imputado y de su abogado defensor en términos de poder ejercer su derecho defensa y, en concreto, el derecho de interrogar o contrainterrogar a los testigos; y

b) Al momento de ser introducida la diligencia en el juicio oral mediante su efectiva lectura, permitiendo a las partes, especialmente al acusado, analizar y criticar el contenido de la diligencia, lo que además permite cumplir con otros dos principios relevantes en la formación de la prueba: la publicidad y la oralidad.

---

<sup>1170</sup> Entre otros, CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 251.

<sup>1171</sup> Véase SSTC 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 2º; 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 5º; 49/1998 (Sala Segunda), 2 marzo, FJ. 2º; 38/2003 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 7º; 80/2003 (Sala Segunda), 28 abril, FJ. 5º; 148/2005 (Sala Segunda), 6 junio, FJ. 2º; 345/2006 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 3º; y 29/2008 (Sala Segunda), 20 febrero, FJ. 5º, letra a). En sentido similar, con abundante cita de SSTEDH, véase SSTC 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 34; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º; y 344/2006 (Sala Primera), 11 diciembre, FJ. 4º.

Asimismo, el TC ha señalado que la declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, constituye un déficit de contradicción que determina la falta de validez de la prueba y que no puede ser saneada mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial<sup>1172</sup>.

Pero tal como ya lo expusimos en su oportunidad, cuando se habla de contradictorio en la formación de la prueba, ya se trate de una diligencia sumarial que se pretende tenga eficacia probatoria por haber devenido irreproducible en el juicio oral o, con mayor razón, si se trata de la practicada en el propio juicio oral, lo que se exige en verdad es que se otorgue a las partes una *posibilidad real y efectiva de contradicción*, lo que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas por las declaraciones<sup>1173</sup>. De ahí que no todo déficit de contradicción en la práctica de la diligencia sumarial implique la invalidez de la misma para ingresar al acervo probatorio que sirve de fundamento a la sentencia por la vía del artículo 730 LECRIM, invalidación que sólo operará cuando el déficit se deba a una conducta

---

<sup>1172</sup> STC 344/2006 (Sala Primera), 11 diciembre, FJ. 4º, letra e), Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde y las en ella citadas. En sentido similar, también, STC 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 5º, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, en la que el TC, refiriéndose a una declaración testimonial en fase sumarial prestada sin contradicción y leída luego en el juicio oral por imposibilidad de reproducción, señala que “Este vicio de origen (en el sumario) daña cualquier intento de reproducción válida y eficaz (en el juicio oral)”.

<sup>1173</sup> STC 198/2006 (Sala Segunda), 3 julio, FJ. 3º, Ponente D. Ramón Rodríguez Arribas. En idéntico sentido véanse las SSTC 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 3º; 80/2003 (Sala Segunda), 28 abril, FJ. 6º; 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 4º; y 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 5º.

del órgano jurisdiccional constitucionalmente censurable<sup>1174</sup>, no así cuando el mismo se debe a una conducta dependiente de la voluntad de las partes y, especialmente, del acusado si la diligencia que se pretenda leer al amparo del artículo 730 LECRIM tiene sesgo incriminatorio<sup>1175</sup>.

De ahí que la jurisprudencia haya debido precisar los alcances de la exigencia del contradictorio en la práctica de la diligencia sumarial que se pretende leer en virtud del artículo 730 LECRIM, señalando que la misma, además de satisfacerse sólo con otorgar a la defensa la *posibilidad* de intervención, queda condicionada a que ello sea “posible” o “factible”<sup>1176</sup> y haya, a su vez, establecido el siguiente catálogo de supuestos en que el déficit de contradicción en la diligencia sumarial se considera siempre dependiente de la voluntad del imputado: a) mera pasividad de la parte imputada y de su defensa<sup>1177</sup>; b) casos de imputado huido<sup>1178</sup>; y c) imputado formalmente rebelde, señalándose en este caso

---

<sup>1174</sup> STC 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 4º, Ponente D. Pablo García Manzano. En el mismo sentido, entre muchas otras, SSTC 141/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 4º; 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 3º; 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 4º; 57/2002 (Sala Primera), 11 marzo, FJ. 3º; y 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 5º.

<sup>1175</sup> En este sentido, STC 2/2002 (Sala Segunda), 14 enero, FJ. 4º, Ponente Dª. Elisa Pérez Vera y, en la doctrina, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 277 y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 752.

<sup>1176</sup> STC 115/1998 (Sala Segunda), 1 junio, FJ. 4º, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer y las en ella citadas SSTC 200/1996 (Sala Primera), 3 diciembre, FJ. 2º; 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 2º; y 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 5º. Véase jurisprudencia también citada por MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 752.

<sup>1177</sup> STC 2/2002, de 14 de enero, FJ. 4º, Ponente Dª. Elisa Pérez Vera, caso en el cual la defensa, presente en la diligencia sumarial, no formularon preguntas debido a su pasividad.

<sup>1178</sup> SSTC 57/2002, de 11 marzo, FJ. 3º, Ponente D. Tomás Vives Antón; y 187/2003, 27 octubre, FJ. 4º, Ponente D. Pablo García Manzano.

que el llamamiento no era posible y la causa de la imposibilidad era atribuible en exclusiva al recurrente (acusado)<sup>1179</sup>.

En los casos antes reseñados la diligencia sumarial resulta susceptible de ser leída al amparo del artículo 730 LECRIM por cuanto, como se expuso, el déficit de contradictorio es imputable a la parte acusada y a su defensa. Cosa distinta ocurre, en cambio, cuando dicho déficit no es imputable a esa parte y, en consecuencia, la falta de contradicción en la diligencia sumarial no se subsana ni siquiera con la lectura pública del acta en virtud del artículo 730 LECRIM, la cual no resulta admisible. Dentro de estos últimos casos se pueden encontrar todos aquellos supuestos en que la falta de contradicción en la ejecución de la diligencia se ha debido<sup>1180</sup>:

a) A la inexistencia de imputado en sentido amplio al momento de ejecutarse la diligencia sumarial, es decir, cuando no se había aún dirigido la imputación contra una persona determinada, de manera que a ésta le era imposible personarse en la causa de conformidad al artículo 118 LECRIM e intervenir en dicha diligencia<sup>1181</sup>.

b) A la falta de personamiento del imputado en virtud del artículo 118 LECRIM al tiempo de ejecutarse la diligencia sumarial, por cuanto al inculpado no personado, por regla general, no se le da la oportunidad

---

<sup>1179</sup> STC 115/1998 (Sala Segunda), 1 junio, FJ. 4º, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer. Con todo, para Vegas este supuesto no autoriza la lectura de la diligencia por el artículo 730 LECRIM. Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 278.

<sup>1180</sup> Seguimos en esta enunciación, especialmente, a VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 278 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 412-13.

<sup>1181</sup> STC 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 5º, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

de intervenir en la diligencia sumarial, salvo en los casos urgentes de los artículos 448 y 449 LECRIM.

c) A la circunstancia de haberse practicado la diligencia sumarial durante la vigencia del secreto sumarial decretado por el Juez de Instrucción en virtud del artículo 302.2º LECRIM, precisamente porque este secreto constituye un impedimento temporal para que las partes puedan intervenir en las diligencias de instrucción decretadas o practicadas durante su vigencia<sup>1182</sup>.

d) La circunstancia de encontrarse la intervención del acusado y su defensa en la diligencia legalmente configurada con carácter meramente pasivo, es decir, sin posibilidad efectiva de interrogar al testigo como ocurre, por ejemplo, con el reconocimiento en rueda de presos regulado en los artículos 368 y siguientes LECRIM.

e) En general, cuando la falta de contradicción en la ejecución de la diligencia se ha debido a cualquier circunstancia que haya impedido la intervención legalmente prevista del inculcado y su defensa en la práctica de la diligencia<sup>1183</sup>.

## **B) Lectura efectiva de la declaración sumarial**

Ya hemos comentado que actualmente existe acuerdo doctrinal<sup>1184</sup> y jurisprudencial y, esta última tanto en el ámbito de los Altos Tribunales

---

<sup>1182</sup> SSTC 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 4º, Ponente Dª. María Emilia Casas Baamonde y 40/1997 (Sala Primera), 27 febrero, FJ. 5º, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

<sup>1183</sup> STC 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 4º, Ponente D. Pablo García Manzano, y las en ella citadas.

<sup>1184</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 413. En el mismo sentido, entre otros, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 179-80; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 193-94; HUERTAS MARÍN,

españoles como del TEDH, en censurar el uso de la fórmula de dar por reproducidos los folios del sumario que contienen diligencias de instrucción que pretenden acceder al acervo probatorio por la vía del artículo 730 LECRIM, consintiendo expresamente en prescindir de su lectura efectiva y ello en razón de que dicha fórmula no sólo no satisface las exigencias del contradictorio sino que, además, vulnera los principios de publicidad e inmediación en la práctica de la prueba y, con todo ello, la garantía de un debido proceso y, eventualmente, la presunción de inocencia si la condena se ha basado sólo en dicha probanza<sup>1185</sup>.

En este sentido, atendido el rol que juega la lectura en la realización de los principios de contradicción y publicidad en la producción de la prueba, la jurisprudencia se ha encargado de realzar su carácter de requisito inexcusable del artículo 730 LECRIM y, especialmente, su condición de exigencia irrenunciable, señalando que:

“En el caso del art. 730 de la LECr la lectura no es un derecho o facultad de la defensa que ésta puede renunciar a voluntad, sino, como ya se dijo, una condición objetiva de validez de la que depende que la declaración sumarial se incorpore o no al Juicio Oral como prueba de cargo. Por tanto al Ministerio Fiscal compete interesar se cumpla aquello que es condicionante de la validez de su prueba, sin que pueda

---

M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 103; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., págs. 260-61; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 754-58, con abundantes citas jurisprudenciales a las cuales nos remitimos.

<sup>1185</sup> STC 49/1998 (Sala Segunda), 2 marzo, FJ. 4º, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral. Con especial referencia al requisito de la lectura efectiva que impone el artículo 730 LECRIM pueden verse, entre muchas otras, las SSTC 10/1992 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 2º; 82/1992 (Sala Primera), 28 mayo, FJ. 5º; 25/2003 (Sala Segunda), 10 febrero, FJ. 3º; 280/2005 (Sala Primera), 7 noviembre, FJ. 3º; y 92/2006 (Sala Segunda), 27 marzo, FJ. 2º.



esta validez regirse por una regulación sui generis surgida en el Juicio de un acuerdo o pacto entre el Ministerio Fiscal y la defensa”<sup>1186</sup>.

Sobre el tema del requisito de la lectura existe otra arista que queremos tan sólo dejar apuntada. Se ha dicho también que la necesidad de la lectura actúa como un “límite a la plena admisión del sumario” como elemento con eficacia probatoria<sup>1187</sup> límite que, sin embargo, operaría de manera más eficaz en los sistemas acusatorios puros que en los acusatorios mixtos como el español.

Lo anterior, porque en efecto, los artículos 622.1 y 626 LECRIM ordenan, una vez cerrado el sumario, la remisión de los autos por parte del Juez de Instrucción al tribunal sentenciador los que, a su vez, el Secretario Judicial pasará al Magistrado ponente para que designe quien procederá a la apertura de los pliegos y demás objetos cerrados y sellados. De esta forma, en el sistema español el tribunal sentenciador posee conocimiento previo y absoluto de lo actuado en fase sumarial operando, en consecuencia, la lectura del artículo 730 LECRIM no como *fuerza de conocimiento* de la diligencia, sino tan sólo como un instrumento que autoriza la utilización de la diligencia sumarial como prueba o, mejor dicho, como un mecanismo que permite *su conversión en prueba*. Por su parte, en los sistemas acusatorios puros, donde no existe instrucción judicial previa, dicha lectura cumple el doble rol de ser instrumento de conversión de la diligencia en prueba judicial y de ser fuente de conocimiento para el órgano sentenciador en tanto éste no

---

<sup>1186</sup> Así, por ejemplo, STS 192/2009, (Sala Penal), 24 febrero, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

<sup>1187</sup> ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 179.

tiene conocimiento previo de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público para fundar la acusación<sup>1188</sup>.

De ahí que se señale que la lectura ordenada en el artículo 730 LECRIM pierda algo de protagonismo de cara a la posibilidad del órgano sentenciador de adquirir conocimiento de lo actuado previamente en virtud del artículo 626 LECRIM y se critique esta última norma en tanto permite suponer que tal conocimiento previo del tribunal sentenciador puede influenciarlo de diversas maneras a la hora de valorar las pruebas que se rindan en el juicio oral<sup>1189</sup>.

Sobre este punto la doctrina constata que la lectura ordenada por el artículo 730 LECRIM cobra en España su real dimensión sólo ante el Tribunal del Jurado y propone, propuesta a la que nos sumamos, la introducción de reformas legales que impidan expresamente que el órgano sentenciador acceda de cualquier modo al sumario instruido por el Juez de Instrucción<sup>1190</sup> o que permitan la creación de un expediente que contenga una reglada selección del material del sumario para ser conocido por el tribunal sentenciador a semejanza del sistema italiano que ha creado el *fascicolo per il dibattimento* del artículo 431 CPPi<sup>1191</sup>

---

<sup>1188</sup> En este sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 194.

<sup>1189</sup> En este sentido se pronuncian ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 180; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 194; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 422-23.

<sup>1190</sup> En esta línea se encuentra Montero quien propuso en su momento que, “concluido el sumario, éste debe elevarse, no al tribunal, sino a sus destinatarios naturales, el original al Ministerio Fiscal y fotocopia a la defensa”. MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad...”, en *Trabajos...*, cit., págs. 570-71. En el mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 521-22.

<sup>1191</sup> El *fascicolo per il dibattimento* contiene, entre otros: a) los actos relativos a la procedibilidad de la acción penal y al ejercicio de la acción civil, b) las actas de los actos irrepetibles ejecutados por la policía judicial, c) las actas de los actos irrepetibles

que es de conocimiento del tribunal del juicio, reservando todo el resto de la información de la investigación para el *fascicolo del pubblico ministero* del artículo 433 CPPi, a cuyo conocimiento sólo acceden las partes<sup>1192</sup>.

### **C) Solicitud de parte y necesidad de la prueba**

El claro tenor literal del artículo 730 LECRIM impone como uno de los requisitos esenciales de esta norma que la lectura sea solicitada por cualquiera de las partes.

En torno a la oportunidad procesal para solicitar dicha lectura, lo cierto es que dependerá del momento en que se tuvo conocimiento de la imposibilidad absoluta de practicar el medio de prueba en el juicio oral y así podemos distinguir dos oportunidades:

a) En el escrito de conclusiones provisionales (artículo 656 LECRIM), normalmente tratándose de una imposibilidad congénita o sobrevenida en ese momento y siempre que no sea posible proceder a la práctica anticipada del medio de prueba (artículo 657 LECRIM). En este caso el tribunal tendrá que comprobar el carácter absoluto de la

---

ejecutados por ministerio público y por la defensa, d) Los documentos adquiridos en el extranjero mediante rogatoria internacional y las actas de los actos no repetibles asumidos con la misma modalidad; e) las actas de los actos asumidos en el incidente probatorio (prueba anticipada). En el apartado dos esta norma faculta a las partes para acordar la incorporación para el *fascicolo per il dibattimento* los actos contenidos en el *fascicolo del pubblico ministero*, así como de la documentación relativa a la actividad de investigación defensiva. La lectura parcial o total del contenido del *fascicolo per il dibattimento* puede ser acordada por el tribunal sentenciador en virtud del artículo 511 CPPi.

<sup>1192</sup> En este sentido, también ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 181; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 195; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 522.

imposibilidad y los demás requisitos del artículo 730 junto con la pertinencia<sup>1193</sup> y necesidad de la prueba (artículos 659 y 746.3 LECRIM).

b) En el acto del juicio oral en el caso de una imposibilidad absoluta, sobrevenida en ese momento, imprevista e imprevisible racionalmente y siempre que se hayan agotado los mecanismos procesales para obtener la práctica efectiva del medio probatorio, se cumplan los demás requisitos del artículo 730 y el medio de prueba haya sido propuesto oportunamente en las conclusiones provisionales y admitido como tal, por cuanto no es posible solicitar la lectura de diligencias sumariales que no habían sido solicitadas como medios de prueba en las conclusiones provisionales o que propuestas no habían sido admitidas en razón de impertinencia<sup>1194</sup>. En este caso no resulta necesario acreditar la pertinencia de la prueba, pues sobre tal extremo el tribunal ya se habría pronunciado al admitirla como tal en la solicitud original contenida en las conclusiones provisionales (artículo 659 LECRIM), pero creemos con Díaz Cabiale que el tribunal debiera analizar la concurrencia de la necesidad de la prueba, en tanto admitir esta lectura es una decisión tan trascendental como la de suspender el juicio (artículo 746.3 LECRIM)<sup>1195</sup>.

En relación a este punto, tan sólo dejemos apuntado que se ha sostenido que la lectura del artículo 730 LECRIM puede también ser

---

<sup>1193</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 394 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 424.; y DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 243.

<sup>1194</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 394-95 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 424.

<sup>1195</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 243.

acordada de oficio por el Tribunal en virtud del artículo 729.2 de la ley en referencia. De esta opinión es Ortells para quien es procedente que el tribunal ejerza dicha facultad aún en el supuesto que la imposibilidad de practicar el medio probatorio respectivo se deba a causas imputables a las partes, citando como ejemplo que la imposibilidad se deba a no haber solicitado un aplazamiento de la apertura de las sesiones del juicio, la práctica de prueba anticipada o la práctica de un medio probatorio mediante exhorto con la necesaria antelación para que la documentación resultante pueda incorporarse al proceso oportunamente. El autor funda esta verdadera excepción a la exigencia expresa del 730 LECRIM en que el principio de investigación oficial “constituye un elemento corrector de toda posibilidad de pérdida para el proceso de elementos de convicción por causas dependientes de las voluntad de las partes”<sup>1196</sup>.

Nuestra postura se inclina, en cambio, por dar al artículo 730 LECRIM una interpretación lo más acorde posible con el principio acusatorio lo que nos conduce a considerar inaplicable la facultad concedida al tribunal por el artículo 729.2 LECRIM para acordar de oficio la lectura a que estamos aludiendo<sup>1197</sup>. Además de lo dicho, es posible estimar que la lectura decretada de oficio implica ampliar de manera excesiva el ámbito de aplicación del artículo 730 LECRIM lo cual resulta contrario, por un lado a su tenor literal y carácter excepcional que impone una interpretación restrictiva de sus requisitos relativos a la exigencia de instancia de parte e imposibilidad ajena a la voluntad de

---

<sup>1196</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 395 y 410-11. En el mismo sentido se pronuncia TOMÉ GARCÍA, José Antonio, “Fase Decisoria (II)...”, en *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 470.

<sup>1197</sup> De esta opinión es también DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 240.

éstas de practicar el medio probatorio y, por otro y a nuestro juicio el argumento más decisivo para desestimar la tesis de la lectura de oficio, porque el artículo 729.2 LECRIM se refiere a “diligencias de prueba” no propuestas por ninguna de las partes, carácter que no poseen las diligencias susceptibles de ser leídas al amparo del 730, que en caso alguno son diligencias de pruebas sino simplemente diligencias de instrucción que pretenden llegar a adquirir eficacia probatoria precisamente a través de la lectura que la norma autoriza<sup>1198</sup>.

## **6. Valor probatorio de las diligencias sumariales leídas durante el juicio oral en virtud del artículo 730 LECRIM**

Si se han cumplido todos los requisitos que hemos estudiado la diligencia sumarial leída en virtud del artículo 730 LECRIM ingresa al acervo probatorio y se torna en un elemento perfectamente valorable por el tribunal sentenciador para fundar una condena y, con ello, destruir la presunción de inocencia<sup>1199</sup>. De hecho, todos los referidos requisitos precisamente apuntan a otorgar validez a la diligencia sumarial para así dotarla de una eficacia probatoria de la que originariamente carece.

Si se quiere encontrar una razón dogmática para fundar esta conclusión no es del todo descartable considerar que el artículo 730 puede constituir en realidad un medio probatorio, en tanto constituye un mecanismo que permite introducir en el juicio oral una fuente de prueba

---

<sup>1198</sup> En sentido similar se pronuncia MIRANDA ESTRAMPES, sin perjuicio de que parece admitir que tal lectura puede ser acordada de oficio en el supuesto que la imposibilidad no se haya debido a causas imputables a alguna de las partes, *La mínima...*, cit., págs. 419-20 y 424-25.

<sup>1199</sup> STS 225/2009, (Sala Penal), 2 marzo, FJ. 1º, Ponente D. Luciano Varela Castro. En doctrina, por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 425-26.

“preconstituida” tal y como se registró en su momento, al ser imposible traerla al juicio oral<sup>1200</sup>.

Sin embargo no se puede olvidar el carácter excepcional que posee el artículo 730 LECRIM y la consecuente interpretación restrictiva a que ha de someterse el análisis de sus requisitos, todo lo cual aconseja proceder con el “máximo de cautela” a la hora de revisar la concurrencia de cada uno de sus requisitos y “beneficiarse al acusado tan pronto como se advierta la menor duda o carencia probatoria”<sup>1201</sup>.

En cuanto a la incidencia en la presunción de inocencia de la valoración de una diligencia sumarial sin que se haya dado estricto cumplimiento a todos los requisitos que impone esta norma, debemos señalar que, según la jurisprudencia, una vez constatada tal deficiencia la lectura se torna inválida y el contenido de la diligencia necesariamente debe excluirse del acervo probatorio, de lo contrario se vulneraría el *derecho a un proceso con todas las garantías*. En este sentido, enjuiciando el TC un caso en que se valoró en la sentencia la declaración sumarial de un testigo presencial de los hechos incomparecido luego al juicio oral, sin que se diera efectiva lectura a la misma al acceder el Tribunal a la petición del Ministerio Fiscal de darla “por reproducida”, ha declarado que el incumplimiento de las exigencias constitucionales de introducción de este testimonio al juicio oral ha vulnerado:

---

<sup>1200</sup> MORENO CATENA, Víctor, “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en *Derecho procesal penal*, cit., pág. 378. Con todo, no concordamos con la expresión “preconstituida” que utiliza el autor por no corresponder a lo que en este trabajo hemos catalogado como preconstitución de prueba, siguiendo en ello la terminología de Bentham.

<sup>1201</sup> CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 265. En sentido similar, MARTÍN GARCÍA, Pedro, “Una nueva doctrina de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 104 (3), 2005, pág. 752.

“[E]l derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de suerte que no puede considerarse prueba válida de cargo y que, en consecuencia, no podía fundarse sobre ella la formación de la convicción judicial sobre los hechos”<sup>1202</sup>.

Por su parte, la presunción de inocencia sólo se verá vulnerada si la condena se hubiese basado exclusivamente en aquella diligencia sumarial. Es decir, tras la exclusión de esa probanza por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, el tribunal habrá de realizar un segundo análisis en orden a determinar si la prueba excluida era o no esencial o era la única prueba de cargo y así establecer si en la causa existió o no una mínima actividad probatoria de cargo. Si la prueba excluida era esencial o la única, la sentencia se anulará por vulnerar la presunción de inocencia al no ser suficiente la prueba de cargo o existir derechamente un vacío probatorio, respectivamente, cuestión que el TC considera que puede ser perfectamente establecido por el Alto Tribunal, sin necesidad de reenvío a la jurisdicción ordinaria cuando la entidad de dicha prueba se derive claramente de la motivación de la resolución judicial que indebidamente la valoró. De esta forma el TC señala que tras este análisis dos son las posibles conclusiones a las que se puede llegar:

“Así deberá ya rechazarse la queja de quebranto del derecho a la presunción de inocencia cuando del propio razonamiento de la resolución judicial que valoró la prueba nula se derive que ésta no fue indispensable o determinante para emitir un fallo de culpabilidad por existir un acervo probatorio incriminatorio independiente y suficiente (...). Por el contrario, deberá apreciarse por este Tribunal la vulneración

---

<sup>1202</sup> STC 280/2005 (Sala Primera), 7 noviembre, FJ. 2º, Ponente D. Javier Delgado Barrio.



del derecho a la presunción de inocencia cuando la eliminación de la prueba valorada, invalidada por lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado, bien porque la prueba eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, bien porque, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que la inferencia de dicha conclusión deviene ilógica o inconcluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia”<sup>1203</sup>.

## **V. LECTURAS DE DECLARACIONES DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN EN EL JUICIO ORAL AUTORIZADAS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO**

### **1. Introducción**

Para iniciar el estudio de esta materia cabe recordar que, acorde con la regla de centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba procesal contenida en los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh, el artículo 334 del mismo Código establece textualmente que:

“Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de

---

<sup>1203</sup> STC 280/2005 (Sala Primera), 7 noviembre, FJ. 2º, Ponente D. Javier Delgado Barrio. En el mismo sentido, SSTC 153/1997 (Sala Segunda), 29 septiembre, FJ. 5º a 7º; 141/2001 (Sala Segunda), 18 junio, FJ. 5º a 7º; 12/2002 (Sala Primera), 28 enero, FJ. 5º; 187/2003 (Sala Primera), 27 octubre, FJ. 5º; 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 6º; 344/2006 (Sala Primera), 11 diciembre, FJ. 6º; 345/2006 (Sala Segunda), 11 diciembre, FJ. 4º; y 29/2008 (Sala Segunda), 20 febrero, FJ. 5º. También SSTS 111/2007, (Sala Penal), 5 febrero, FJ. Único; 192/2009, (Sala Penal), 24 febrero, FJ. 5º; 238/2009, (Sala Penal), 6 marzo, FJ. 1º; y 379/2009, (Sala Penal), 13 abril, FJ. 1º a 2º.

diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.

Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”.

La primera excepción viene dada por el artículo 331 CPPCh que, excluyendo la letra a) referida a la anticipación probatoria que ya hemos estudiado, señala que en el juicio oral se podrá reproducir o dar lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

“b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía”.

Reservaremos el estudio de la excepción contenida en el artículo 332 CPPCh para más adelante, por cuanto se asemeja más al régimen del artículo 714 LECRIM y porque sólo el artículo 331 CPPCh representa un mecanismo a través del cual determinadas actuaciones previas al juicio oral pueden ser introducidas a éste con la finalidad de otorgárseles eficacia probatoria siendo, en consecuencia, incorporadas al acervo probatorio en el que el tribunal puede fundar su convicción de absolución o condena, finalidad y efecto que la norma del 332 CPPCh no persigue ni produce como en su momento lo analizaremos.

Agreguemos que, el CPPCh también refuerza la regla de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba pericial en dos disposiciones fundamentales. La primera es el artículo 315 CPPCh que regula el contenido del informe pericial, estableciendo la obligación de entregar el informe por escrito, pero advirtiendo que ello es “sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe”. La segunda disposición es el artículo 329 CPPCh que establece, en su inciso primero, que durante la audiencia del juicio oral los testigos y peritos deberán ser interrogados personalmente y que:

“Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332”.

Para reforzar esta regla general el inciso final del artículo 329 CPPCh establece que en el caso de testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o cualquier otro medio tecnológico apto para su interrogatorio y contrainterrogatorio. En estos casos la norma dispone que la parte que los presente deberá justificar su petición en una audiencia previa que será especialmente citada al efecto, debiendo los referidos testigos y peritos comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren<sup>1204</sup>.

Por su parte, el artículo 228 CPPCh regula los registros de las actuaciones policiales, estableciendo que la policía deberá levantar un

---

<sup>1204</sup> Sólo cabe consignar que este inciso fue agregado al CPPCh por la ya citada ley núm. 20.074 de 2005.

registro, en el que dejará constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado, de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación y de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez, debiendo el mismo ser firmado por el funcionario a cargo de la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado alguna información. En cuanto al valor de estos registros, el inciso final de esta norma establece, en protección de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba y acorde con el artículo 334 CPPCh, que:

“En todo caso, estos registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral”.

Teniendo presente todas estas disposiciones, pasaremos a continuación al estudio de las tres hipótesis que contempla el artículo 331 CPPCh.

## **2. Historia fidedigna del establecimiento del artículo 331 CPPCh**

Cabe señalar que esta norma, en términos generales, se encontraba incluida en el proyecto original del CPPCh, pero ciertamente llama la atención la escasez del debate de que fue objeto durante los trabajos preparatorios del Código.

La norma incluida en el proyecto bajo el numeral 384 poseía un tenor literal muy semejante a la norma actual, disponiendo en sus letras b) a d), lo siguiente:

“Lectura de declaraciones anteriores. Las declaraciones de testigos o imputados podrán ser sustituidas mediante la lectura de registros que den cuenta de anteriores declaraciones, en los siguientes casos:

- b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
- c) Cuando la incomparecencia de los testigos o coimputados fuere imputable al acusado; y,
- d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de control de la instrucción”.

En los referidos trabajos parlamentarios se dejó establecido que las fuentes directas de este artículo en general eran los artículos 300 CPPMI<sup>1205</sup> y 511, 512, 513 y 514 CPPi<sup>1206</sup>. Cabe recordar que el artículo 511 CPPi regula las lecturas consentidas; el 512 la lectura de actos por sobrevenida imposibilidad de repetición; el 513 las lectura de las declaraciones rendidas por el imputado en el curso de las indagaciones

---

<sup>1205</sup> “Artículo 300. Lectura. Sólo podrán ser incorporados por su lectura: 1) las actas o dictámenes, cuando todos los intervinientes presten conformidad al ordenarse la recepción de la prueba o lo consientan durante el debate, con la aquiescencia del tribunal; 2) las declaraciones anteriores de testigos o del imputado, cuando sea necesario ayudar la memoria de quien declara o para demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate y solicitar las aclaraciones pertinentes; 3) las declaraciones de testigos que hayan fallecido, estén ausentes del país, se ignore su residencia o que por cualquier obstáculo difícil de superar no puedan declarar en el debate, siempre que esas declaraciones se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos o irreproducibles o de la instrucción suplementaria; 4) las declaraciones o dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, según una autorización legal; 5) los dictámenes periciales, siempre que hayan sido cumplidos conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles o de la instrucción suplementaria y a salvo la facultad de los intervinientes o del tribunal de exigir la declaración del perito en el debate; 6) las declaraciones de imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate; 7) la denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate”.

<sup>1206</sup> *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 441.

preliminares o en la audiencia preliminar; y el 514 establece cuáles son las lecturas prohibidas.

Debemos advertir, con todo, que los artículos 513 y 514 CPPi fueron enteramente sustituidos por la ley núm. 267, de 7 de agosto de 1997, sin que exista constancia en los trabajos parlamentarios del CPPCh la referencia a la fecha en que se consideraron estos artículos para así poder afirmar que el CPPCh se basó en el texto con posterioridad a las modificaciones indicadas de 1997<sup>1207</sup>. El dato anterior no es para nada menor, toda vez que la reforma introducida al CPPi por la ley 356, de 7 de agosto de 1992, vino a incorporar al Código de rito en Italia aquel principio sentado por la ya citada sentencia núm. 255 de 1992 de la Corte Constitucional de dicho país denominado de la “no dispersión probatoria”, al cual ya nos referimos, con la indicación de que tal principio fue en gran parte superado sólo con la reforma constitucional que incorporó al artículo 111 Ci los principios del justo proceso y en particular el del contradictorio en la formación de la prueba, mediante la ley núm. 2, de 23 de noviembre de 1999 y la reforma efectuada al CPPi por la ley núm. 63, de 1 de marzo de 2001 que, modificando varias disposiciones de este cuerpo legal, volvió a poner el acento en la fase de juicio oral en materia de formación de la prueba procesal<sup>1208</sup>.

---

<sup>1207</sup> Cabe señalar que en el *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Discusión General, 1.9: Consultas a los invitados extranjeros sobre el valor de las pruebas reunidas durante la investigación y otras materias, diario de sesiones del Senado, se consigna la consulta al Fiscal Salvi de Italia quien en su intervención sólo se refiere a la modificación del CPPi de 1992, mediante la ley núm. 356, de 7 de agosto de ese año, de lo que se deduce que esta consulta fue realizada al CPPi antes de la reforma de 1997, págs. 66-67.

<sup>1208</sup> Sobre esta evolución, puede verse ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 660-64.

En los trabajos parlamentarios del artículo 331 CPPCh ante la H. Cámara de Diputados sólo existe constancia de dos comentarios a su respecto. El primero, dado su tenor literal, lo entendemos circunscrito sólo a la letra a) del artículo en estudio en tanto se indicó que la prueba anticipada valía sólo en la medida en que hubo derecho a contradecirla.

El segundo comentario se refiere en general al régimen de lecturas aplicables en el Derecho comparado, señalándose que el régimen más estricto correspondía al norteamericano que sólo admitía la hipótesis de la letra c) del artículo 331, mientras que los sistemas europeos aceptaban las otras hipótesis. El artículo fue aprobado con algunas modificaciones semánticas menores<sup>1209</sup>. Por su parte, en el Senado la única modificación efectuada a esta norma fue la inclusión de la prueba pericial, fundando dicho cambio en los mismos argumentos dados para incorporar esta prueba al régimen de anticipación probatoria, cuestión a la que ya nos referimos<sup>1210</sup>.

En síntesis, en ambas ramas del Congreso Nacional no se discutió la conveniencia o no de admitir las lecturas que autoriza esta norma en sus letras b) a d) y, en consecuencia, tampoco se cuestionó que mediante este mecanismo las indicadas declaraciones anteriores adquirirían eficacia probatoria pese a no haber sido practicadas en el contradictorio de las partes durante la audiencia del juicio oral.

---

<sup>1209</sup> *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 344.

<sup>1210</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, artículos 345 y 367, diario de sesiones del Senado, págs. 309 y 330.

### 3. Objeto de la lectura dispuesta por el artículo 331 CPPCh

Como ya hemos comentado, la hipótesis contemplada en la letra a) de este artículo la entendemos referida sólo a aquellas declaraciones testimoniales o periciales rendidas con anterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral, bajo el régimen de la anticipación probatoria regulado en los artículos 191, 191 *bis*, 192 y 280 CPPCh, esto es, en cualquiera de las tres fases en que divide el procedimiento ordinario por crimen o simple delito hasta antes del inicio del juicio oral, ante el juez de garantía, en audiencia especialmente convocada al efecto y con la participación de todos los intervinientes o personas con derecho a asistir al juicio oral y con plena actuación del contradictorio en su formación, oralidad y publicidad general.

Siendo así, cabe concluir que las hipótesis que cubre la letra a) en referencia discurren sobre una indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral de carácter absoluta pero *previsible*, toda vez que exige como requisito para proceder a la reproducción o lectura de los registros en que constan que la misma se haya rendido de conformidad a los artículos 191, 192 y 280 CPPCh, todas normas que reglan supuestos de anticipación probatoria.

Sin embargo, a la hora de citar las fuentes tenidas en vistas para la redacción del artículo 331 CPPCh, hemos visto que el legislador hizo referencia al artículo 512 CPPi que regula, a semejanza del artículo 730 LECRIM, la lectura de actos por *sobrevenida imposibilidad de repetición*, señalando en su coma 1 que el juez, a petición de parte, dispondrá que se de lectura de los actos asumidos por la policía judicial, por el público ministerio, por los defensores de las partes privadas y por



el juez en el curso de la audiencia preliminar cuando, por hechos o circunstancias imprevisibles, ha devenido imposible la repetición<sup>1211</sup>.

Si, tal como lo hemos concluido precedentemente, la letra a) del artículo 331 CPPCh engloba sólo hipótesis de anticipación probatoria y, por tanto, discurre sobre la previsibilidad de la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, hemos de concluir también que la referencia en el proyecto de CPPCh al artículo 512 CPPi es impertinente en tanto el supuesto que esta última norma prevé no se encuentra expresamente contemplado ni en la letra a) ni en ninguna de las otras letras del artículo 331 en estudio. Siendo así, los supuestos de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral por causas de carácter absoluta, pero *sobrevenidas e imprevistas o imprevisibles racionalmente*, parece no encontrar regulación en el CPPCh, salvo, como más adelante comentaremos, la posibilidad otorgada por la letra b) de este artículo que se basa en el consenso de las partes.

La jurisprudencia tampoco es clara sobre el punto, señalando la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 9 de junio de 2011, que la declaración prestada ante el Juez de Garantía por un coimputado fallecido a la época de inicio del juicio oral, no cabe incluirlo en la letra a) del artículo 331 CPPCh, porque esta letra sólo se refiere a los testigos y peritos, calidad que el coimputado no ostenta, por lo que la

---

<sup>1211</sup> “Art. 512. Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione. 1. Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso della udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione. 1-bis. È sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'articolo 240”. Consignemos que las palabras “por los defensores de las partes privadas” fueron

reproducción o lectura del registro en que tal declaración consta puede incardinarse en su letra d), esto es, aquella referida a las declaraciones anteriores prestadas por coimputados rebeldes ante el Juez de Garantía<sup>1212</sup>. Es destacable que la sentencia sólo recurra al argumento relativo a la calidad del sujeto que prestó la declaración y no funde la negativa a incorporar la hipótesis del coimputado fallecido en la letra a) del artículo 331 CPPCh en la circunstancia de que esta letra regula supuestos de anticipación probatoria, mientras que el caso en cuestión se refiere a un supuesto de indisponibilidad absoluta de la fuente de prueba para el juicio oral por causas *imprevistas e imprevisibles*.

Insistiendo en el punto, creemos que la exigencia que efectúa la letra a) en torno a que la declaración anterior del testigo o perito haya sido prestada de conformidad a las normas que regulan la anticipación probatoria excluye la posibilidad de que esta misma letra englobe supuesto de indisponibilidad de la fuente de prueba imprevistas, lo cual no podemos sino explicarlo en dos posibles razones incompatibles entre sí. La primera puede derivar de una fuerte confusión entre los supuestos que fundan la anticipación probatoria (indisponibilidad de la fuente de prueba y previsibilidad) y la posible incorporación al juicio oral de declaraciones devenidas irreproducibles en el juicio oral por indisponibilidad de la fuente de prueba por causas imprevistas e imprevisibles racionalmente. La segunda explicaría la omisión por una clara opción de política legislativa que privilegia el contradictorio en la formación de la prueba sobre la eventual pérdida de información

---

incorporadas a esta norma por la ley núm. 397, de 7 de diciembre de 2000 y que el coma 1 *bis* lo fue por D. L. núm. 259, de 22 de septiembre de 2006.

<sup>1212</sup> SCA de San Miguel, 9 junio 2011, Rol CA N° 734-2011, Redactor Ministro señor Ricardo Blanco Herrera, Cdo. 5°.

proporcionada por fuentes de pruebas obtenidas durante la fase de investigación que se tornan indisponibles para el juicio oral por causas sobrevenidas de carácter imprevistas e imprevisibles.

Obviamente preferimos inclinarnos por esta última alternativa, con la advertencia de que el ingreso al acervo probatorio de la información proporcionada por fuentes de prueba afectadas por la clase de indisponibilidad que comentamos puede encontrar una vía en el consenso de las partes, de conformidad a la letra b) del artículo 331 CPPCh, posibilidad que analizaremos a continuación.

Sin perjuicio de ello, sería recomendable que el CPPCh incluyera una norma que de manera expresa regule específicamente el tratamiento que debe dársele a las declaraciones de fuentes de pruebas personales o coimputados que se encuentran afectadas por una causa absoluta de indisponibilidad para el juicio oral pero de carácter imprevista e imprevisible racionalmente.

#### **A) Hipótesis de la letra b) del artículo 331 CPPCh**

Esta hipótesis regula la reproducción o lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal.

La norma es bastante amplia en tanto, por una parte, engloba las declaraciones previas de testigos, peritos o imputados y, por otra, no establece ninguna exigencia mayor en cuanto al contradictorio en su formación, en el sentido de requerir que la defensa del acusado haya tenido la oportunidad de, al menos, conainterrogar a las indicadas fuentes personales de prueba. Sin embargo, esta última falencia se compensa con dos importantes exigencias copulativas, a saber:

- a) El acuerdo de todas las partes en su incorporación; y
- b) La aquiescencia del tribunal.

El primer requisito impide que pueda incorporarse aquellas declaraciones o dictámenes en los que, especialmente la defensa, no haya podido intervenir, puesto que en tal caso lo lógico será que ésta se oponga a su incorporación; mientras que el segundo permite proteger los derechos del imputado en materia de intervención y garantías procesales, en tanto corresponde al tribunal velar por el respeto de dichas garantías durante el juicio oral y supervisar que no se trate de una declaración declarada nula u obtenida con vulneración de derechos fundamentales, toda vez que el inciso segundo del artículo 334 CPPCh lo prohíbe expresamente.

La mayor duda que podría provocar la letra b) del artículo 331 CPPCh, duda que aumenta ante la falta de antecedentes sobre la misma en los trabajos parlamentarios, deviene de la circunstancia de que el encabezamiento de la norma y el tenor de esta letra se refieren, de manera genérica, a los “registros de anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados”, sin especificar si se deben tratar de declaraciones prestadas ante el JG o si también incluye las prestadas ante el ministerio público e incluso ante la policía. La duda, sin embargo, es resuelta por el artículo 334 CPPCh, en tanto prohíbe la lectura o utilización como medio de prueba de registros de diligencias o actuaciones realizadas por la *policía o el ministerio público*, salvo los casos previstos en los artículos 331 y 332. Siendo así, la letra b) del artículo 331 CPPCh se refiere a declaraciones anteriores prestadas ante el JG, ministerio público o policía. Con todo, nuevamente el tema pierde relevancia atendido el ya comentado *control* que ejerce la defensa en este caso a través del

requisito de acuerdo de todas las partes para su incorporación y del que ejerce el mismo tribunal a través de la exigencia de aprobación judicial.

Cabe consignar que la incorporación negociada de declaraciones o dictámenes prestadas o emitidos con anterioridad al juicio oral y el poder de disponibilidad que esta norma del 331 letra b) concede a las partes posee una clara limitación, cual es la referida en el inciso segundo del artículo 334 CPPCh. Es decir, ni el acuerdo de las partes ni mucho menos la aprobación judicial pueden recaer sobre la incorporación de declaraciones o dictámenes prestados o emitidos en el marco de diligencias o actuaciones declaradas nulas o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

Al respecto la Corte Suprema chilena ha sido explícita al autorizar que durante las sesiones del juicio oral pueda discutirse la exclusión de una prueba en razón de nulidad o por haber sido obtenida con vulneración de garantías fundamentales en los casos excepcionales de los artículos 331, 332 y 336 CPPCh. Es decir, según la referida Corte, la oportunidad procesal específica para proceder a la exclusión de la prueba es la audiencia de preparación del juicio oral ante el JG, careciendo el TJOP de competencia para pronunciarse sobre dicha exclusión en sede de juicio oral, salvo en los casos de excepción indicados o bien cuando se trata de “situaciones de ilicitud manifiesta”<sup>1213</sup>.

Conforme a esta jurisprudencia, especialmente a la última parte reproducida, consideramos que el TJOP puede entenderse facultado para no autorizar la incorporación de un registro o dictamen que adolezca de

---

<sup>1213</sup> SCS, 13 enero 2005, Rol CS N° 5154-2005, Cdo. 3°; y 14 septiembre 2005, Rol CS N° 3666-2005, Cdos. 4°-5°, Redactor en ambas Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz.

ilicitud manifiesta pese al acuerdo de las partes. Con todo, la situación planteada resulta poco probable que se produzca toda vez que la defensa será la primera interesada en procurar la exclusión de esta clase de pruebas que derivan de actuaciones nulas o ilícitas, simplemente por la vía de no prestar el acuerdo para su incorporación.

Con relación a la aplicación práctica que se efectúa del artículo 331 letra b) CPPCh, quisiéramos finalmente realizar algunos apuntes que hemos detectado en el análisis de la jurisprudencia consultada.

El primero dice relación con el objeto de incorporación que regula. Según el encabezamiento del artículo 331 CPPCh y el tenor literal de su letra b) en concordancia con el artículo 334 CPPCh se trata, tal como ya lo hemos comentado, de la eventual lectura o reproducción de registros donde consten *anteriores declaraciones* prestadas por testigos, peritos o imputados ante el Juez de Garantía, Ministerio Público o la policía o de dictámenes periciales. Si bien en la mayoría de los casos se utiliza este mecanismo para incorporar dictámenes periciales en supuestos de encontrarse los respectivos peritos afectados por alguna causa de imposibilidad para asistir a la audiencia del juicio oral<sup>1214</sup>, hemos detectado, al menos un caso, en que el artículo 331 letra b) es citado para incorporar al juicio oral fuentes de pruebas de carácter estrictamente documental, como son partidas de nacimiento de la acusada, certificados de calificaciones obtenidas por la imputada en sus estudios secundarios y certificados emitidos por el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Gendarmería de Chile, dando cuenta de

---

<sup>1214</sup> SSTJOP de Arica, 21 marzo 2005, RIT N° 6-2005, Cdo. 12°-III; de Coyhaique, 26 mayo 2005, RIT N° 13-2005, Cdo. 7°-V; y de La Serena, 30 agosto 2005, RIT N° 72-2005, Cdo. 19°.

la buena conducta de la acusada durante su internamiento<sup>1215</sup>. Además está señalar que, en general el artículo 331 y en especial su letra b) resultan completamente impertinentes para incorporar por su intermedio prueba documental, en tanto lo que esta norma permite es la incorporación de registros donde consten *anteriores declaraciones* de testigos o peritos o la incorporación de dictámenes periciales<sup>1216</sup>.

El segundo comentario pareciera evidente, sin embargo la práctica judicial siempre sorprende. El consenso obtenido para incorporar una declaración previa o dictamen por la vía de la letra b) del artículo 331 CPPCh es definitivo e impide luego a las partes que han concurrido a dicho consenso a impugnar la incorporación de tales declaraciones o dictámenes mediante un ulterior recurso de nulidad de la sentencia y del juicio oral. La conducta contraria, en nuestra opinión, no sólo vulnera la buena fe procesal sino que, además, el consenso previo resulta incompatible con la preparación del recurso de nulidad en los términos del artículo 377 CPPCh.

El asunto se ventiló ante la Corte Suprema conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado fundado en el motivo del artículo 373 letra a) CPPCh. El recurrente alegó vulneración del debido proceso al haberse incorporado durante el juicio oral un

---

<sup>1215</sup> STJOP de Valparaíso, 22 octubre 2005, RIT N° 134-2005, Cdo. 9°, Redactor Magistrado señor Christian Le Cerf Raby.

<sup>1216</sup> Con base en un error conceptual semejante, aunque tratándose de la letra d) del artículo 331 CPPCh, hemos detectado un caso en que dicha declaración previa y su lectura fue incluida en la sentencia del respectivo TJOP en el acápite relativo a la “prueba documental”, lo cual constituye igualmente una impropiedad en tanto dichas declaraciones constituyen prueba documentada pero no documental. Así se lee en la STJOP de Puerto Montt, 29 julio 2005, RIT N° 42-2005, Cdos. 7°-8°, Redactor Magistrado señora Claudia Olea Tapia.

dictamen pericial relativo a las lesiones de la víctima.

Tal como lo resolvió la Corte Suprema, el recurrente olvidó que tal dictamen pericial fue incorporado por la vía de la letra b) del artículo 331 CPPCh, por lo que rechazó el recurso por falta de fundamentos, sin perjuicio de que, de conformidad al artículo 162 CPPCh, la defensa no puede alegar como vicio un acto a cuya materialización concurrió y, por último, que el recurrente no ha invocado la preparación del recurso, toda vez que el vicio denunciado supone una infracción de procedimiento a la cual debió oponerse el defensor en el momento en que ésta se produjo<sup>1217</sup>.

Esta sentencia nos obliga a realizar un comentario adicional y tal vez reiterativo. El consenso requerido por la letra b) del artículo 331 CPPCh debe alcanzar a *todas las partes* del proceso, tal como lo consigna la sentencia pronunciada en procedimiento simplificado por el Juzgado de Garantía de Puertos Cisnes, de 21 de enero de 2008, impugnada a través del recurso de nulidad precisamente comentado en el párrafo precedente. En la citada sentencia del JG se lee que:

“El ministerio público, el querellante y el abogado defensor, solicitaron incorporar el informe pericial de término de lesiones”<sup>1218</sup>.

En consecuencia, del tenor literal de la letra b) del citado artículo 331 se desprende con claridad que si el consenso no es total la incorporación de estos registros simplemente no procede.

---

<sup>1217</sup> SCS, 3 de abril 2008, Rol CS N° 1094-2008, sin indicar Redactor, Cdos. 3°-4°.

<sup>1218</sup> SJG de Puerto Cisnes, 21 enero 2008, RIT N° 107-2007, Cdo. 6°, Redactor Juez Titular señor Marcos Antonio Soto Lecaros (procedimiento simplificado).



## **B) Hipótesis de la letra c) del artículo 331 CPPCh**

La tercera hipótesis que contempla el artículo 331 CPPCh se refiere a la reproducción o lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados:

“c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado”.

Sobre esta norma cabe señalar que tres son los requisitos que ella establece: a) Que se trate de declaraciones anteriores prestadas por testigos, peritos o coimputados; b) Que el testigo, perito o coimputado no comparezca al juicio oral; y c) Que tal incomparecencia sea imputable al acusado.

A continuación analizaremos cada uno de estos requisitos.

### **a) Que se trate de declaraciones anteriores prestadas por testigos, peritos o coimputados**

Sobre el primer requisito podemos señalar que, conforme al artículo 334 CPPCh, nuevamente se puede tratar de declaraciones anteriores prestadas ante la policía, ministerio público o JG, puesto que la letra c) en estudio no establece ninguna limitación al respecto. Tal amplitud nos parece criticable considerando, en cambio, que la opción más garantista con los derechos del acusado y, especialmente, con el contradictorio en la formación de la prueba habría sido admitir la lectura de las declaraciones previas en el caso del coimputado y testigo, sólo cuando las mismas hayan sido prestadas ante el JG y con intervención de la defensa y con la posibilidad efectiva de contrainterrogar al sujeto declarante. Lo anterior porque, especialmente tratándose de las declaraciones prestadas por un coimputado ante la Policía, incluso por delegación del Ministerio Público conforme al artículo 91 CPPCh, la

imposibilidad de controlar de manera previa el estricto cumplimiento a las garantías que la ley establece, fundamentalmente en materia de lectura de los derechos y las posibles presiones a que se puede ver expuesto un coimputado en sus declaraciones ante la policía, constituyen todas circunstancias que restan confiabilidad a la declaración así asumida.

Llama la atención que el artículo 331 en su letra d) exija para la lectura de declaraciones del coimputado rebelde que se trate de declaraciones anteriores prestadas ante el juez de garantía, y no haya hecho otro tanto para el caso que estamos comentando de la letra c).

También debemos tener presente que el artículo 334 inciso segundo CPPCh prohíbe la lectura de registro de diligencias o actuaciones declaradas nulas u obtenidas con vulneración de garantías fundamentales, sin embargo la incomparecencia del testigo, perito y acusado de que trata la letra c) del artículo 331 CPPCh sólo se produce en el juicio oral, de manera que la exclusión o, al menos el reclamo de nulidad o ilicitud de estas declaraciones habría debido realizarse con anterioridad al juicio oral, cuestión que tal vez pueda ser poco probable que la defensa haya efectuado considerando que se trata de declaraciones que supuestamente no ingresarían al juicio oral. La única alternativa que le da sentido al inciso segundo del 334 en la hipótesis de la letra c) del artículo 331, sería la de admitir que, ante la incomparecencia de estas fuentes personales de prueba o del coimputado, se pueda discutir incidentalmente en el juicio oral la nulidad o ilicitud de las declaraciones anteriores de conformidad a los artículos 290 CPPCh, en tanto esta norma regula los incidentes promovidos durante la audiencia del juicio oral. Tal como ya lo hemos comentado, esta última posibilidad ha sido admitida por la Corte Suprema, señalando que el TJOP carece de

facultades para excluir pruebas por nulidad o ilicitud, salvo los casos excepcionales de los artículos 331, 332 y 336 CPPCh<sup>1219</sup>.

Estamos consientes que la letra c) del artículo 331 CPPCh pretende sancionar una conducta ilícita del acusado al impedir la comparecencia de testigos, peritos o coimputado al juicio oral, pero el camino bien pudo haber sido plantearlo como un caso más de anticipación probatoria o, mejor aún, como un supuesto incardinable en las normas que regulan la protección de testigos y peritos, para evitar que el “temor de los testigos” se convierta automáticamente y sin mayores exigencias en una causa de anticipación probatoria, situación esta última con la que no estamos de acuerdo, tal como lo veremos más adelante. Por último, la norma del 331 letra c) podría haber exigido que las anteriores declaraciones cuya lectura autoriza hayan sido prestadas, en todo caso, con intervención de la defensa del acusado contra el cual se pretende hacerlas valer, para así asegurar la actuación en su formación del contradictorio de las partes, aunque sea en etapas muy preliminares del procedimiento y pese a las evidentes inadecuaciones con el objeto de la prueba que tales declaraciones tan tempranamente rendidas puedan presentar.

Acorde con el tenor literal de la norma, la jurisprudencia no hacer mayor cuestión a la falta de contradicción en la formación de esta prueba para permitir su incorporación si se acreditan los supuestos de hecho de la letra c) del artículo 331 CPPCh, considerando suficiente la actuación del contradictorio *sobre* esta prueba. En efecto, la Corte de Apelaciones

---

<sup>1219</sup> SCS, 13 enero 2005, Rol CS N° 5154-2005, Cdo. 3°; y 14 septiembre 2005, Rol CS N° 3666-2005, Cdos. 4°-5°, Redactor en ambas Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz.

de Santiago, en sentencia de 28 de abril de 2009, no dio lugar a un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado fundado en la letra c) del artículo 374 CPPCh, esto es, cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga. El recurrente sustentó su recurso en la circunstancia de que en el juicio oral no compareció la víctima, incorporándose al juicio oral su declaración prestada ante el fiscal mediante lectura del correspondiente registro a través del artículo 331 letra c) CPPCh. Alegó el recurrente que en la audiencia de juicio oral prestó la debida oposición a dicha incorporación la que fue finalmente desestimada por el Tribunal y que la declaración de la víctima así introducida resultó decisiva para determinar la participación de su defendido y su posterior condena. Las facultades que el recurrente consideró que no se le permitieron ejercer decían relación con el derecho a contrainterrogar al testigo-víctima en los términos establecidos en los artículos 326, 329 y 330 CPPCh, con lo cual se habían vulnerado, además, los artículos 8 núm. 2 letra f) CADH y 14 núm. 3 letra e) PIDCP, todos los cuales consagran el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo. Ya hemos indicado que la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el recurso por considerar que el TJOP había dado por acreditado el supuesto de la letra c) del artículo 331 CPPCh, toda vez que el ministerio público acompañó los antecedentes que, a su juicio, demostraron que la no comparecencia de la víctima era imputable al encausado, razón por la cual consideró la Corte que no se había afectado en absoluto el debido proceso<sup>1220</sup>.

---

<sup>1220</sup> SCA de Santiago, 28 abril 2009, Rol CA N° 523-2009, Redactor Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich, Cdos. 3°-4°.

Como se aprecia, en este pronunciamiento la Corte de Apelaciones de Santiago elude pronunciarse sobre el tema más cuestionable del caso, cual es la alegación del recurrente acerca de la falta de contradictorio en la formación de esta prueba y el carácter decisivo que la misma tuvo en la condena del acusado.

Creemos que la jurisprudencia en general y, con mayor razón la de los Altos Tribunales chilenos, debieran no sólo verificar que los supuestos de hecho de la norma se acrediten suficientemente, sino también que la declaración cuyo registro se pretende incorporar haya sido prestada con las debidas garantías, en especial con la posibilidad de un efectivo contrainterrogatorio por la defensa.

**b) Que el testigo, perito o coimputado no comparezca al juicio oral**

Este requisito no acarrea mayores comentarios como no sea que echamos en falta que la norma no haya exigido, de alguna manera, que se hayan agotado todos los medios legales para procurar la comparecencia del testigo, perito o coimputado, sobre todo mediante la adopción, por parte del tribunal o del propio fiscal, de las oportunas medidas de protección de testigos establecidas en el artículo 308 CPPCh si la causa de la incomparecencia es imputable al acusado<sup>1221</sup>. La falta de previsión

---

<sup>1221</sup> Cabe recordar que el proyecto de CPPCh contemplaba una norma que, precediendo inmediatamente a la que hoy corresponde al artículo 331, señalaba que: “Cuando el perito o testigo debidamente citado no hubiere comparecido a la audiencia, el presidente del tribunal dispondrá lo necesario para su comparecencia por medio de la fuerza pública, si ello resultare oportuno”. Sin embargo, en el Senado se eliminó la referida norma por estimar que era innecesaria, porque esta materia se encontraba regulada a propósito de los testigos, resultando también aplicable a los peritos (actuales artículos 299 y 319 CPPCh). Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 366, diario de sesiones del Senado, pág. 329.

de esta exigencia puede conducir a que, fundamentalmente en casos de miedo en los testigos como veremos a continuación, la excepción contenida en la letra c) en estudio pueda convertirse en la regla general, sin mayores exigencias, vulnerando con ello la regla de los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh en torno a la centralidad del juicio en la producción de la prueba procesal.

Algo parecido a lo que proponemos regula el artículo 513.2 CPPi al disponer que, si las declaraciones han sido rendidas por las personas indicadas en el art. 210.1<sup>1222</sup>, el juez, a petición de parte, dispone, según los casos, el acompañamiento coactivo del declarante o el examen a domicilio o la rogatoria internacional o bien el examen en otro modo previsto por la ley con la garantía del contradictorio. Si no es posible obtener la presencia del declarante, o bien proceder al examen en uno de los modos indicados, se aplica la disposición del art. 512 en caso de que la imposibilidad dependa de hechos o circunstancias imprevisibles al momento de las declaraciones. En caso de que el declarante se valga de la facultad de no responder, el juez dispone la lectura de las actas continente de las susodichas declaraciones solamente con el acuerdo de las partes. Continúa esta norma señalando en su coma 3 que si las declaraciones referidas en los comas 1 y 2 del presente artículo han sido asumidas de conformidad al incidente probatorio regulado en el artículo

---

<sup>1222</sup> “Art. 210. Esame di persona imputata in un procedimento connesso. 1. Nel dibattimento, le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera a), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone, sono esaminate a richiesta di parte, ovvero, nel caso indicato nell'articolo 195, anche di ufficio.”

392, se aplican las disposiciones del art. 511, es decir, se leen, incluso de oficio, integral o parcialmente, durante la audiencia del juicio<sup>1223</sup>.

**c) Que tal incomparecencia sea imputable al acusado**

Este requisito merece algunos comentarios. El primero deriva de la necesidad de que la responsabilidad del acusado en torno a la incomparecencia del testigo, perito o coimputado sea, desde luego, objeto de actividad probatoria ante el TJOP destinada a acreditarla fehacientemente<sup>1224</sup>.

El segundo comentario apunta a que consideramos que esta hipótesis de la letra c) del artículo 331 CPPCh cubre la situación del miedo de los testigos, en el sentido de que la incomparecencia imputable al acusado puede deberse a amenazas o presiones de que el testigo, perito o coimputado puede haber sido objeto por parte del acusado. Sin embargo, en este punto seguimos prefiriendo la normativa italiana que contempla esta hipótesis como un supuesto de prueba anticipada a través del expediente del incidente probatorio.

---

<sup>1223</sup> “Art. 513.2. Se le dichiarazioni sono state rese dalle persone indicate nell'articolo 210, comma 1, il giudice, a richiesta di parte, dispone, secondo i casi, l'accompagnamento coattivo del dichiarante o l'esame a domicilio o la rogatoria internazionale ovvero l'esame in altro modo previsto dalla legge con le garanzie del contraddittorio. Se non è possibile ottenere la presenza del dichiarante, ovvero procedere all'esame in uno dei modi suddetti, si applica la disposizione dell'articolo 512 qualora la impossibilità dipenda da fatti o circostanze imprevedibili al momento delle dichiarazioni. Qualora il dichiarante si avvalga della facoltà di non rispondere, il giudice dispone la lettura dei verbali contenenti le suddette dichiarazioni soltanto con l'accordo delle parti”. “Art. 513.3. Se le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo sono state assunte ai sensi dell'articolo 392, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 511”.

<sup>1224</sup> En este sentido se pronuncia también HORVITZ LENNON, María I., “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 323, señalando que el fundamento de la norma yace en la doctrina de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

En efecto, el artículo 392.1 CPPi dispone que durante las indagaciones preliminares el ministerio público y la persona sometida a las indagaciones pueden solicitar al juez que se proceda con incidente probatorio en varios casos que enumera, de los cuales sólo destacamos por pertinentes los contemplados en las letras b), c) y d). La indicada letra b) se refiere a la declaración de un testigo cuando, por elementos concretos y específicos, hay fundado motivo para considerar que la persona sea expuesta a violencia, amenaza, oferta o promesa de dinero o de otra utilidad para que no deponga o deponga en falso. Por su parte las letras c) y d) admiten la solicitud de incidente probatorio para el examen de personas sometidas a las indagaciones sobre hechos concernientes a la responsabilidad de otros o coimputados en delitos conexos, respectivamente, cuando concurren las circunstancias indicadas en el mismo artículo 392.1 letras a), referida a los casos de enfermedad o grave impedimento previsible o b) ya comentada<sup>1225</sup>.

Recordemos que la prueba asumida con el incidente probatorio *es plenamente utilizable en sede de juicio*, de hecho sus actas se encuentran incluidas en el *fascicolo per il dibattimento* (artículo 431 letra e) CPPi), pero existen dos importantes reglas limitadoras al respecto: a) la utilizabilidad de esta prueba a los fines de la decisión sólo es consentida

---

<sup>1225</sup> “Art. 392 (Casi).1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio: a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso; c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri; d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210;...”.



en las confrontaciones de los imputados cuyos defensores han participado en su asunción (artículo 403.1 CPPi); y b) estas pruebas no son utilizables en las confrontaciones del imputado alcanzado sólo después del incidente probatorio por indicios de culpabilidad si el defensor no ha participado en su asunción, salvo que los indicados indicios hayan aparecido después que la repetición del acto haya devenido imposible (artículo 403.1 bis CPPi).

Sin duda, la citada normativa italiana nos parece que logra un adecuado equilibrio entre la sanción a las conductas ilícitas del acusado y el respeto del contradictorio en la formación de la prueba, puesto que condenar a una persona con base a una declaración efectuada por quien nunca ha sido conainterrogado por el acusado o su defensa, constituye una grave vulneración a la garantía del contradictorio y, por tanto, al justo proceso.

De hecho, la misma Ci, tras la reforma de la ley núm. 2, de 23 de noviembre de 1999, señala en el coma 4 que:

“El proceso penal es regulado por el principio del contradictorio en la formación de la prueba. La culpabilidad del imputado no puede ser probada sobre la base de declaraciones rendidas por quien, por libre elección, voluntariamente se ha siempre sustraído al interrogatorio por parte del imputado o de su defensor”<sup>1226</sup>.

---

<sup>1226</sup> El artículo 111 coma 4 Ci dispone: “Il processo penale e' regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non puo' essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si e' sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”.

### C) **Hipótesis de la letra d) del artículo 331 CPPCh**

Dispone en lo pertinente el artículo 331 CPPCh que se podrán reproducir o dar lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados:

“d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía”.

Esta norma es bastante más restringida, en tanto exige, que se trate de un *coimputado*, esto es, un coacusado en el mismo procedimiento en que se juzga al acusado contra el cual se pretende hacer valer la declaración prestada por el primero.

Enseguida, debe tratarse de un *coimputado rebelde*, lo que implica que se haya solicitado a su respecto la correspondiente declaración de rebeldía de conformidad a los artículos 99 a 101 y 283 inciso segundo CPPCh y que, en razón precisamente de esta rebeldía, no haya sido aún condenado o absuelto por sentencia definitiva, puesto que la norma discurre sobre la declaración de un coimputado rebelde y no la de un ex coimputado que puede concurrir al juicio del otro en calidad de testigo.

Y, por último, que se trate de declaraciones anteriores prestadas por este coimputado *ante el juez de garantía*, con lo cual se excluye la posibilidad de declaraciones previas prestadas ante el ministerio público o la policía. Esta última exigencia nos merece un juicio favorable, por cuanto consideramos que ante una fuente de prueba sobre la que siempre recaen dudas acerca de su credibilidad, como la es la constituida por el coimputado, la intervención del órgano jurisdiccional permite dotar a dicha declaración de una mayor confiabilidad dada las garantías de imparcialidad e independencia de éste.

Con relación a esta hipótesis del artículo 331 CPPCh hemos de consignar que la jurisprudencia pone el acento más bien en la credibilidad de la declaración del coimputado antes que en el requisito del contradictorio en su formación. Así lo demuestra la sentencia del TJOP de Puerto Montt, de 29 de julio de 2005, en cuyo considerando 7° se transcribe la declaración de un coimputado rebelde prestada ante el Juzgado de Garantía de la misma ciudad, en presencia del fiscal y de su defensor. En el considerando 8° de esta sentencia se valora negativamente esta declaración por no ser categórica ni concluyente ni estar corroborada por otras pruebas rendidas en el juicio oral, de modo que ella no sea la única prueba en que se funde la condena, lo que en la especie no se da puesto que esta declaración introducida al juicio oral mediante su lectura fue la única prueba de cargo presentada por el ministerio público. Este razonamiento, conduce al referido TJOP a absolver al acusado<sup>1227</sup>.

Sobre esta sentencia podemos efectuar algunos comentarios adicionales. El primero, es que nuevamente se incurre en una impropiedad conceptual, en tanto la declaración del coimputado rebelde incorporada al juicio oral a través del mecanismo establecido en la letra d) del artículo 331 CPPCh, es considerada en todo el texto de la sentencia del TJOP como “prueba documental” del ministerio público, en circunstancias que se trata de declaraciones, o sea, de prueba documentada que no documental.

Lo segundo es que contra esta sentencia se alza el ministerio público interponiendo recurso de nulidad por el motivo del artículo 373

---

<sup>1227</sup> STJOP de Puerto Montt, 29 julio 2005, RIT N° 42-2005, Cdos. 7°-8°, Redactor Magistrado señora Claudia Olea Tapia.

letra a) CPPCh, por haberse infringido el debido proceso consagrado en el artículo 19 núm. 3 CCh, afirmando el recurrente que de los antecedentes invocados en autos se desprende que se ha impedido al Ministerio Público presentar las pruebas que fundan su acusación, afectando con ello su derecho a un debido proceso<sup>1228</sup>.

De acuerdo a la lectura de ambas sentencias, la del TJOP y la de la que falla el recurso de nulidad, en verdad lo que se desprende es que el ministerio público no está de acuerdo en la valoración que efectuó el tribunal de instancia de su única prueba de cargo consistente en la declaración del coimputado rebelde leída en el juicio oral, cuestión que se encuentra fuera de la órbita de un recurso de nulidad, no entendiendo por nuestra parte la postura del recurrente al considerar que la valoración negativa de la prueba por él rendida en el juicio oral pueda vulnerar su derecho a un debido proceso, máxime si en la sentencia del TJOP se razona suficientemente los motivos por los cuales se resta credibilidad a la referida declaración.

Pero, si los argumentos del recurrente pueden ser bastante discutibles, mucho más consideramos que lo es el argumento dado por la Corte Suprema para rechazar el recurso, al señalar que la garantía del debido proceso y, en general, las referidas en el artículo 373 letra a) CPPCh están establecidas en *beneficio exclusivo del imputado*, siendo él solamente el que puede recurrir de nulidad por esta causa, careciendo, en

---

<sup>1228</sup> SCS, 27 octubre 2005, Rol CS N° 4011-2005, Redactor Abogado Integrante señor Fernando Castro Alamos, Cdos. 1°-2°.

consecuencia, el ministerio público de legitimación activa para entablarlo<sup>1229</sup>.

Nuevamente sorprende que ninguno de los tribunales involucrados en este caso, el TJOP y la Corte Suprema, hayan hecho la más mínima referencia a que la declaración prestada por el coimputado rebelde se rindió ante el JG con la presencia solamente del fiscal y de su defensor y en ausencia del defensor del acusado contra el cual esta declaración se pretendió hacer valer. La falta de contradicción en la formación de esta prueba parece no ser una cuestión relevante para la jurisprudencia chilena, lo cual nos parece, a lo menos, preocupante.

#### **4. Valor probatorio de las declaraciones y dictámenes leídos al amparo del artículo 331 letras b), c) y d) CPPCh**

Pese a que el artículo 331 CPPCh nada dice en torno al valor probatorio que adquieren las declaraciones y dictámenes periciales que en cada una de sus letras contempla tras la reproducción o lectura de los

---

<sup>1229</sup> SCS, 27 octubre 2005, Rol CS N° 4011-2005, Redactor Abogado Integrante señor Fernando Castro Alamos, Cdos. 3° a 6°. Con todo, cabe consignar que la referida falta de legitimación activa del ministerio público fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz y del abogado integrante señor Fernando Castro Alamos, los que acertadamente señalaron: “2°) Que, si bien es cierto que el derecho a un debido proceso nace y evoluciona con el objeto de proteger al perseguido frente al poder de persecución punitiva del Estado, es preciso distinguir entre la garantía referente a las características del proceso de persecución y, por otra parte, la garantía al respeto de dicho proceso, que se refiere a la legalidad de los actos del procedimiento. Distinción que aparece claramente en la norma constitucional mencionada, que consagra como deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, y declara que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado". La legalidad de los actos del procedimiento es un principio consustancial al Estado de Derecho que rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en dicho procedimiento, pues es una condición general de legitimidad de la actuación de cualquier órgano del Estado y, por cierto, también de los que intervienen en el proceso punitivo”.

registros que las contienen, lo cierto es que el mecanismo que la norma consagra está destinado, desde luego, a incorporar aquellas declaraciones o dictámenes al acervo probatorio con base al cual el tribunal puede libremente formar su convicción, más allá de toda duda razonable y sin contradecir las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En otras palabras, dichas declaraciones o dictámenes, cumpliéndose los requisitos que las letras b) a d) del artículo 331 CPPCh establecen en cada caso, se incorporan al acervo probatorio, tras la reproducción o lectura de los registros en que constan, en igualdad de condiciones a la prueba procesal producida en el juicio oral.

## **5. Conclusiones**

Con base en las disposiciones legales y jurisprudencia analizada podemos llegar a algunas conclusiones que nos permiten también efectuar algunas propuestas de *lege ferenda*.

Lo primero es insistir en un tema que probablemente no es esencial en un sistema de libre apreciación racional de la prueba como el contemplado en el CPPCh en sus artículos 297 y 340 y regido, además, por la libertad de prueba establecida en su artículo 295. En este sentido, abogando más bien por un uso técnicamente correcto de los conceptos, no creemos que sea admisible que el mecanismo del artículo 331 CPPCh, especialmente en su letra b), se use para introducir fuentes de prueba que son estrictamente documentales, como partidas de nacimientos ni, mucho menos, que las antedichas declaraciones en tanto constan en registros que se leen o reproducen puedan incluirse en las sentencias penales en el capítulo relativo a “prueba documental” de las partes. Lo anterior, tal como lo hemos dicho anteriormente, porque el artículo 331 CPPCh se

refiere a la incorporación al juicio oral de *declaraciones anteriores*, las cuales constituyen fuentes de prueba documentadas pero no documentales.

Por otra parte, insistimos en que sería recomendable que el CPPCh incluyera una norma que de manera expresa regule específicamente el tratamiento que debe dársele a las declaraciones de fuentes de pruebas personales o coimputados que se encuentren afectados por una causa absoluta de indisponibilidad para el juicio oral pero de carácter *imprevista e imprevisible racionalmente*, puesto que con la actual normativa del Código resulta ser que esta situación no encuentra previsión legal ni un cauce específico para eventualmente ingresarlas al acervo probatorio, siempre que, además, dichas declaraciones se hayan prestado con las debidas garantías procesales, al menos en materia de contradictorio en su formación.

Trascendente también nos parece la falta de exigencia por parte del legislador del agotamiento de los medios legales para obtener la comparecencia de los testigos, peritos o coimputados ni que en los casos que regula el artículo 331 CPPCh, salvo las letras a) relativa a prueba anticipada y b) referente a la incorporación consensuada, no se deje constancia en la motivación de las sentencias, al menos en su parte expositiva, de las diligencias efectuadas por las partes y el tribunal para obtener la comparecencia de estas fuentes personales de prueba o coimputados.

Ya hemos advertido que con la falta de esta previsión se corre el riesgo de que en la práctica el sistema vaya desvirtuándose al punto de convertir a las excepciones en la regla general.

Aún más relevante nos parece la falta de protección legal expresa y la falta de atención jurisprudencial al tema relativo al contradictorio en la formación de estas pruebas, en tanto hemos visto que en los casos que contempla el 331 CPPCh en sus letras b) a d) no se ha exigido que en la declaración anterior del testigo, perito o coimputado, según el caso, la defensa del acusado haya tenido una oportunidad efectiva de contrainterrogar a la respectiva fuente de prueba, aunque por negligencia o libre elección haya decidido no ejercer este derecho.

Si bien en el caso de la letra b) la falta de contradictorio tiene el contrapeso en la exigencia del consenso de todas las partes en la incorporación de la declaración previa y en la aprobación judicial, en los casos de las letras c) y especialmente en el de la letra d) dicha falta no encuentra remedio ni por la vía legal ni por la jurisprudencial, según hemos constatado.

Recordemos que cuando se discutió el artículo 331 CPPCh en los trabajos parlamentarios del Código se señaló que:

*“La hipótesis en que se pone este artículo vale sólo en la medida en que a ese testigo, que no concurrirá frente al tribunal del juicio oral, se le haya llamado a prestar declaración delante del juez de control de la instrucción, en presencia de las partes, para que lo contrainterroguen. Esta prueba sólo vale en la medida en que hay o hubo derecho a contradecirla. Se anticipa la prueba sólo en la medida que pueda haber contrainterrogación”<sup>1230</sup>.*

---

<sup>1230</sup> *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados*, Boletín núm. 1630-07-1, de 13 de enero de 1998, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados, pág. 344. (La cursiva es nuestra).



Si bien se lee el párrafo transcrito se puede apreciar como la reflexión que contiene parece partir con un carácter genérico para luego restringirse sólo a la hipótesis de la letra a) relativa a la prueba anticipada. Esta posible discordancia podría deberse a un mal uso de la expresión “anticipa”, en el sentido de considerar a todas las hipótesis del artículo 331 como especies de “prueba anticipada”, lo cual no debe extrañarnos toda vez que, a la época de redacción del CPPCh y antes de su entrada en vigor, la anticipación probatoria era una figura completamente desconocida en la realidad jurídica chilena y comprendida por muy pocos.

Si esta fuera la explicación, podríamos entender que el espíritu del legislador fue garantizar, en todos los casos previstos en el artículo 331 CPPCh, al menos el derecho de la defensa de contradecir las declaraciones incorporadas al juicio oral por su intermedio en el momento mismo en que las mismas fueron prestadas.

Sin embargo, esta afirmación antes que una constatación científica equivale más bien a una aspiración, puesto que la historia fidedigna del establecimiento de esta norma no proporciona antecedentes suficientes para clarificar el punto ni proporciona sólidos argumentos para sostener esta opinión.

De ahí que propongamos reformas legislativas destinadas a garantizar de manera expresa el contradictorio en la formación de la prueba, especialmente en los casos de las letras c) y d) del artículo 331 CPPCh, reformas que bien pudieran ser adelantadas por una jurisprudencia más activa sobre el tema y que demuestre un mayor compromiso con esta garantía y, con ello, con la garantía mayor del debido proceso.

## **CAPÍTULO SEXTO: EXCEPCIONES A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL (II)**

### **I. LECTURA DE DECLARACIONES SUMARIALES CONTRADICTORIAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 714 LECRIM**

Suele incluirse dentro de las excepciones a la regla de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba apta para destruir la presunción de inocencia, el procedimiento establecido en el artículo 714 LECRIM, según el cual:

“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.”

Al análisis de esta norma, de sus presupuestos y requisitos pero, sobre todo, a la determinación de su verdadero carácter de excepción a la regla de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba destructora de la presunción de inocencia, dedicaremos las líneas siguientes, advirtiendo desde ya que la solución a este último punto dependerá de la opción que se adopte en torno a qué es lo que el artículo 714 LECRIM permite valorar: la declaración sumarial, sólo la credibilidad de la declaración prestada en el juicio oral y las explicaciones que el deponente proporciona para explicar la contradicción o todas a la vez.

## **1. Presupuestos para proceder a la lectura de declaraciones sumariales al amparo del artículo 714 LECRIM**

Tales presupuestos se desprenden del propio tenor literal del artículo 714 LECRIM<sup>1231</sup>, siendo ellos los siguientes:

### **A) Presencia del testigo en el juicio oral**

La hipótesis que plantea la norma en estudio es completamente diferente de las que estudiábamos con ocasión del artículo 730 LECRIM y de la prueba anticipada, referidas ambas excepciones a eventos de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral determinada por la imposibilidad material de comparecencia del testigo a las sesiones del juicio, ya sea por causas de naturaleza imprevista e imprevisible o previsible, respectivamente.

En cambio, el artículo 714 LECRIM sólo resulta aplicable a partir de la comparecencia del testigo en el juicio oral. Lo anterior ha llevado a algunos autores a sostener que esta norma no plantea una excepción a los principios de inmediación y contradicción en la formación de la prueba, puesto que precisamente presupone la presencia del testigo en las sesiones del juicio oral y la circunstancia de que éste preste efectivamente declaración en dichas sesiones<sup>1232</sup>. En nuestra opinión, esta afirmación sólo puede aceptarse si se opta por considerar que la

---

<sup>1231</sup> Utilizamos en este punto en parte la sistematización de los presupuestos del artículo 714 LECRIM dada por ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 418; y ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 192-93.

<sup>1232</sup> En este sentido, por ejemplo, GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., pág. 152; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 192; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 482; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., pág. 99; CONDE-PUMPIDO

declaración sumarial leída en virtud de la norma en estudio no puede ser valorada por el tribunal en términos de fundar una condena penal, sino que sólo sirve como parámetro de credibilidad de la declaración prestada en juicio y de las explicaciones que el testigo da para justificar la contradicción con su declaración previa.

Sobre este punto, el TS, descartando el carácter de excepción a la regla del artículo 741 LECRIM del 714 de la misma ley, ha señalado que esta última norma:

“No supone ni implica una excepción a los principios de oralidad e intermediación como esenciales al proceso justo que la Constitución ampara. Por el contrario se trata de acrecentar las ventajas de esos principios porque así se pretende contrastar y confrontar, oralmente y ante el Tribunal que juzga, dos declaraciones contrapuestas o no coincidentes. Ello quiere decir que la lectura pretende afianzar y fundamentar la decisión de los jueces respecto de una prueba concreta del juicio oral”<sup>1233</sup>.

Por nuestra parte creemos que afirmar que a través del procedimiento que establece el artículo 714 LECRIM se pueden valorar declaraciones sumariales leídas a su amparo y fundar en éstas una condena penal y sostener, a la vez, que ello no implica una excepción a los principios formadores de la prueba en el juicio oral, constituye una contradicción insalvable. Pero esta última cuestión, como veremos más adelante, no es nada pacífica ni en doctrina ni en la jurisprudencia.

---

FERREIRO, Cándido y otros, “Del modo...”, en *Comentarios...*, cit., págs. 2659-60; y CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., págs. 223-25.

<sup>1233</sup> STS 599/1997, (Sala Penal), 30 abril, FJ. 2º, Ponente D. José Augusto De Vega Ruíz. En sentido o similar, STC 98/1990 (Sala Segunda), 24 mayo, FJ. 2º, por todas; y SSTS 169/2008, (Sala Penal), 8 abril, FJ. 2º; 431/2009, (Sala Penal), 29 abril, FJ. 3º; y 765/2009, (Sala Penal), 9 julio, FJ. 6º.

Finalmente, apuntemos que debe existir *completa identidad física* entre el testigo que declaró en la fase sumarial y aquel que declara en el juicio oral, no resultando admisible que la declaración del juicio prestada por un testigo se contraste con la prestada en fase sumarial por otro testigo<sup>1234</sup>. A ello no sólo se opone el claro tenor literal del artículo 714 LECRIM, sino una razón de lógica elemental pues al testigo del juicio le será imposible explicar la contradicción que su declaración en el juicio presenta con la prestada en el sumario por otra persona sin que, además, sea lícito o razonable exigirle al primero que conozca el contenido y las razones que fundamentan las declaraciones prestadas por otros sujetos en la fase sumarial.

Lo que parece tan lógico sorprendentemente no ha sido siempre acogido por la jurisprudencia, tal como lo manifiesta la STC 161/1990, de 19 de octubre de 1990, Ponente D. Luis López Guerra. Si bien este caso se refiere a las contradicciones manifestadas entre las declaraciones de los coacusados de la causa, lo utilizamos para ilustrar el punto relativo a la identidad física que debe existir entre el deponente en fase sumarial y aquel del juicio oral porque, tal como veremos más adelante, el ámbito de aplicación del artículo 714 LECRIM ha sido extendido por la doctrina también a las declaraciones del acusado. En este caso las contradicciones

---

<sup>1234</sup> En este sentido se pronuncian, en España, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 421; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 192-93; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 483; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 93. En Italia, ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 695; CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell’esame dibattimentale (Artt. 499, 500, 503 C.P.P.)”, en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1º marzo 2001, n. 63)*, a cura di TONINI, Paolo, Padova, CEDAM, 2001, pág. 463; TONINI, Paolo, *Lineamenti...*, terza ed., cit., pág. 329; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 194.

se produjeron entre las declaraciones del juicio oral de uno de los coacusados con las declaraciones sumariales de los *otros coacusados*. Sin embargo, con una clara desatención al requisito que estamos estudiando, en la sentencia el TC concluye que en el juicio se había contado con una mínima actividad probatoria en tanto se había otorgado al acusado la oportunidad para justificar la:

“[C]ontradicción entre las declaraciones, *propias y ajenas*, obrantes en el sumario, y la negativa de participación en los hechos expresada en la vista” (FJ. 6º)<sup>1235</sup>.

Con todo, creemos que esta corriente jurisprudencial no se ha consolidado en términos de llegar a afirmar que el TC ha ampliado el ámbito de aplicación del artículo 714 LECRIM a supuestos de contradicción entre las declaraciones de una persona en el juicio oral con las declaraciones de otras personas en la fase de instrucción<sup>1236</sup>.

Finalmente apuntemos que la doctrina italiana considera que las declaraciones efectuadas por sujetos distintos pueden ser contrastadas pero no por la vía del artículo 500.1 y 2 CPPi norma que, como veremos más adelante, regula en Italia el tema de las *contestazioni* que equivalen al régimen del artículo 714 LECRIM. De esta forma se considera que las declaraciones “ajenas” integran el “conocimiento privado” de las partes y, por tanto, pueden ser utilizadas por las mismas para determinar la modalidad del interrogatorio o el tipo de preguntas a formular con la finalidad de verificar la coherencia interna y la constancia en la

---

<sup>1235</sup> La cursiva es nuestra. Citada también por MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 689.

<sup>1236</sup> Así se desprende del respectivo análisis jurisprudencial efectuado por MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 689.

deposición del declarante, o sea, sólo para probar la credibilidad genérica del deponente, pero no también su atendibilidad respecto del cuadro probatorio ya conocido por las partes<sup>1237</sup>.

**B) Que el testigo efectivamente preste declaración en el juicio oral**

Otra condición ineludible para que resulte aplicable el artículo 714 LECRIM es que el testigo efectivamente preste declaración en el juicio oral y ello porque será del tenor de esa nueva declaración de donde debe extraerse de manera manifiesta la contradicción con la declaración previa prestada por el mismo testigo en fase sumarial. Dicho en otros términos, la ausencia de declaración en el juicio oral determinará la falta de un elemento esencial para efectuar la comparación destinada a constatar la existencia de una contradicción sustancial como exige la norma en estudio.

No habrá declaración en el juicio oral cuando el testigo comparece al mismo y se niega a deponer amparándose en alguna de las dispensas legales que establecen los artículos 416 a 418 LECRIM, como tampoco la habrá cuando el acusado en el juicio oral decida hacer uso del derecho a guardar silencio que le confiere el artículo 24.2 CE considerando, como veremos más adelante, que la jurisprudencia ha ampliado el ámbito de aplicación de la norma del artículo 714 LECRIM a las declaraciones del propio acusado.

---

<sup>1237</sup> Cfr. CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell’esame dibattimentale (Artt. 499, 500, 503 C.P.P.)”, en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1º marzo 2001, n. 63)*, cit., págs. 463-64; e ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 695.

Ya hemos tenido oportunidad de establecer las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al valor de las declaraciones sumariales autoinculpatorias del acusado que decide guardar silencio en el juicio oral, como de las declaraciones sumariales de cargo del testigo que ejerce una dispensa legal en el juicio oral para no declarar, señalando en dicha sede que en nuestra opinión estas hipótesis no resultan incardinables ni por la vía del artículo 730 ni por la del 714, ambos de la LECRIM, en tanto el silencio no constituye una imposibilidad material en el primer caso ni una contradicción en el segundo dada su naturaleza neutral, y porque la aplicación del artículo 714 debe ceder ante el legítimo ejercicio del derecho a la dispensa legal y a guardar silencio<sup>1238</sup>.

Sobre este punto el TS ha señalado que el artículo 714 LECRIM exige como presupuesto que la contradicción se produzca, siendo evidente que:

“[C]uando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”<sup>1239</sup>.

**C) Que la declaración prestada en el juicio oral sea divergente o contradictoria con la declaración sumarial**

El artículo 714 LECRIM exige también como presupuesto básico para su operatividad que la declaración prestada por el testigo en el juicio oral “no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario”.

---

<sup>1238</sup> En este sentido, GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 198.

<sup>1239</sup> SSTS 31/2009, (Sala Penal), 27 enero, FJ. 4º, letra C) y 129/2009, (Sala Penal), 10 febrero, FJ. 5º, letra C), actuando de Ponente en ambas sentencias D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.



El alcance y elementos de esta contradicción sustancial la estudiaremos más adelante con ocasión de los requisitos de fondo de la norma.

## **2. Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del artículo 714 LECRIM**

### **A) Ámbito de aplicación subjetivo del artículo 714 LECRIM y su extensión jurisprudencial a las declaraciones de los peritos y del acusado**

No existen dudas en torno a que el tenor literal del artículo 714 LECRIM se refiere exclusivamente a la prueba testifical, sin embargo la jurisprudencia desde antiguo se ha inclinado por la extensión del ámbito de aplicación del artículo 714 LECRIM a las declaraciones del acusado<sup>1240</sup> y también a la prueba pericial<sup>1241</sup>, señalando que una interpretación teleológica de la citada disposición y los principios que

---

<sup>1240</sup> Sobre el punto pueden leerse las STS de 7 de diciembre de 1883 y 5 de febrero de 1892, citadas por GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., pág. 152; ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 419; y VÁZQUEZ SOTELO, J. Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción»..., cit., pág. 192. Extendiendo el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 714 LECRIM específicamente a las declaraciones de los acusados o coacusados, puede verse SSTS (Sala Penal), 8 noviembre 1991, FJ. 2º; (Sala Penal), 22 enero 1992, FJ. 2º, Ponente en estas dos primeras D. Joaquín Delgado García; 106/2004, (Sala Penal), 29 enero, FJ. 1º, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo; 1241/2005, (Sala Penal), 27 octubre, FJ. 2º, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta; 510/2008, (Sala Penal), 21 julio, FJ. 2º, Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar; 575/2008, (Sala Penal), 7 octubre, FJ. 2º, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; y 768/2008, (Sala Penal), 21 noviembre, FJ. 4º, Ponente D. Adolfo Prego De Oliver Tolivar.

<sup>1241</sup> Incluyendo dentro del ámbito de aplicación subjetivo del artículo 714 LECRIM a las declaraciones de peritos, puede verse SSTS 1563/1997, (Sala Penal), 20 diciembre, FJ. 1º, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater; 75/2006, (Sala Penal), 3 febrero, FJ. 2º; 303/2007, (Sala Penal), 10 abril, FJ. 2º; 58/2008, (Sala Penal), 25 enero, FJ. 2º, Ponente en estas tres últimas D. Julián Artemio Sánchez Melgar; y 56/2009, (Sala Penal), 3 febrero, FJ. 5º, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

inspiran la prueba testifical permiten concluir que carecería de fundamento limitar la aplicación del 714 LECRIM sólo a esta última clase de probanza<sup>1242</sup>, interpretación que, además, es avalada por buena parte de la doctrina de los autores<sup>1243</sup>.

Cabe destacar que esta línea doctrinal y jurisprudencial fue acogida por la LOTJ, núm. 5/1995, de 22 de mayo, cuyo artículo 46 numeral 5 dispone:

“El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción”.

Sobre el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 714 LECRIM, es necesario destacar que en el Derecho comparado la cuestión

---

<sup>1242</sup> En este sentido, SSTS 1563/1997, (Sala Penal), 20 diciembre, FJ. 1º, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater; 575/2008, (Sala Penal), 7 octubre, FJ. 2º; y 56/2009, (Sala Penal), 3 febrero, FJ. 5º, Ponente en estas dos últimas D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. En general, sobre esta doctrina jurisprudencial puede verse, además, respecto del Tribunal Supremo, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., nota núm. 250, pág. 254 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., nota núm. 1217, pág. 484; y, respecto del Constitucional, MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 687.

<sup>1243</sup> A favor de la aplicación del artículo 714 LECRIM a los procesados se encuentran: GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., pág. 152; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 191; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 254; y RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba de testigos en la jurisprudencia penal*, cit., pág. 154. Aunque no de manera explícita, parecen asimismo sostener esta opinión VÁZQUEZ SOTELO, J. Luis, «*Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción*»..., cit., págs. 192 y 195; y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., cit., pág. 270. Por su parte, se pronuncian a favor de la aplicación del artículo 714 LECRIM también a las declaraciones de peritos: ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 418-19; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 261; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., pág. 99; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 9.

está resuelta y regulada en forma expresa. Así, en Alemania se admite la lectura de anteriores declaraciones para superar olvidos o contradicciones respecto de los testigos y peritos (§ 253 StPO) y para aclarar contradicciones respecto de acusado (§ 254.2 StPO). Por su parte en Italia el CPPi admite la lectura de declaraciones previas disconformes con las prestadas en el juicio oral, bajo el régimen de las *contestazioni*, respecto de los testigos en virtud del artículo 500.1 y 2. Sin embargo esta norma tiene un alcance más amplio aplicándose también a peritos y asesores o consultores técnicos; a las partes privadas (artículo 503.3 y 4 CPPi); y al examen del imputado y coimputados bajo ciertas condiciones expresamente reguladas por la ley (artículos 503 comas 1, 3 y 4, 12.1 a) y c), 210.5, 371.2 b) y 210.6 CPPi)<sup>1244</sup>.

A continuación pasaremos una breve revista a los alcances efectuados por la doctrina en torno a la ampliación que ha realizado la jurisprudencia del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 714 LECRIM.

#### **a) Prueba pericial**

Específicamente en relación a la prueba pericial la doctrina de los autores considera que la necesidad de aclarar la eventual contradicción entre la declaración del juicio y la declaración sumarial de un testigo es la misma que surge cuando la divergencia se produce entre el dictamen

---

<sup>1244</sup> Sobre el ámbito de aplicación de las *contestazioni* en el sistema italiano puede verse CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 460-61; GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 193-203; ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 694-709; e ILLUMINATI, Giulio, “Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale”, en *La prova nel dibattimento penale*, terza edizione, Torino, G.Giappichelli Editore, 2005, págs. 118-29.

sumarial de un perito con el emitido en el juicio, resultando imprescindible para el tribunal determinar cuál es, en definitiva, el parecer del perito para lo cual resultará útil confrontarlo con su anterior dictamen y oír las explicaciones que exponga para fundamentar el cambio de dicho parecer debiendo, en todo caso, considerar especialmente la posibilidad de aplicar a su respecto el artículo 715 LECRIM e iniciar en su contra causa penal por el delito de falso testimonio<sup>1245</sup>.

Contra esta opinión se puede argüir que los peritos *no declaran, sino que emiten informes* que contienen conclusiones científicas o técnicas y que las razones de la contradicción entre informes sumariales y del juicio pueden obedecer a causas muy diversas de las que afectan a un testigo: los peritos pueden ser reemplazados en ciertos casos sin mayores problemas, las modificaciones del nuevo informe puede también deberse a los avances propios de la ciencia, al distinto parecer de los peritos consultados que ofrecen interpretaciones diferentes para un evento similar, o a la circunstancia de que los peritos normalmente vierten meras hipótesis en sus informes antes que afirmaciones tajantes e indiscutibles, sobre todo cuando efectúan lucubraciones sobre aspectos subjetivos<sup>1246</sup>.

En nuestra opinión, coincidiendo con Vegas Torres, el artículo 714 LECRIM puede ser aplicado al ámbito de la prueba pericial siempre que se cumplan dos condiciones. La primera es que exista *identidad*

---

<sup>1245</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 418-19.

<sup>1246</sup> ASENCIO MELLADO, José María, “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Madrid, CGPJ, 1995, págs. 22 y 28 (versión electrónica).

*física* entre el perito que emitió su dictamen sumarial con el que lo emite en el juicio oral, puesto que en caso contrario al segundo no siempre se le podría exigir que asumiera las conclusiones del primero ni mucho menos que explicara las razones de la divergencia dado que, como se ha dicho, la divergencia puede deberse simplemente a una disconformidad de criterios científicos.

La segunda condición es que las explicaciones que el perito dé en el juicio oral para superar la divergencia con su dictamen anterior sólo pueden servir para que el tribunal sentenciador valore la *credibilidad* del segundo dictamen prestado en su presencia, siendo muy discutible que dicho tribunal pueda fundar su sentencia en el dictamen sumarial leído al amparo del 714 LECRIM. Lo anterior, reiteramos, puesto que la divergencia entre los dictámenes de un mismo perito puede obedecer en gran medida no a la mayor exactitud, espontaneidad y libertad con que emitió el primer dictamen, como ocurre en el caso de los testigos, sino meramente a un cambio de opinión, método o criterio científico de ese perito, lo cual en caso alguno permite otorgar eficacia probatoria al informe sumarial<sup>1247</sup>.

#### **b) Acusados**

En lo tocante a la aplicación del artículo 714 LECRIM a los acusados, cabe señalar que la divergencia producida entre las declaraciones que el acusado prestó en la fase sumarial y las que presta en el juicio oral, constituye una auténtica laguna legal a la vez que un problema de difícil solución. En cambio, la LECRIM sí soluciona la

---

<sup>1247</sup> Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 349-51.

situación planteada cuando la divergencia se produce respecto de declaraciones sumariales entre sí, disponiendo en su artículo 405:

“Si en las declaraciones posteriores se pusiere el procesado en contradicción con sus declaraciones primeras o retractare sus confesiones anteriores, deberá ser interrogado sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación”.

Este vacío legal se debe a que el interrogatorio del acusado como medio de prueba en el juicio oral no se encuentra regulado ni como medio para fijar hechos ni como medio de defensa, por lo que mal pudo el legislador de la LECRIM establecer una disposición semejante a la del 714 para el caso de discrepancias sustanciales entre las declaraciones sumariales del acusado y sus declaraciones del juicio. Con todo, es preciso señalar que el interrogatorio del acusado ha sido asumido como medio de prueba en la práctica forense, fundamentalmente basándose en la opinión de que el mismo puede entenderse implícito en algunas normas que reglan el juicio oral, fundamentalmente el artículo 741 LECRIM que dispone que el tribunal pronunciará sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, los argumentos de la acusación y la defensa y “lo manifestado por los mismos procesados”<sup>1248</sup>.

Pero aunque en el espíritu de la LECRIM y en la práctica se conceda carácter de medio de prueba al interrogatorio del acusado, sigue sin solución legal la situación planteada en torno a las divergencias entre

---

<sup>1248</sup> Sobre esta laguna legal y sus alcances puede verse PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal penal*, 4ª ed., cit., págs. 230-32; VÁZQUEZ SOTELO, J. Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción»..., cit., págs. 191-97; y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., cit., págs. 266-70.

la declaración sumarial del acusado con su declaración del juicio, especialmente si la primera fue de signo autoincriminatorio y la segunda exculpatoria, pues es ahí donde surge el verdadero problema cuyas posibles soluciones son: a) aplicar por analogía el artículo 405 LECRIM<sup>1249</sup>; b) aplicar por analogía el artículo 714 LECRIM<sup>1250</sup>; o c) considerar que no procede leer las declaraciones sumariales del acusado, ya sean de signo incriminatorio o exculpatorio, para contrastarlas con las divergentes prestadas por el mismo en el juicio, en tanto dicha posibilidad no se encuentra expresamente autorizada por el artículo 714 LECRIM norma que, dado su carácter excepcional, debe ser interpretada restrictivamente, debiendo en todo caso prevalecer la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba del artículo 741 LECRIM<sup>1251</sup> y

---

<sup>1249</sup> A favor AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, Madrid, 1914, págs. 321-32, citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 484 y al parecer VÁZQUEZ SOTELO, J. Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción»..., cit., págs. 191-92.

<sup>1250</sup> A favor, GOLDSCHMIDT, James, *Principios...*, vol. II, cit., pág. 152; ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 419. Al parecer también son de esta opinión, en tanto no se oponen expresamente a ella, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., cit., pág. 270; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 191; DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 261; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 254; RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba...*, cit., pág. 154; BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, en *La prueba en el proceso penal II*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, Madrid, CGPJ, 1996, pág. 10 (versión electrónica); MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 483-86; MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., pág. 99; HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 92; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros, “Del modo...”, en *Comentarios...*, cit., pág. 2659. Expresamente en contra MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 687.

<sup>1251</sup> En este sentido MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., pág. 687.

el derecho que el artículo 24.2 CE le confiere a no autoinculparse y a no confesarse culpable.

En nuestra opinión creemos que el artículo 714 LECRIM puede aplicarse al acusado y, en consecuencia, leerse sus declaraciones sumariales cuando éstas sean divergentes con la que presta en el juicio oral, a fin de obtener de su parte una explicación de aquella disconformidad y así lograr que la declaración del juicio sea lo más completa y veraz posible.

Con todo, esta posibilidad de lectura debiera estar condicionada a dos requisitos particulares para el caso específico del acusado: el primero es que la declaración sumarial que se lea debe haber sido prestada por el acusado en calidad de imputado o procesado, única manera de garantizar que se le haya oportunamente advertido de los derechos que le confieren los artículos 24 CE, 118 y 520 LECRIM y que actúa con pleno conocimiento de los mismos. Admitir que se lean declaraciones que el acusado prestó durante la fase sumarial en calidad de testigo para contrastarlas con aquellas que rinde en el juicio oral en calidad de acusado, sería completamente contrario al derecho que le asiste de acuerdo al artículo 24.2 a no declarar contra sí mismo<sup>1252</sup>.

Por idénticas razones, el segundo requisito es que dicha lectura sólo pueda ser utilizada como criterio de credibilidad de la declaración que el acusado preste en el juicio oral, tema sobre el que volveremos más adelante.

---

<sup>1252</sup> En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 485; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 196.



**B)      Ámbito de aplicación objetivo del artículo 714 LECRIM:  
          declaraciones susceptibles de ser leídas a su amparo**

Sobre el punto el artículo 714 LECRIM se refiere exclusivamente a las declaraciones sumariales, de lo cual podemos colegir y afirmar algunas cuestiones:

a) Debe tratarse de declaraciones prestadas por el testigo en la fase de sumario o diligencias previas del procedimiento abreviado *ante el juez de instrucción*, con lo cual quedan excluidas las declaraciones prestadas por los testigos ante el Ministerio Fiscal o ante la policía, afirmación esta última sobre la que existe consenso mayoritario en la doctrina<sup>1253</sup>, pese a diversos pronunciamientos jurisprudenciales que entienden aplicable el artículo 714 LECRIM a las declaraciones incluso policiales<sup>1254</sup>.

Tratándose de una declaración meramente policial la única circunstancia que, por así decirlo, la tornaría susceptible de ser leída a

---

<sup>1253</sup> En este sentido se pronuncian ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 421-22; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 258; BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, en *La prueba en el proceso penal II*, en Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 10 (versión electrónica); MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 487; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., págs. 221-22; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 688-89. En contra, defendiendo la posibilidad de que ingresen al artículo 714 LECRIM las declaraciones policiales, ASECIO MELLADO, José María, “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 22-23 (versión electrónica).

<sup>1254</sup> En torno a la evolución de la doctrina jurisprudencial ampliando el ámbito de aplicación del art. 714 LECRIM a las declaraciones prestadas por el testigo ante la policía o ante el Ministerio Fiscal, puede consultarse VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 254-58; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 487-95; y MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 687-88.

través del sistema del artículo 714 LECRIM sería que aquella hubiese sido ratificada por el deponente ante el juez de instrucción. Sin embargo, bien mirado, en estos casos no es que se lea una declaración policial, sino que lo que realmente se lee es una auténtica declaración prestada ante el órgano judicial siempre que, claro está, esa ratificación no sea meramente formularia sino efectiva. Esto último porque una declaración sumarial consistente en “dar por reproducida la declaración policial”, además de no aportar ningún dato nuevo apto para ser contrastado con la declaración del juicio, constituiría una manera subrepticia de introducir una declaración policial al juicio oral<sup>1255</sup>.

En consecuencia, al menos en el sistema español, coincidimos con la opinión mayoritaria en orden a que las declaraciones susceptibles de ser leídas al amparo del artículo 714 LECRIM sólo pueden ser aquellas calificadas como *diligencias judiciales de instrucción*. Lo anterior porque, además de las razones expuestas con ocasión de las diligencias susceptibles de ser leídas según el artículo 730 LECRIM, porque la garantía de imparcialidad de la cual está dotada exclusivamente la autoridad judicial permite presumir una mayor fiabilidad de la declaración y porque el artículo 714 LECRIM no sólo es claro al respecto sino que, dado su carácter de norma excepcional, debe ser interpretado de manera restringida.

En este punto conviene destacar que en el Derecho comparado es más amplia la posibilidad de lectura. Así en Alemania el §253 StPO parece admitir la lectura de actas no judiciales pero sólo para los testigos, mientras que en el sistema italiano, el artículo 500.1 CPPi, permite la

---

<sup>1255</sup> En este último sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 489-90.

utilización para las *contestazioni* de las deposiciones precedentemente rendidas por el testigo y contenidas en el *fascicolo del pubblico ministero* (artículo 433 CPPi), con lo cual se admite la lectura de aquellas declaraciones rendidas durante las indagaciones preliminares ante el *pubblico ministero* según la norma del artículo 362 CPPi y ante la *polizia giudiziaria* de acuerdo al artículo 351 CPPi<sup>1256</sup>.

b) Declaraciones y actos complejos: otra de las exigencias que derivan del artículo 714 LECRIM es que lo que se debe leer a su amparo son “declaraciones” rendidas por los testigos en la fase de instrucción, debiendo entender por *declaración* “toda aseveración de contenido narrativo dirigido a comunicar un conocimiento en torno a un hecho concerniente al proceso”<sup>1257</sup>.

Esta aclaración permite sobre todo distinguir aquello que es susceptible de ser leído *ex* artículo 714 LECRIM en los casos en que nos encontramos ante *actos complejos*, tales como la inspección ocular o el reconocimiento que hace una persona de un sujeto. Esta clase de actos contienen, por una parte, narraciones de hechos o descripciones de un sujeto a individualizar efectuadas autónomamente ante el juez por una persona (testigo, acusado) y, por otra, declaraciones identificativas de aquel sujeto que constituyen una síntesis de la declaración del deponente y de la actividad de conducción de la diligencia que realiza el órgano judicial y que, por tanto, carecen de autonomía respecto del declarante. En tales eventos, la doctrina advierte que lo único que puede ser leído es

---

<sup>1256</sup> Con mayor amplitud acerca de las declaraciones utilizables en las contestaciones en el sistema italiano, véase CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 467-69.

<sup>1257</sup> GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 194.

aquella parte de la diligencia que constituya propiamente *declaraciones* prestadas de forma autónoma por el sujeto que depone<sup>1258</sup>.

Todos los otros actos de investigación quedan completamente fuera del régimen del artículo 714 LECRIM, los cuales en un sistema acusatorio deben quedar como actos de *relevancia meramente interna*, es decir, como integrantes del “conocimiento privado” de las partes y, como tal, utilizables por las mismas pero sólo por vía de hecho, para determinar las modalidades y orientación del interrogatorio de los testigos<sup>1259</sup>.

c) Las declaraciones confrontadas deben corresponder a la *misma persona* en tanto, tal como ya lo hemos señalado, no sería posible contrastar dos declaraciones emanadas de sujetos diversos<sup>1260</sup>.

d) Finalmente, las declaraciones confrontadas deben haber sido prestadas en el *mismo procedimiento*, no admitiéndose en el caso del artículo 714 LECRIM la lectura de declaraciones que, si bien emanadas de la misma persona, fueron prestadas en otro procedimiento o en

---

<sup>1258</sup> En este sentido, GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 194; y en España, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 421.

<sup>1259</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 694-95; y CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 462.

<sup>1260</sup> En este sentido, en Italia, ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 695; GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 194; CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pag. 463. En España, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 421; ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 192-93; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 483; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 93.

expedientes administrativos<sup>1261</sup>. Para Ortells esta clase de declaraciones no son aptas para ingresar al juicio oral por la vía del artículo 714 LECRIM, pero si pueden ingresar a éste por la vía de ser utilizadas para, con base en ellas, formular preguntas durante el interrogatorio con miras a obtener del deponente alguna explicación de la divergencia y, por este camino, lograr que el testigo asuma aquella declaración anterior extrajudicial respecto del proceso actual, a la vez que acompañar al juicio la respectiva documentación para que sea considerada en la determinación de valor probatorio de la declaración prestada en el juicio, todo ello de conformidad al artículo 729.3 LECRIM<sup>1262</sup>.

### **3. Requisito de fondo para proceder a la lectura autorizada por el artículo 714 LECRIM: la contradicción o divergencia entre las declaraciones contrastadas**

Como sabemos, el artículo 714 LECRIM exige que la declaración prestada en el juicio oral por el testigo “no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario”. A la determinación del significado y alcance de esta *disconformidad sustancial* dedicaremos las siguientes líneas.

#### **A) Disconformidad**

Pese a que el tenor literal del artículo 714 LECRIM no proporciona mayores datos sobre este punto, no vemos inconveniente

---

<sup>1261</sup> En este sentido, por todos, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 421; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 494-95.

<sup>1262</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 421-22. En el mismo sentido se pronuncian, con relación al sistema alemán, ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 398 y

para entender que la disconformidad entre las declaraciones del juicio y las sumariales incluya la efectiva contradicción, las adiciones o complementaciones de circunstancias relativas a los hechos sobre los que se declara, las omisiones y aún los olvidos o faltas de recuerdo puesto que, en estos dos últimos casos, es también evidente se ha producido una declaración en el juicio oral claramente disconforme con la precedente sumarial<sup>1263</sup>.

Cabe señalar que la hipótesis se encuentra contemplado expresamente en el sistema alemán en el § 253.1 StPO que dispone que si un testigo o perito declara en el juicio no recordar un hecho, podrá leerse la parte del acta relativa a ello sobre su anterior interrogatorio, con el fin de ayudar a su memoria<sup>1264</sup>, mientras que en Italia, si bien el artículo 500.1 CPPi no contempla esta hipótesis de manera expresa, la misma es aceptada ampliamente por la doctrina<sup>1265</sup>.

---

con referencia al italiano, ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 694.

<sup>1263</sup> En este sentido, especialmente incluyendo la hipótesis del olvido dentro del ámbito de aplicación del artículo 714 LECRIM, se pronuncian GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., cit., pág. 272; ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 419-20; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., págs. 190 y 193; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 264-65; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 495- 98. En Italia, CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 463.

<sup>1264</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso...*, cit., pág. 363; y ROXIN, Claus, *Derecho...*, cit., pág. 397.

<sup>1265</sup> En esta línea doctrinal se cuentan, entre otros, CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 462; ILLUMINATI, Giulio, “Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale”, en *La prova nel dibattimento penale*, cit., pág. 120; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 197.

Esta noción amplia de *disconformidad* es también acogida por la jurisprudencia española, con especial referencia a la aplicación del artículo 714 LECRIM para hipótesis de olvido, tal como se aprecia en el siguiente pronunciamiento del TS:

“Un examen del acta del Plenario acredita que a la vista de las declaraciones del testigo concernido *que no negó lo declarado en el Sumario, sino que manifestó no recordar lo declarado*, le fue leída su declaración, reconocida su firma, y, es más, manifestó que lo dicho entonces — y que en el Plenario no recordaba — era la verdad de lo que vio”<sup>1266</sup>.

Por otra parte, ya nos hemos referido a la situación planteada por el testigo que no presta declaración en el juicio oral alegando alguna de las dispensas legales de los artículos 416 a 418 LECRIM o del acusado que decide ejercer por vez primera en el juicio su derecho a guardar silencio. En estos casos hemos expresado que no existe una contradicción propiamente tal y que el artículo 714 LECRIM cede ante el legítimo ejercicio de un derecho constitucional o legal. A nuestro entender, se trata de supuestos en los cuales, por así decirlo, existe un *silencio legalmente justificado*.

---

<sup>1266</sup> STS 1058/2009, (Sala Penal), 29 octubre, FJ. 2º (la cursiva es de la sentencia). En sentido muy similar, se pronuncia el TS en su sentencia 22/2008, (Sala Penal), 17 enero, FJ. 1º, Ponente D. Manuel Marchena Gómez, en la que, incluso valorando una declaración policial, señala: “Ninguna quiebra de los principios informadores del proceso penal se produjo por el hecho de que la Audiencia extrajera una inferencia probatoria, luego incorporada al juicio histórico, de la contradicción advertida en la declaración de Juan Miguel. La declaración policial afloró al debate contradictorio. Fue puesta en conocimiento del declarante y éste se limitó a afirmar -según consta en el acta del juicio oral- que «...no recuerda lo que declaró ante la Policía. Que no recuerda que dijera que les comprara habitualmente en esa zona. Que firmó la declaración y no da explicación a su cambio de versión»”.

Pero si cabe preguntarse qué ocurre, al margen de las sanciones establecidas en el artículo 716 LECRIM, en los casos del *silencio total e injustificado de un testigo*, es decir, supuestos en que el testigo en el juicio se niega a responder a la totalidad de las preguntas no encontrándose dispensado legalmente para no deponer. En estos casos coincidimos con la doctrina que considera que en estos supuestos no existe una contradicción de las que autorizan la aplicación del artículo 714 LECRIM, en tanto no se trata de dos declaraciones divergentes, sino de dos entidades completamente heterogéneas: una declaración sumarial y el silencio del juicio. En consecuencia la divergencia, que ciertamente existe, no recae sobre dos versiones distintas de un mismo hecho, sino sobre el comportamiento de un sujeto (hablar antes y callar en el juicio) y esto no autoriza a recurrir al 714 LECRIM<sup>1267</sup>.

Otra situación que puede plantearse es la del *silencio parcial e injustificado de un testigo*, supuesto que puede, a su vez, estar constituido por dos hipótesis. La primera integrada por la situación planteada por la decisión del testigo de no responder a determinadas preguntas sin motivo, de manifestarse parcialmente reticente a deponer o simplemente eludir las respuestas. En estos casos es posible coincidir con la doctrina italiana en considerar que igualmente existe una deposición que, “*benché lacunosa*”, hace procedente recurrir al régimen de la *contestazione*<sup>1268</sup>.

La segunda hipótesis de *silencio parcial e injustificado de un*

---

<sup>1267</sup> Cfr. GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 197-98.

<sup>1268</sup> GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 198.



*testigo* tiene lugar cuando dicho silencio se produce sólo respecto de una de las partes, negándose el testigo a contestar al interrogatorio o al contrainterrogatorio. En este caso se puede concluir que se trata de una situación que no autoriza recurrir al régimen del artículo 714 LECRIM, pero no tanto por no existir una declaración que pueda entrar en contradicción con otra anterior, lo cual ciertamente es así, sino más bien porque se trata de una prueba que no ha sido formada en el contradictorio de las partes, en tanto este principio, vital en la formación de la prueba, “falta no sólo cuando un sujeto no declara nada, sino también cuando responde de manera, por así decirlo, unidireccional”<sup>1269</sup>. Sobre este punto cabe destacar que la situación planteada se encuentra regulada en el sistema italiano pero no como una hipótesis de *contestazione*, sino como un supuesto de falta de contradicción en la formación de la prueba respecto del acusado y de su defensa de la que deriva la inutilizabilidad de la declaración parcial del testigo en el ya citado artículo 111 párrafo 4 Ci.

Finalmente señalar que creemos oportuno sostener una noción amplia de disconformidad (contradicciones propiamente dichas, adiciones, omisiones u olvidos) para la aplicación del artículo 714 LECRIM porque las divergencias entre las declaraciones prestadas en las diversas fases del procedimiento por una misma persona pueden responder a una también amplia gama de razones, derivadas del excesivo transcurso de tiempo entre los hechos enjuiciados y el juicio oral; en la

---

<sup>1269</sup> GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 197-200 (traducción propia). En el mismo sentido, ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 697-98, advirtiendo que esta situación no atañe al régimen de las *contestazioni*, sino que se trata de una inutilizabilidad probatoria de esta declaración parcial derivada de la falta de contradicción en su formación.

ampliación o precisión que libremente efectúa el propio declarante; en la misma forma en la que se desarrolla el interrogatorio, que puede requerir de quien declara mayor o menor precisión<sup>1270</sup>; en la posible existencia de presiones externas sobre el testigo, del miedo o de las tensiones que puede provocar la vista oral y pública en personas ajenas a la práctica judicial<sup>1271</sup>; y también en problemas de comunicación y lenguaje. En este sentido acertadamente se ha sostenido que en muchas ocasiones la disconformidad puede derivar de “diferencias importantes entre lo que se quiere decir, lo que se dice, lo que dice el que recibe la declaración al dictarla a un mecanógrafo a fin de que la transcriba, y lo que interpreta el que lee la declaración escrita”<sup>1272</sup>.

## **B) Disconformidad sustancial**

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “sustancial” constituye lo esencial y más importante de algo, de lo cual se sigue que la divergencia que exige el artículo 714 LECRIM debe recaer sobre un hecho o dato relevante al objeto del proceso y no sobre un detalle que no resulta crucial o que no aporta mayores luces sobre los hechos enjuiciados<sup>1273</sup>.

En este sentido la jurisprudencia es muy precisa, señalando con referencia al ámbito de aplicación del artículo 714 LECRIM, que la ausencia de una coincidencia mimética entre las distintas declaraciones

---

<sup>1270</sup> STS 911/2008, (Sala Penal), 23 diciembre, FJ. 1º, Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez De Luarda.

<sup>1271</sup> Cfr. ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 190.

<sup>1272</sup> Sic. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 214.

<sup>1273</sup> Por todos, VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 264.

no resta necesariamente veracidad a las mismas si se mantiene lo declarado de forma sustancial, puesto que lo realmente importante es:

“[P]or una parte, que lo declarado se mantenga sustancialmente, y por otra que, ya en el juicio oral, las partes planteen las posibles inexactitudes de la versión del testigo a través del interrogatorio para permitir una más completa valoración por parte del Tribunal sobre la base de la inmediación”<sup>1274</sup>.

Ahora bien, el carácter de sustancial o no de la disconformidad entre las declaraciones contrastadas ha de ser determinado por el tribunal sentenciador considerando para ello “la relevancia respecto a los hechos objeto del proceso del dato al que aquélla afecta”<sup>1275</sup>.

### **C) Disconformidad real, efectiva y fundada**

Este requisito, establecido por la doctrina, exige que la disconformidad entre las declaraciones sea real, efectiva y fundada, es decir, comprobadamente producida, sin que sea admisible al respecto la mera alegación de las partes de que se ha producido una divergencia entre las declaraciones, por cuanto tal alegación puede sólo perseguir rebatir o discutir la prueba testifical o pericial rendida en el juicio, objetivo que no persigue la norma del 714 LECRIM<sup>1276</sup>.

Para precisar este requisito es necesario puntualizar algunos aspectos:

---

<sup>1274</sup> STS 911/2008, (Sala Penal), 23 diciembre, FJ. 1º, Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez De Luarca.

<sup>1275</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 419-20, citando, además, a AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, Madrid, 1914, págs. 441-42.

<sup>1276</sup> En este sentido, ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 193; y HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo...*, cit., pág. 93.

a) Las declaraciones que se pueden confrontar *ex* artículo 714 LECRIM deben versar sobre los *mismos hechos*. Este requisito, que se encuentra regulado en otras legislaciones de manera expresa<sup>1277</sup>, persigue los siguientes dos objetivos: impedir, por una parte, que se recurra a las lecturas-contestaciones de manera anticipada al interrogatorio o examen, en términos tales que las mismas sean utilizadas para sugerir o condicionar las respuestas del testigo o deponente y, por otra, evitar lecturas demasiado amplias de declaraciones anteriores que, más que intentar superar una contradicción, buscan provocar dilaciones innecesarias en el curso del juicio oral o, aún más grave, introducir subrepticamente al juicio oral actos (declaraciones) de la fase de instrucción cuyo conocimiento está vedado para el tribunal sentenciador<sup>1278</sup>.

De esta manera, el artículo 714 LECRIM no resulta aplicable a aquellos casos en que el testigo, en el curso de su declaración en el juicio oral, se refiere por primera vez a un hecho, sobre el que nada dijo en su deposición precedente y siempre que no constituya una mera complementación o adición según lo hemos indicado antes. En estos casos no existe declaración precedente sobre ese específico hecho susceptible de ser leída o contrastada con la declaración del juicio y, por tanto, tampoco existe contradicción real y efectiva<sup>1279</sup>. Lo que, en

---

<sup>1277</sup> Así, por ejemplo, el art. 500.1 CPPi prescribe que la facultad de recurrir a las *contestazioni* sólo puede ser ejercida si sobre los hechos o sobre las circunstancias a contrastar el testigo había ya depuesto.

<sup>1278</sup> En estos sentidos, TONINI, Paolo, *Lineamenti...*, terza ed., cit., pág. 329; ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 695; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 196-97.

<sup>1279</sup> Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 262-63; y CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 462.

cambio, podrá hacer la parte que conduce el interrogatorio o la parte interesada será pedir al testigo que explique por qué razón nunca antes se había referido al hecho en cuestión, explicaciones que serán relevantes para determinar la credibilidad del testigo, pero que no se enmarcan dentro del sistema del artículo 714 LECRIM<sup>1280</sup>.

b) Para proceder a la lectura *ex* artículo 714 LECRIM es preciso, además, la *efectiva producción de una contradicción* entre las declaraciones sumariales y la del juicio. Este requisito se cumple sólo si se procede a la lectura de las anteriores declaraciones una vez que el testigo en el juicio oral haya declarado sobre el punto en contraste y haya dado efectivamente una versión divergente con la contenida en su precedente deposición o, al menos, ante una determinada pregunta declare en el juicio no recordar el específico dato al que ella se refiere<sup>1281</sup>. Lo anterior, porque el artículo 714 LECRIM tiene por finalidad aclarar una contradicción producida y no provocar el surgimiento de una contradicción. De ahí que sea imprescindible esperar a que el testigo declare en el juicio oral cuanto tenga que referir acerca de los hechos enjuiciados y sólo ante el evento de que efectivamente se produzca una contradicción respecto de la versión que precedentemente ofreció acerca de tales hechos, se proceda a la lectura del artículo 714 LECRIM. En este sentido se ha sostenido que no es aceptable que antes del interrogatorio del testigo o acusado se le pregunte si se ratifica o no en sus declaraciones sumariales, con el objeto de, en caso de no ratificarse, generar una contradicción y proceder a la lectura completa del

---

<sup>1280</sup> Como sugiere CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 462.

<sup>1281</sup> En este sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 420.

acta que contiene su declaración sumarial al amparo del artículo 714 LECRI<sup>1282</sup>.

c) La lectura del artículo 714 LECRIM debe velar por la protección de la *libertad y espontaneidad del deponente*, lo cual se podrá cumplir si se procede a la lectura del precedente disconforme<sup>1283</sup> sólo una vez que el testigo o acusado haya declarado oralmente, por completo y sin interrupción sobre los puntos eventualmente divergentes, puesto que el interrogatorio directo favorece posibles y espontáneas “retractaciones, correcciones o aclaraciones en el curso de la declaración misma”, lo que contribuye a la veracidad de la respuesta o, al menos, al juicio sobre su credibilidad<sup>1284</sup>. Por eso la doctrina señala que no procede interrumpir al testigo inmediatamente de producida una divergencia con su declaración anterior, porque ésta puede ser, más adelante y de manera espontánea, aclarada por él mismo sin necesidad de recurrir a la lectura del 714 LECRIM.

Asimismo, tampoco es procedente que el interrogatorio del testigo en el juicio oral se formule con constantes referencias a sus declaraciones anteriores, pues ello atentaría contra la libertad y espontaneidad del deponente al sentirse permanentemente presionado por

---

<sup>1282</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 264. En el mismo sentido, indicando que las *contestazione* deben *seguir* a la deposición y no al revés, CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 464.

<sup>1283</sup> Permítasenos seguir la nomenclatura utilizada por la doctrina italiana para referirse de manera sintética a las declaraciones prestadas por el testigo, perito o acusado durante el sumario que resultan divergentes o disconformes con aquellas prestadas en el juicio oral. CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 470.

<sup>1284</sup> ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 695.

la posibilidad de ser procesado por falso testimonio si no declara exactamente lo mismo que declaró en fase sumarial<sup>1285</sup>.

#### **4. Requisitos de forma para proceder a la lectura autorizada por el artículo 714 LECRIM**

##### **A) Petición de parte**

El tenor del artículo 714 LECRIM no presenta, a nuestro juicio, dudas de interpretación en torno a que la lectura del precedente disconforme podrá ser pedida por “cualquiera de las partes”.

Que el mecanismo que establece el artículo 714 LECRIM sólo puede ser activado por las partes nos parece armónico con la estructura de un sistema regido por el principio acusatorio que, por una parte, deja entregada la elaboración de la prueba al contradictorio de las partes, mientras que al tribunal sólo le son otorgadas facultades integrativas en materia probatoria y que, por otra, se caracteriza por la separación en órganos estatales distintos de las funciones de investigar y juzgar, por lo que el tribunal sentenciador no tiene ni debe tener conocimiento de las diligencias desarrolladas durante el sumario<sup>1286</sup>. Si esto realmente se cumpliera, tendríamos que concluir que el tribunal del juicio oral, por carecer de conocimiento acerca de las declaraciones sumariales del deponente, no está en condiciones de poder detectar una contradicción entre las declaraciones efectuadas por el mismo sujeto en el juicio y las

---

<sup>1285</sup> En este sentido, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 193; y VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 264.

<sup>1286</sup> En este sentido se pronuncia, con referencia a las *contestazioni* del CPPi, pero con argumentos aplicables a todo sistema procesal penal acusatorio, CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 466. En el sistema español, parece inclinarse por esta opinión DÍAZ CABIALE, José Antonio,

efectuadas en fase sumarial ni menos de instar de oficio por la lectura del artículo 714 LECRIM.

Sin embargo, en España, tanto la doctrina como la jurisprudencia, admiten que la lectura del artículo 714 LECRIM sea decretada de oficio por el tribunal lo cual puede encontrar sustento lógico en el conocimiento que en el sistema español posee el tribunal sentenciador del sumario en virtud de los artículos 622.1 y 626 LECRIM<sup>1287</sup>.

En efecto, la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles admite con amplitud que la lectura de artículo 714 LECRIM pueda ser decretada de oficio, llegando incluso a afirmar:

“No es pues una facultad discrecional de los jueces porque éstos, ante la contradicción existente respecto de dos declaraciones, la presente y la pasada, han de proceder inexcusablemente como marca la ley”<sup>1288</sup>.

En general los autores están de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, produciéndose discrepancias sólo a la hora de determinar el cauce legal de esta facultad oficiosa del tribunal. Para algunos, la lectura de oficio del precedente disconforme opera en virtud del artículo 729.3 LECRIM, dado el carácter de “prueba sobre prueba” con que se califica el mecanismo del artículo 714 LECRIM en atención a encontrarse destinado a controlar la fiabilidad de un medio de prueba por

---

*Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, cit., págs. 372-79.

<sup>1287</sup> En este sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de aportación...*, cit., pág. 378; y ASECIO MELLADO, José María, “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 21 (versión electrónica).

<sup>1288</sup> STS 599/1997, (Sala Penal), 30 abril, FJ. 3º, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz y las en ella citadas. En sentido similar, SSTs (Sala Penal), 8 noviembre 1991, FJ. 2º; (Sala Penal), 22 enero 1992, FJ. 3º; 1850/2002, (Sala Penal), 3 diciembre, FJ. 8º; 197/2005, (Sala Penal), 15 febrero, FJ. 4º; 338/2005, (Sala Penal), 16 marzo, FJ. 3º; 510/2008, (Sala Penal), 21 julio, FJ. 2º; y 208/2010, (Sala Penal), 18 marzo, FJ. 4º.



la vía de poner de relieve una contradicción o divergencia y requerir la pertinente explicación<sup>1289</sup>. Para otros, el cauce es el 729.2 LECRIM<sup>1290</sup>, opinión que no nos parece correcta en atención a las mismas razones por la que no creemos posible que la lectura regulada en el artículo 730 LECRIM pueda ser decretada de oficio por el tribunal<sup>1291</sup>. Finalmente, están los que sostienen que la vía procesal correcta es la facultad del Tribunal de “dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren” del artículo 708 LECRIM<sup>1292</sup>, opinión que nos parece técnicamente como la más apropiada y que, además, la jurisprudencia ha acogido.

En efecto, el TS, en sentencia de 4 de noviembre de 1996, ha señalado que no existe obstáculo para que, ante la pasividad o inadvertencia de las partes, pueda el Tribunal asumir la iniciativa de la lectura *ex* artículo 714 LECRIM y ello con la finalidad de lograr la mejor comprobación de los hechos, facilitar su labor de valoración de la prueba y contribuir al asentamiento de la verdad real o material. Añade la citada sentencia:

“Nada más lejos del quebrantamiento del principio acusatorio de que se trata de tachar al órgano judicial. Es más, y pese a que se parta de una lectura de actuaciones, la solicitud de la Presidencia no anda lejos de la

---

<sup>1289</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control...*, pág. 109.

<sup>1290</sup> Como en algún momento lo sostuvo la Fiscalía del Tribunal Supremo considerando que tal lectura poseía carácter de “diligencia de prueba”, citado por ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 421.

<sup>1291</sup> Véase *supra*. núm. IV, 5, C) del capítulo Quinto.

<sup>1292</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 421. La misma opinión es sostenida por VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 266; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 505.

potestatividad reconocida en el artículo 708, párrafo segundo, de la L.E.Cr., para dirigir a los testigos las preguntas que se estimen conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”<sup>1293</sup>.

## **B) Lectura de la declaración sumarial**

Del tenor literal del artículo 714 LECRIM se desprende que el procedimiento que ella establece consta de las siguientes etapas: a) declaración del testigo en el juicio oral; b) alegación de la parte interesada de existir una contradicción con la versión dada por el mismo testigo en fase sumarial y petición de recurrir a la lectura autorizada por el artículo 714 LECRIM; c) lectura de la declaración sumarial; y d) petición de explicaciones sobre la divergencia al testigo por parte del Presidente de la Sala.

Sin embargo la jurisprudencia ha relativizado el requisito formal de la lectura efectiva del precedente disconforme señalando que lo realmente importante es que la declaración sumarial se incorpore al plenario en términos de permitir someterla al contradictorio de las partes, incorporación que puede ser realizada bien *por lectura* de la misma o bien *por interrogatorio* de las partes sobre su contenido esencial, siendo suficiente en este último caso que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a las declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna<sup>1294</sup>. Asimismo, el TC ha considerado que, si de la

---

<sup>1293</sup> STS 821/1996, (Sala Penal), 4 noviembre, FJ. 2º y 3º, Ponente D. Francisco Soto Nieto. En sentido similar, STS 274/2004, (Sala Penal), 27 febrero, FJ. 1º, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer.

<sup>1294</sup> STS 106/2009, (Sala Penal), 4 febrero, FJ. 1º-V, Ponente D. Manuel Marchena Gómez. En el mismo sentido, SSTS 277/2008, (Sala Penal), 14 mayo, FJ. 1º; 654/2008, (Sala Penal), 30 octubre, FJ. 2º; 56/2009, (Sala Penal), 3 febrero, FJ. 5º; 319/2009, (Sala Penal), 23 marzo, FJ. 1º; 208/2010, (Sala Penal), 18 marzo, FJ. 4º, todas

lectura del acta del juicio oral se desprende que las partes pudieron interrogar al coimputado y lo hicieron sobre el contenido de sus declaraciones en la fase instructora, se cumplen las exigencias constitucionales de inmediación, publicidad y contradicción, de suerte que el contenido de las declaraciones sumariales del coimputado fue válidamente introducido en el plenario a través de los interrogatorios, de conformidad con el artículo 714 LECRIM<sup>1295</sup>.

En la doctrina española, son varios los autores que sostienen la necesidad de la lectura efectiva de la declaración sumarial disconforme<sup>1296</sup>, sumándonos a esta posición por las razones que pasamos a indicar:

a) La lectura del precedente disconforme permite al juez *controlar la efectiva producción de una contradicción o divergencia*<sup>1297</sup>, de ahí que no baste la mera alegación de las partes acerca de la existencia de la misma.

---

las cuales siguen la doctrina anteriormente sentada por el TC en las sentencias 137/1988 (Sala Segunda), 7 junio, FJ. 3º, Ponente D. Jesús Leguina Villa; 161/1990, (Sala Primera), 19 octubre, FJ. 2º; y 80/1991 (Sala Primera), 15 abril, FJ. 3º, actuando de Ponente en estas dos últimas D. Luis López Guerra. Sobre la posibilidad de introducir al juicio oral la declaración sumarial contradictoria a través de la lectura del acta o mediante el interrogatorio mismo, véase abundantes citas jurisprudenciales del TC en MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 691-92.

<sup>1295</sup> STC 10/2007 (Sala Primera), 15 enero, FJ. 4º, Ponente D. Manuel Aragón Reyes.

<sup>1296</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., pág. 264; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 267; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 508.

<sup>1297</sup> En este sentido se pronuncia MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Madrid, CGPJ, 1995, pág. 9 (versión electrónica).

En este sentido creemos que el artículo 714 LECRIM establece la lectura también como un medio de control del cumplimiento de los presupuestos y requisitos del procedimiento de confrontación o contraste entre declaraciones que establece esta norma, fundamentalmente en aquella parte que señala que después de leída:

“[E]l Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones *se observe*”<sup>1298</sup>.

Este control judicial de la efectiva producción de la disconformidad se encuentra regulado con mayor amplitud en el CPPi, en cuyo artículo 499.6 se prescribe que durante el examen del juicio, el Presidente del tribunal para asegurar, entre otros elementos, la corrección de las *contestazioni*, puede ordenar aún de oficio, si lo considera necesario, la exhibición del acta en la parte en la cual las declaraciones han sido utilizadas para la *contestazioni*. La posibilidad de exhibición total o parcial del acta, según proceda, nos parece una fórmula que complementa muy bien la lectura de la misma y que, según apunta la doctrina italiana, tiene por objetivo que el tribunal constate, entre otros requisitos, la correspondencia temática entre el precedente disconforme y la declaración del juicio, especialmente en aquellos casos en que se torna necesario por existir una duda o un desacuerdo entre las partes sobre el tenor de las declaraciones utilizadas para la contestación<sup>1299</sup>. De ahí que también se sostenga que debe ser ejercida sólo *ex post* y no de manera preventiva<sup>1300</sup>.

---

<sup>1298</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>1299</sup> Cfr. ILLUMINATI, Giulio, “Ammissione...”, en *La prova...*, cit., pág. 119.

<sup>1300</sup> Cfr. CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 466.

b) La lectura *garantiza el contradictorio, el derecho de defensa y la publicidad* que exige la práctica de la prueba en el juicio oral, especialmente para el acusado<sup>1301</sup>. Con ella se garantiza la plena actuación del contradictorio en un doble sentido. Por una parte, posibilitando al testigo o acusado refrescar la memoria acerca de aquello que declaró en fase de instrucción y así rectificar su versión del juicio para armonizarla con el precedente disconforme o retractarse, procediendo a explicar y justificar el cambio de versión y, por otra, permitiendo que se pueda también discutir acerca del sentido que debe atribuirse a lo declarado en el sumario para que, de esta forma, sea la propia dialéctica de las partes la que resuelva este punto<sup>1302</sup>.

c) La lectura, además, evita que se utilicen las declaraciones anteriores del testigo o acusado para formular *preguntas sugestivas o condicionar las respuestas del deponente* o sean manipuladas para provocar impresiones en el tribunal sentenciador que difícilmente pueden ser eliminadas con posterioridad<sup>1303</sup>. Lo anterior es un riesgo que se agrava por dos circunstancias. La primera, deriva de que, tal como ya lo hemos comentado, la LECRIM no contempla un específico poder judicial de control acerca de la corrección de la aplicación del régimen del artículo 714 LECRIM, que incluya la exhibición del acta que contiene el precedente disconforme, a semejanza del regulado en el artículo 499.6 CPPi. La segunda, porque la concisión o brevedad de las actas no facilita

---

<sup>1301</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 508; y ASENCIO MELLADO, José María, “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 23 (versión electrónica).

<sup>1302</sup> En este último sentido, ILLUMINATI, Giulio, “Ammissione...”, en *La prova...*, cit., pág. 119.

<sup>1303</sup> Cfr. ASENCIO MELLADO, José María, “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 23 (versión electrónica).

en nada la comprobación de la efectividad de divergencia ni permite determinar si la declaración sumarial precedente, lejos de ser contradictoria, en verdad sólo ha sido utilizada para sugerir respuestas o, simplemente, para desvirtuar la eficacia probatoria de la declaración del testigo o perito en el juicio.

d) La lectura pública constituye, además, un eficaz instrumento para poner en evidencia al testigo mendaz que es uno de los objetivos del examen cruzado<sup>1304</sup>.

e) Finalmente, la lectura del *precedente disconforme* es un instrumento que permite al tribunal que conoce el asunto por la vía de recurso constatar la efectiva producción de una contradicción o divergencia y verificar si la declaración sumarial fue o no objeto de un debido y adecuado debate en el acto del juicio, constatación que se tornará difícil de efectuar a la luz de la mera literalidad del acta del juicio oral, caracterizada por ser especialmente breve y escueta<sup>1305</sup>.

Por último, apuntar dos comentarios finales acerca de este tema. El primero dice relación con la proscripción de reemplazar esta lectura por la vieja fórmula de dar en el juicio oral “por reproducida” la declaración sumarial precedente, incluso con el consentimiento del acusado, prohibición que actualmente constituye una doctrina jurisprudencial consolidada y a la que ya nos hemos referido en este trabajo.

---

<sup>1304</sup> Cfr. VERGER GRAU, Joan, “Las pruebas ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Madrid, CGPJ, 1995, pág. 25 (versión electrónica).

<sup>1305</sup> En este sentido LUZÓN CUESTA, José María, *La presunción...*, cit., nota 41, pág. 31; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., pág. 508.

El segundo punto dice relación con que no creemos necesario que, para dar cumplimiento al requisito de lectura que prescribe el artículo 714 LECRIM, deba leerse la totalidad del acta donde consta la declaración sumarial disconforme. En este sentido nos adscribimos a la opinión de que sólo debe leerse la parte de la declaración que resulta divergente o que ha sido olvidada por el deponente en el juicio oral<sup>1306</sup> y ello aún cuando se corra el riesgo de que el conocimiento de una específica afirmación aislada del contexto en la que fue formulada, podría ser insuficiente para aprehender su verdadero significado<sup>1307</sup>. Sin embargo, la indicada “descontextualización” es un riesgo que nos parece menor y sus consecuencias más fáciles de subsanar, sobre todo por la defensa del acusado, que el riesgo y las consecuencias que podrían derivarse de una lectura total del acta, en la medida que la misma termine siendo utilizada como una manera subrepticia de introducir al juicio oral diligencias sumariales cuyo conocimiento está vedado al tribunal sentenciador, en tanto las mismas pueden referirse a otros puntos completamente ajenos a la divergencia y producir impresiones en el ánimo del juzgador ulteriormente difíciles de ser controladas y eliminadas<sup>1308</sup>.

---

<sup>1306</sup> En el mismo sentido, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 193.

<sup>1307</sup> ILLUMINATI, Giulio, “Ammissione...”, en *La prova...*, cit., pág. 119, citando a CARCANO D., *Le disposizioni sulla formazione della prova nel dibattimento [artt. 15, 16, 17, 18 e 19 l. 63/2001]*, in G. LATTANZI (a cura di), *Guida alla riforma del giusto processo. Lo stato della giurisprudenza e della dottrina*, Milano, Giuffrè, 2002, pág. 178.

<sup>1308</sup> En este sentido se pronuncian ILLUMINATI, Giulio, “Ammissione...”, en *La prova...*, cit., pág. 119-21; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 193-95. En sentido contrario, defendiendo la postura de la lectura integral de la declaración contrastada, cfr. CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 464.

Con todo, la extensión de la lectura será una cuestión de hecho que, en último término, habrá de ser resuelta por el tribunal y que, desde luego, la lectura parcial no podrá proceder en aquellos casos en que sea imposible delimitar los fragmentos de la declaración que resultan útiles para la confrontación que dispone el artículo 714 LECRIM<sup>1309</sup>.

**C) Garantías de la declaración sumarial leída *ex artículo 714 LECRIM con especial referencia al principio de contradicción***

Ya hemos señalado que las únicas declaraciones sumariales susceptibles de ser confrontadas con las prestadas en el juicio oral mediante el mecanismo establecido por el artículo 714 LECRIM han de revestir el carácter de diligencias sumariales de instrucción, esto es, rendidas ante el juez de instrucción.

Pero la jurisprudencia ha establecido que la declaración sumarial leída al amparo del artículo 714 LECRIM debe cumplir, adicionalmente, con dos requisitos o condiciones de validez: 1º) que en las diligencias de instrucción correspondientes se hubieren observado las formalidades y requisitos exigidos en la ley; y 2º) que se incorpore al debate del plenario el contenido de las anteriores manifestaciones prestadas en el sumario o diligencias previas, lo que ha de comprobarse con lo que consta en el acta del juicio oral<sup>1310</sup>.

---

<sup>1309</sup> En el mismo sentido, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 193.

<sup>1310</sup> STS 575/2008, (Sala Penal), 7 octubre, FJ. 2º. En el mismo sentido, entre muchas, SSTS 274/2004, (Sala Penal), 27 febrero, FJ. 1º; 740/2008, (Sala Penal), 18 noviembre, FJ. 3º; 56/2009, (Sala Penal), 3 febrero, FJ. 5º; 121/2009, (Sala Penal), 12 febrero, FJ. 4º; 106/2009, (Sala Penal), 4 febrero, FJ. 1º-V; y ATS 1689/2009, (Sala Penal), 2 de julio, FJ. 2º.



En lo relativo al principio de contradicción la jurisprudencia ha señalando que el artículo 24.2 CE, interpretado según el artículo 6.3 d) del CEDH, no exige que el precedente disconforme se haya rendido con efectiva contradicción, pues ello no siempre es legal o materialmente posible y que es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial<sup>1311</sup>.

Con base en esta doctrina, la jurisprudencia ha reconocido validez y entidad suficiente para justificar una condena a declaraciones sumariales inculpativas retractadas en el acto del juicio oral y leídas al amparo del artículo 714 LECRIM, pero que habían sido rendidas en el sumario sin contradicción alguna, en los siguientes supuestos: a) declaraciones sumariales prestadas en ausencia de la defensa del imputado por haberse producido antes de que éste hubiera alcanzado dicha condición; b) declaraciones sumariales prestadas en ausencia de la defensa del imputado por hallarse éste en rebeldía en el momento en que se prestaron; c) declaraciones sumariales prestadas en ausencia de la defensa del imputado porque éste declinó asistir a las mismas, pese a estar convocado; y d) declaraciones testificales prestadas en ausencia de

---

<sup>1311</sup> Entre muchas, STS 448/2009, (Sala Penal), 29 abril, FJ. 2º, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer, reproduciendo la doctrina sentada por el Pleno del TC en la sentencia 155/2002, 22 julio, FJ. 10º, Ponente D. Tomás Vives Antón. Sobre la abundante jurisprudencia del TC acerca de este punto, véase MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y medios...”, en *El proceso penal...*, cit., págs. 689-90.

la defensa del imputado por estar declarado secreto el sumario mientras éstas se prestaron<sup>1312</sup>.

Al hilo de lo anterior, el TC también ha establecido que la falta de contradicción en la producción de la declaración sumarial leída *ex* artículo 714 LECRIM, en ningún caso es argumento para sostener que su valoración para sustentar los hechos probados y la condena pueda ser contrario al derecho a un proceso con todas las garantías en tanto, de acuerdo a la doctrina del TEDH, lo importante es que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, sea en el momento en que presta la declaración sea con posterioridad<sup>1313</sup>.

En suma, con base en esta doctrina y aunque no es un tema pacífico, existe una importante corriente jurisprudencial que considera que el interrogatorio subsiguiente a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, opinión que ciertamente podemos compartir, pero en lo que no podemos concordar con esta doctrina jurisprudencial es en considerar que ese contradictorio tardío tiene el efecto de convertir al precedente disconforme en una prueba válida y plenamente valorable por el órgano jurisdiccional que, en tales casos, podrá fundar la condena *en una u otra versión de los hechos* optando por la que, a su juicio, tenga

---

<sup>1312</sup> Por todas, STS 448/2009, (Sala Penal), 29 abril, FJ. 2º, Ponente D. Francisco Monderde Ferrer y las en ella citadas, amén de su precedente STC 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º.

<sup>1313</sup> SSTC 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º, Ponente D. Tomás Vives Antón; 7/2004 (Sala Primera), 9 febrero, FJ. 10; y las en ella citadas.

mayor credibilidad<sup>1314</sup>. A dilucidar la exactitud de esta última aseveración jurisprudencial dedicaremos las páginas siguientes al referirnos al eventual valor probatorio del precedente disconforme leído *ex artículo 714 LECRIM*.

## **5. Valor probatorio de las declaraciones leídas al amparo del artículo 714 LECRIM**

### **A) Situación en el ámbito legislativo**

En España nos encontramos con dos normas que se refieren al régimen de contraste entre declaraciones sumariales y del juicio oral cuando, no obstante haber sido prestadas por la misma persona, difieren en su contenido.

La primera norma es la del artículo 714 LECRIM que ya hemos examinado. Señalar respecto de esta disposición que, al igual que su precedente el artículo 626 LECRIM 1872, de idéntico tenor, no proporciona ningún dato que de luces acerca del eventual valor probatorio de la declaración sumarial leída a su amparo con lo cual, en una interpretación meramente literal de la norma, sólo cabe descartar tal eficacia.

La segunda norma es el ya comentado artículo 46.5 LOTJ que dispone:

“El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a

---

<sup>1314</sup> Por todas, STC 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º, Ponente D. Tomás Vives Antón.

dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”.

Centrándonos exclusivamente en el punto que analizamos, dado que son varias las dudas que su literalidad admite y varias también las diferencias que esta norma presenta en relación al 714 LECRIM<sup>1315</sup>, lo cierto es que el artículo 46.5 LOTJ sí que se pronuncia sobre el tema estableciendo, básicamente, dos reglas:

a) La prohibición de lectura del precedente disconforme seguida de la orden de que dicha declaración previa se una al acta del juicio oral. Sobre el particular, tan sólo comentaremos la disfuncionalidad que presenta esta norma en tanto la “verbalización” del precedente disconforme, sea por lectura o a través del interrogatorio, se muestra absolutamente necesaria para constatar la existencia de una divergencia sustancial, fundamentalmente para que el propio jurado tome conocimiento y aprecie de primera mano dicha divergencia y pueda, en consecuencia, estar en condiciones de evaluar la credibilidad de la declaración del juicio a la luz de las explicaciones que acerca de la disconformidad proporcione el deponente y no se enfrente a un debate

---

<sup>1315</sup> Con relación a las dudas que el tenor literal de esta norma deja abiertas y a sus diferencias con el artículo 714 LECRIM, puede verse una acertada síntesis en ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., págs. 268-71; y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control...*, cit., págs. 113-18. Un análisis más exhaustivo de esta norma puede verse en ASECIO MELLADO, José María, “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 353-99; VERGER GRAU, Joan, “Las pruebas ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 401-71; y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 473-536.

“críptico” entre las partes y el deponente acerca de una supuesta e ignorada “contradicción”. De ahí que coincidamos con quienes afirman que el único sentido posible de la norma es que en el juicio el precedente disconforme sea reproducido oralmente, aunque no leído, mientras que la literalidad del mismo pueda ser conocida por el jurado sólo a través del acta del juicio oral<sup>1316</sup>. Pero aún así, pueden surgir dudas acerca del sentido de la orden de unir el precedente disconforme al acta del juicio oral si se contrasta con la segunda regla que pasamos a exponer<sup>1317</sup>.

b) La exclusión probatoria del precedente disconforme, el cual sólo puede ser utilizado en clave crítica de la declaración prestada en el juicio, esto es, como elemento para controlar y verificar la credibilidad de ésta, mas no como prueba positiva de los hechos en él afirmados.

El estudio acerca de la eventual eficacia probatoria de las declaraciones sumariales leídas en el juicio oral por ser divergentes con las prestadas en éste, se enfocará al artículo 714 LECRIM, pero creemos que el mismo necesariamente ha de abordarse incorporando el artículo 46.5 LOTJ, siquiera para poder dilucidar si ambas disposiciones verdaderamente se contraponen y si sobre el tema de las confrontaciones de declaraciones divergentes existen o no dos mecanismos diversos en el sistema procesal penal español, como parece desprenderse de la mera lectura literal de ambos preceptos.

Sólo añadir que sobre esta materia el artículo 500.2 CPPi estableció, a contar del año 2001, una regla que ha pretendido poner fin

---

<sup>1316</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control...*, cit., págs.113-14.

<sup>1317</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., págs. 270-71, para quien la unión del precedente disconforme al acta del juicio oral resulta completamente disfuncional con la prohibición del párrafo segundo del artículo 46.5 LOTJ.

al debate sobre la eficacia probatoria del precedente disconforme utilizado en las *contestazioni*, que claramente señala que, por regla general, las declaraciones leídas bajo este régimen pueden ser valoradas a los fines de la credibilidad del testigo<sup>1318</sup>, norma que también se aplica a las *contestazioni* hechas a las partes privadas e imputado de acuerdo al artículo 503.4 CPPi. Con todo, la regla de exclusión probatoria en el sistema italiano tiene tres excepciones que permiten la adquisición con fines probatorios del precedente disconforme. Tales excepciones son<sup>1319</sup>:

1) La contaminación de la prueba, que incluye todos aquellos casos en que, aún por circunstancias generadas en el propio juicio, hay elementos concretos para considerar que el testigo ha sido sometido a violencia, amenaza, oferta o promesa de dinero o de otra utilidad, con la finalidad de que no deponga o bien deponga en falso en el juicio (artículo 500.4 CPPi en concordancia con el artículo 111.5 Ci).

2) La segunda excepción deriva de las garantías con las cuales ha sido asumido el precedente disconforme e incluye a las declaraciones rendidas ante el juez en la audiencia preliminar según la norma del 422 CPPi. Tales declaraciones previas pueden ser utilizadas como prueba de

---

<sup>1318</sup> El artículo 500.2 CPPi señala: “Le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del teste”. Como textos ejemplares de esta polémica puede verse TONINI, Paolo, “Cade la concezione...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 1137-41 y la sentencia 255/1992, de la Corte Constitucional de Italia, 18 mayo de 1992, Giudice relatore Mauro Ferri, en <http://www.cortecostituzionale.it>. Para una síntesis de la misma, véase BALSAMO, Antonio, “L’inserimento nella Carta Costituzionale dei principi del «Giusto Processo» e la valenza probatoria delle contestazioni nell’esame dibattimentale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 45, nuova serie, anno XLV, 2002, págs. 471-94.

<sup>1319</sup> Sobre estas excepciones véase, entre otros, CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 480-85; GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 203-12; y TONINI, Paolo, *Lineamenti...*, terza ed., cit., págs. 330-31.

los hechos del juicio pero solamente en los careos o confrontaciones de las partes que han participado en su asunción, mientras que contra las otras partes son utilizables sólo como prueba de la credibilidad, salvo el caso de comprobada intimidación o soborno a que se refiere el artículo 500.4 CPPi (artículo 500.6 CPPi).

3) La tercera excepción deriva de la existencia de consenso de las partes, según la cual las declaraciones contenidas en el fascículo del Ministerio Público son utilizables a los fines probatorios si hay acuerdo de las partes (artículos 500.7 y 493.3 CPPi).

## **B) Situación en la doctrina**

Desde el punto de vista de la doctrina de los autores dos son, en principio, las posturas que se sostienen sobre la materia: aquella que otorga eficacia probatoria al precedente disconforme y aquella que le niega tal valor asignándole sólo eficacia en clave crítica de la declaración prestada en juicio, posturas éstas que pasamos a revisar a continuación.

### **a) Eficacia probatoria del precedente disconforme: teoría de la prueba compleja o del indicio corroborable**

Según esta postura, que puede pasar a denominarse *prueba compleja*, el precedente disconforme ingresa al acervo probatorio desde el momento en que se incorpora, sea por su lectura pública o a través del interrogatorio, al debate contradictorio en el juicio oral. Es precisamente la posterior contradicción a la que es sometido dicho precedente lo que *sanea* cualquier déficit inicial de este principio en su producción y termina por convertirlo en una prueba válida a los fines de la decisión del juicio en tanto, pese a formarse de una manera compleja, en su

producción se habrá respetado plenamente la dialéctica entre acusación y defensa<sup>1320</sup>. Algunos autores condicionan la eficacia de la declaración previa, además, a la necesidad de la lectura pública del precedente en el juicio oral y, en todo caso, a la licitud en la obtención del precedente disconforme<sup>1321</sup>.

En apoyo de esta postura se han sostenido variados argumentos que podemos sintetizar como sigue:

a') En estos casos la prueba testimonial, incluidas las confrontaciones, es elaborada en su conjunto en el contradictorio de las partes, delante del juez y que, en este contexto de garantías, la adquisición del precedente disconforme leído no disminuye el alcance del contradictorio.

b') Junto a ello, se ha dicho que la adopción del método acusatorio representa siempre un *medio* y no un *fin*, por lo que no constituye un valor absoluto, sino que debe permanecer funcional al propósito del proceso que está destinado a la comprobación judicial de los hechos del delito y de las responsabilidades, añadiendo que una aplicación excesivamente rígida del acusatorio puede perjudicar la

---

<sup>1320</sup> En este sentido, entre otros, en España, MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción...*, cit., pág. 99; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros, "Del modo...", en *Comentarios...*, cit., págs. 2659-60. En Italia, TONINI, Paolo, "Cade la concezione...", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 1137-41; CORBETTA, Stefano, "Principio del contraddittorio...", en *Giusto processo...*, cit., págs. 477-78; y BALSAMO, Antonio, "L'inserimento nella Carta Costituzionale dei principi del «Giusto Processo» e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 484-85.

<sup>1321</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 264-65.



“función cognoscitiva” del proceso y que “una justicia sin verdad desemboca en el atropello y la arbitrariedad”<sup>1322</sup>.

c’) Circunscribir el valor probatorio del precedente al sólo control de la credibilidad de la deposición del juicio significa introducir una importante limitación a las más esenciales implicancias del “justo proceso” y del principio del contradictorio, como son: el derecho a la prueba de las partes, la función cognoscitiva del método dialéctico de formación de la prueba y la orientación del proceso hacia la búsqueda de la verdad<sup>1323</sup>.

d’) La necesidad de que el principio de intermediación debe sufrir una derogación cuando la declaración del juicio no es genuina y, en cambio, se pueda comprobar que es atendible una declaración recogida antes del juicio y confrontada al testigo, puesto que el proceso no tiene por objeto afirmar principios teóricos, sino que debe permitir comprobar la verdad histórica sobre un hecho delictivo<sup>1324</sup>.

e’) No otorgar eficacia probatoria al precedente disconforme impone al juez una *prohibición irracional* al exigirle contradecir su propia y motivada convicción en aquellos casos en que el precedente disconforme es considerado verídico por el tribunal y por ello suficiente para establecer la inatendibilidad de la declaración del juicio, puesto que dicho precedente ha sido legalmente introducido en el juicio, examinado

---

<sup>1322</sup> CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 477-78 (traducción propia).

<sup>1323</sup> BALSAMO, Antonio, “L’inserimento...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., pág. 487.

<sup>1324</sup> Cfr. TONINI, Paolo, “Cade la concezione...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 1137-41.

en el contradictorio de las partes y, por consiguiente, ingresado al patrimonio del conocimiento del juez<sup>1325</sup>.

Una variante de esta postura, que podríamos denominar de *prueba compleja atenuada*, considera que si el testigo en el juicio, en trance de confrontación, *admite* haber rendido en fase sumarial el precedente disconforme leído, aún cuando persista en proporcionar en el juicio una versión diferente, dicha declaración previa ingresaría igualmente al patrimonio cognoscitivo del juez, justamente porque ha sido rendida en el juicio por boca del propio testigo<sup>1326</sup>.

Quienes defienden esta tesis señalan que esta *admisión* permite concluir que la declaración del deponente en el juicio se integraría por los siguientes tres elementos: a) declaración del juicio oral, b) declaración sumarial y c) explicaciones dadas por el deponente acerca de la disconformidad entre las declaraciones indicadas en las letras a y b. Siendo así, este conjunto de declaraciones podrá ser valorado por el tribunal auxiliándose con la inmediatez que le permitirá apreciar “la actitud mantenida por el declarante ante la confrontación y, sobre todo, la coherencia y plausibilidad de sus explicaciones sobre la disconformidad”<sup>1327</sup>.

---

<sup>1325</sup> Cfr. TONINI, Paolo, “Cade la concezione...”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, cit., págs. 1137-41. Cabe señalar, con todo, que el autor no mantiene esta postura en TONINI, Paolo, *Lineamenti...*, terza ed., cit., pág. 330, donde señala que el precedente disconforme sólo puede ser utilizado para valorar la *credibilità* del sujeto que ha rendido en el juicio una versión diferente o ha guardado silencio.

<sup>1326</sup> La citada postura ha sido la aplicada en la práctica italiana según nos cuenta CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 473-74.

<sup>1327</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 422.

Si bien es posible coincidir con esta última postura, lo cierto es que el asunto se torna más difícil cuando no media esta admisión por parte del declarante sino que, por el contrario, éste niega haber efectuado la declaración anterior o niega que la efectuó del modo que el documento leído indica.

En estos casos, siguiendo a Ortells<sup>1328</sup>, no cabe duda de que el documento leído y la reacción del deponente frente a su lectura pueden ser considerados por el tribunal para valorar la declaración emitida en el juicio oral; el problema, en cambio, surge a la hora de determinar si el precedente disconforme “negado” pueda tener valor de prueba positiva de los hechos en él narrados.

Para Ortells el precedente disconforme leído *ex* artículo 714 LECRIM “puede ser valorado en la sentencia con independencia de que la persona a quien se opone, admita o no haber efectuado esa declaración” con base en los siguientes tres argumentos:

a) Otorgar al artículo 714 LECRIM la función exclusiva de actuar como una prueba destinada a verificar la credibilidad de la declaración del juicio lo tornaría en innecesario y superfluo, toda vez que esa misma finalidad se cumpliría a través del mecanismo del artículo 729.3 LECRIM.

b) Si el artículo 714 LECRIM sólo sirve para constreñir al testigo a dar explicaciones acerca de la divergencia entre sus declaraciones del juicio y las previas, habría de nuevo que concluir que la norma es innecesaria y superflua toda vez que esa finalidad puede cumplirse

---

<sup>1328</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., págs. 422-27.

mediante las facultades generales de interrogación de los artículos 708 y 709 LECRIM.

c) Si el precedente disconforme no puede ser valorado como prueba positiva de los hechos, la única posibilidad que quedaría abierta para ingresar el contenido de esa declaración previa al juicio oral sería la declaración del juez de instrucción ante el cual se prestó dicha declaración, en calidad de testigo de referencia (artículo 710 LECRIM). Pero sucede que los jueces están autorizados a prestar declaración por escrito (artículo 703 LECRIM), por lo que su declaración mediante oficio “conduciría al absurdo de evitar una infracción al principio de inmediación con una nueva infracción de ese mismo principio”.

A mayor abundamiento, sobre la regla de exclusión contenida en el artículo 46.5 LOTJ, Ortells realiza un extenso análisis jurisprudencial que demuestra una clara divergencia entre el tenor literal del artículo y su aplicación práctica, mayoritariamente inclinada a otorgar prevalencia al artículo 714 LECRIM sobre la norma de la LOTJ y, junto con ello, permitir la valoración del precedente disconforme, máxime en aquellos casos en que la declaración previa se ha prestado con respeto al principio de contradicción y, específicamente, con intervención de la defensa resultando, en su opinión, “sorprendente que se le niegue a esa declaración la posibilidad de ser tomada como base de formación de la convicción”<sup>1329</sup>.

Otra de las teorías defendidas por quienes sostienen la eficacia probatoria a los fines de la sentencia del precedente disconforme es la

---

<sup>1329</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., págs. 293 y, en general, págs. 271- 98.

que podríamos denominar teoría del *indicio corroborable*<sup>1330</sup>, que corresponde a la recogida por el artículo 500.4 CPPi en 1992 antes de ser reformado en 2001<sup>1331</sup>, según el cual:

“Cuando, a continuación de la contestación, subsiste la disconformidad respecto al contenido de la deposición, las declaraciones utilizadas para la contestación son adquiridas en el fascículo para el juicio y son valoradas como prueba de los hechos en ellas afirmados *si subsisten otros elementos de prueba que confirman su atendibilidad*”<sup>1332</sup>.

Al respecto valga señalar que en su momento la doctrina italiana se mostró crítica en torno a esta norma, señalando que la misma importaba una clara derogación al principio de la libre convicción al establecer una regla legal en la valoración de la prueba<sup>1333</sup>.

En síntesis, según todas estas teorías el precedente disconforme ingresa al acervo probatorio del tribunal sentenciador y lo habilita para fundar en él una condena, es decir, para desechar la declaración rendida en el juicio y valorar derechamente la declaración previa por considerar insatisfactorias las explicaciones dadas por el deponente para justificar la divergencia. De esta forma el precedente disconforme adquiere la calidad de *prueba positiva*<sup>1334</sup> de los hechos en él narrados, pasando a formar una

---

<sup>1330</sup> ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 194.

<sup>1331</sup> Redacción dada al artículo 500.4 CPPi por la Ley núm. 356, de 7 de agosto de 1992 y suprimida por la Ley núm. 63, de 1 de marzo de 2001, relativa al justo proceso.

<sup>1332</sup> La cursiva es nuestra (traducción propia).

<sup>1333</sup> Cfr. LOZZI, Gilberto, *Lezioni...*, cit., pág. 270.

<sup>1334</sup> De acuerdo a la doctrina las reglas de prueba legal pueden desplegar una función *positiva* (de vínculo para el juez de considerar verdadera una afirmación probatoria en presencia de determinados presupuestos) cuanto una eficacia *negativa* (de prohibición para el juez de basar su propio convencimiento sobre resultados instructorios legislativamente carentes de valor persuasivo). Cfr. UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore...*, cit., págs. 121-22; y BUZZELLI, Silvia, “Il contributo dell’imputato

parte de la declaración del juicio (*prueba compleja*) o, al menos, a constituir *un indicio corroborable* con el resto de datos probatorios rendidos en el juicio oral.

**b) Ineficacia probatoria del precedente disconforme: teoría de la prueba negativa y de control de la credibilidad de la declaración prestada en el juicio oral**

Para esta postura el régimen de confrontación que establece el artículo 714 LECRIM impide, por una parte, que el precedente disconforme pueda ser *utilizado* por el juez para la decisión (*prueba negativa*) y, por otra, le otorga a tal precedente el *eventual* efecto de *paralizar* la eficacia probatoria de las declaraciones rendidas por el testigo (acusado o perito) en el juicio oral cumpliendo, en consecuencia, solamente el rol de ser barómetro de la credibilidad de estas últimas.

La doctrina italiana sintetiza muy bien el uso del precedente disconforme en clave puramente crítica de la declaración del juicio, señalando que si el testigo afirma en el juicio oral, por ejemplo, haber visto un automóvil *negro*, mientras que en el sumario declaró que el automóvil era de color rojo y, confrontadas al deponente ambas declaraciones, éste persiste en mantener la divergencia, sólo son tres los escenarios que podrían producirse como resultado de la confrontación: a) el juez considera que el testigo no es creíble cuando afirma haber visto un

---

alla ricostruzione del fatto”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Giulio, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, págs. 96-98. Con anterioridad se refieren a esta clasificación, entre otros, FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica...*, T. I, cit., págs. 31-32; con mayor claridad CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho procesal civil*, T. II, trad. cast. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944, págs. 471-72; y FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas...*, T. I, cit., págs. 360-62; y DOSI, Ettore, *Sul principio...*, cit., págs. 43-44.

automóvil negro; b) no obstante la disconformidad, el juez se convence que el testigo ha dicho la verdad en el juicio y que el automóvil era negro; y c) en todo caso, sobre la base de la confrontación el juez NO puede considerar probado que el automóvil fuese rojo desde el momento que aquella declaración (auto rojo) no ha sido adquirida por el proceso con fines probatorios y, por tanto, no concurre a la formación de la plataforma cognoscitiva utilizable por el juez para la decisión<sup>1335</sup>. Es decir, en el régimen de las confrontaciones el juez se enfrenta a un *dilema* a resolver valorando atentamente las reacciones del testigo: dar o no fe a la declaración del juicio oral; y no a un *trilema* en el cual se agrega la alternativa de creer en la declaración sumarial<sup>1336</sup>.

El carácter de prueba negativa del precedente disconforme es ampliamente destacado por la doctrina, señalando que su función se dirige sólo a desconocer eficacia a una prueba y a *verificar y controlar* la declaración del juicio y ello en razón de que la prueba, salvo las excepciones taxativamente previstas en la ley, es sólo aquella formada en el contradictorio de las partes<sup>1337</sup> y porque ambas declaraciones (la del

---

<sup>1335</sup> Cfr. CORBETTA, Stefano, "Principio del contraddittorio...", en *Giusto processo...*, cit., pág. 472.

<sup>1336</sup> FERRUA, Paolo, "L'indagine entra in dibattito solo attraverso il contraddittorio (il C. P. P ritrova lo spirito accusatorio)", en *Rivista Diritto e Giustizia*, 2001, 7, pág. 9 y, el mismo autor, en "Una garanzia «finale» a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-Bis C.P.P.", en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di TONINI, Paolo, Padova, CEDAM, 2001, págs. 523-24 (traducción propia).

<sup>1337</sup> ILLUMINATI, Giulio, "Giudizio", en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 695-96. En el mismo sentido, entre otros, PISAPIA, Gian Domenico, *Lineamenti del nuovo processo penale*, cit., pág. 108; BUZZELLI, Silvia, "Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto", en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., pág. 97; LOZZI, Gilberto, *Lezioni...*, cit., pág. 269-70; ROMBI, Natalia, "Prova penale", en *Aggiornamenti Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da Giovanni Treccani S.p.A, 2003, pág. 6; y GRIFANTINI, Fabio Maria, "Utilizzabilità...", en *La prova...*, cit., págs. 201-03.

sumario y la del juicio) no pueden considerarse entidades homogéneas, por cuanto no se trata de *dos pruebas* en sentido procesal que habiliten al juez para escoger cualquiera de ellas<sup>1338</sup>.

En cuanto a este rol de prueba negativa del precedente disconforme es útil aclarar que cuando se afirma que, con base en el precedente y las explicaciones dadas por el testigo en el juicio, se puede negar crédito a la declaración del juicio, ello sólo significa dar por no probados los hechos narrados en esta última en la forma *pasiva* que concluye “tales hechos no están probados”; pero no en la forma *activa* que concluiría afirmando “está probado que los hechos narrados en el juicio no son verdaderos”. La importancia del punto, advierte Ferrua, es clara: en el segundo caso, si lo declarado en el juicio y en el precedente disconforme fuesen términos complementarios, la negación sobre los hechos declarados en el juicio se traduciría deductivamente en la afirmación de la verdad de lo declarado en el sumario; no así en el primer caso donde lo que se niega no son directamente los hechos narrados en el juicio oral, sino la prueba de los mismos. En síntesis, “la declaración usada para las contestaciones no puede nunca servir para afirmar positivamente algo, sino simplemente para negar que haya sido probado aquello que se afirma en el juicio”<sup>1339</sup>.

---

<sup>1338</sup> Cfr. NOBILI, Massimo, “Lecture testimoniali...”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, cit., págs. 270-71.

<sup>1339</sup> FERRUA, Paolo, “L’indagine entra in dibattito solo attraverso il contraddittorio (il C. P. P ritrova lo spirito accusatorio)”, en *Rivista Diritto e Giustizia*, cit., pág. 9 y, el mismo autor, en “Una garanzia «finale» a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-Bis C.P.P.”, en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1º marzo 2001, n. 63)*, cit., págs. 523-24 (traducción propia). Citado también por CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., notas 25 y 28, págs. 472 y 474.



En cuanto a la naturaleza jurídica del régimen de las confrontaciones se ha señalado que se trata de una *modalidad de pregunta* que usa declaraciones precedentes en tanto, la declaración sumarial es útil no por aquello que afirma, que está formado fuera del contradictorio de las partes, sino porque constriñe al deponente a rendir cuenta del cambio en la versión de los hechos y que otorgarle eficacia probatoria sería irrazonable y contrario a una correcta acepción del libre convencimiento<sup>1340</sup>. Sin embargo, mayoritariamente se sostiene que la ineficacia probatoria a los fines de la sentencia del precedente disconforme constituye una verdadera *regla de exclusión probatoria*<sup>1341</sup>, en tanto se trata dicho precedente de un elemento formado fuera del contradictorio lo que le resta validez para poder ser considerado una auténtica prueba procesal.

La aclaración se formula porque con frecuencia la doctrina y jurisprudencia han defendido la teoría de que la eficacia probatoria de dicho precedente es una cuestión que atañe a la valoración de la prueba sosteniendo, entonces, que restarle eficacia constituye una regla de valoración de la prueba inserta indebidamente dentro de un régimen de libre convencimiento<sup>1342</sup>. Quienes sostienen esta última opinión olvidan

---

<sup>1340</sup> Cfr. GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 202 (traducción propia).

<sup>1341</sup> En este sentido, FERRUA, Paolo, “Una garanzia...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 523-25 y, del mismo autor, “L’indagine entra in dibattito...”, en *Rivista Diritto e Giustizia*, cit., pág. 9; ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., págs. 700-02; CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 471-72; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 202. En España, especialmente MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 518-19.

<sup>1342</sup> Sostiene esta postura, entre otros, BORRAJO INIESTA, Ignacio, “La prueba debe practicarse en el juicio oral: titubeos y dificultades para observar el derecho a ser presumido inocente en el proceso penal”, en *Tribunales de Justicia*, cit., pág. 736

que las reglas de valoración de la prueba determinan el valor de una prueba *legítimamente adquirida* y el precedente disconforme ni es prueba ni ha sido legítimamente adquirido, a lo menos, por la falta de contradicción en su formación y que racionalmente entendido el libre convencimiento supone la valoración sólo de aquel material probatorio recogido y producido en conformidad a la ley.

En cuanto al fundamento del valor de parámetro de credibilidad del precedente disconforme se ha sostenido que puede encontrarse en la noción de *relatividad probatoria* que permite que ciertos datos sólo puedan ser utilizados en el proceso con fines meramente de credibilidad o de *prueba negativa*, o sea, tal como lo hemos ya señalado, aptos solamente para descartar la eficacia probatoria de otros medios<sup>1343</sup>.

En Italia, como sabemos, el tema ha sido resuelto legislativamente con la nueva redacción dada al artículo 500 CPPi por la Ley núm. 63, de 1 de marzo de 2001, que adecuó la normativa de las *contestazioni* a las normas del *justo proceso*, especialmente al nuevo artículo 111 Ci. El coma 2 del actual artículo 500 señala expresamente que el precedente disconforme puede ser valorado a los fines de la credibilidad del testigo. De igual manera el tema fue zanjado por la jurisprudencia italiana mediante la decisión 36/2002 de la Corte Constitucional, en la cual dicha Corte declaró infundada la cuestión de legitimidad constitucional planteada respecto del artículo 500 comas 2 y 7 CPPi, señalando que del principio del contradictorio, al cual el artículo 111 Ci atribuyó expresamente un rol prevalente, se sigue la

---

y, el mismo autor, en “Presunción...”, en *La prueba...*, en Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 10 (versión electrónica).

<sup>1343</sup> Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación...*, cit., págs. 235-36.

*impermeabilidad* del proceso en la formación de la prueba respecto al material recogido en ausencia de la dialéctica de las partes<sup>1344</sup>.

En España los argumentos para negar la eficacia probatoria del precedente disconforme a los efectos de la sentencia y otorgarle sólo valor de criterio de credibilidad de la declaración del juicio, son de distinto orden tal como pasamos a revisar.

a') El tenor literal del artículo 714 LECRIM no permite concluir que la ley autoriza otorgar a la declaración sumarial leída eficacia probatoria a los fines de la decisión, mientras que si lo erige como un sistema que busca constreñir al deponente a explicar las razones de la divergencia en sus versiones, razón por la cual cabe concluir que el precedente leído y las explicaciones dadas sólo pueden servir para valorar la credibilidad de la declaración del juicio<sup>1345</sup>.

b') A idéntica conclusión se puede llegar a través de una interpretación sistemática de los artículos 714, 715, 954.3 y 741 LECRIM. El artículo 715 citado sólo permite perseguir al testigo por falso testimonio respecto de su declaración del juicio oral, con lo cual claramente la ley no otorga valor alguno a las declaraciones sumariales fuera de los casos expresamente previstos. El artículo 954.3 autoriza el recurso de revisión de sentencias condenatorias cuyo fundamento haya sido un testimonio declarado después falso por sentencia firme en causa criminal, lo cual impediría revisar la sentencia por esta causa en el caso de haberse fundado en una declaración sumarial previa leída *ex* artículo

---

<sup>1344</sup> Ordenanza 37/2002, Corte Costituzionale de Italia, 14 febrero 2002, Giudice relatore Giovanni Maria Flick, en <http://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>1345</sup> En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 518-19.

714 LECRIM, por cuanto su falsedad no es perseguible según el artículo 715 de la misma ley. Finalmente, la norma del 741 establece la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba apta para fundar la sentencia<sup>1346</sup>.

c') El déficit de contradictorio en la formación del precedente disconforme impide que el mismo pueda ser valorado como una prueba procesal, constituyendo simplemente un elemento que *sirve* al contradictorio pero que no está *formado* bajo su alero; entenderlo de otra manera equivale a confundir el instrumento con el producto. De esta forma, la incorporación del precedente disconforme al juicio oral, por la vía de su lectura o del interrogatorio, sólo constituye un contradictorio *sobre* una declaración sumarial formada unilateralmente sin que pueda otorgársele la virtualidad de transformar esta declaración previa en prueba procesal<sup>1347</sup>.

d') Otorgar eficacia probatoria al precedente disconforme es un asunto que no sólo atañe a los principios de contradicción e inmediación, sino que afecta a la totalidad del *modelo acusatorio*, una de cuyas principales premisas parte de de la estricta separación de las fases de instrucción y del juicio, siendo el fenómeno probatorio (formación y crítica de la prueba) exclusivo de la fase del juicio, con plena actuación del contradictorio, oralidad, inmediación y publicidad. De esta forma

---

<sup>1346</sup> En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., cit., pág. 272; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 224; MARTÍN GARCÍA, Pedro, “Una nueva doctrina de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, cit., págs. 740-41; y especialmente VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 247-52.

<sup>1347</sup> Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El nombre...”, en *La Ley*, cit., págs. 1731-32. En sentido similar, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 518-19

“otorgar el rango de prueba de cargo a una declaración gestada en un contexto con tan graves y plurales carencias (de *contradicción*, de *publicidad* y de *imparcialidad*) implica la bancarrota del modelo acusatorio”<sup>1348</sup>.

Por su parte, la irrupción en el sistema procesal penal español del artículo 46.5 LOTJ, que bien pudo convertirse en el argumento más fuerte a favor de la tesis de ineficacia probatoria del precedente disconforme, lo cierto es que no ha contribuido a esclarecer el debate. En efecto, esta norma adolece de una inconsistencia difícil de subsanar en tanto, por un lado, consagra una regla de exclusión probatoria a los fines de la sentencia de la declaración sumarial leída a su amparo y, de otro, ordena la unión del acta que la contiene al acta del juicio oral, con lo cual, aún estableciendo la inexplicable prohibición de lectura del acta, permite que el Jurado tome conocimiento integral de la declaración sumarial en el secreto de las deliberaciones, sin que pueda controlarse adecuadamente el exacto valor que le otorgan a través de la motivación del fallo, que sí que es un instrumento de control en el caso del enjuiciamiento regido por la LECRIM, especialmente si se considera el efecto que la lectura integral del precedente disconforme puede suscitar en el ánimo de los miembros del Jurado<sup>1349</sup>.

---

<sup>1348</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El nombre...”, en *La Ley*, cit., pág. 1733 (la cursiva es del autor).

<sup>1349</sup> Cuestión que ya había destacado SILVA MELERO, Valentín, *La prueba...*, T. II, cit., pág. 194 y que continúa siendo advertida por la doctrina. Así, por ejemplo, ORTELLS RAMOS, Manuel, “La prueba...”, en *La Ley del Jurado...*, Estudios de Derecho Judicial, cit., págs. 270-71; ASECIO MELLADO, José María, “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 24 (versión electrónica); VERGER GRAU, Joan, “Las pruebas...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 25 (versión electrónica); MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Algunas reflexiones...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial,

Con todo, existen posturas eclécticas sobre este punto entre los diversos autores españoles. Así, por ejemplo, Asencio Mellado sostiene que en el caso del acusado el precedente disconforme carece de eficacia probatoria y sólo puede ser considerado como criterio de credibilidad de lo declarado en juicio, en virtud de la prevalencia de los derechos constitucionales de que el mismo goza de conformidad al artículo 24.2 CE; mientras que en el caso de los testigos dicha ineficacia deriva de la regla de centralidad del juicio oral en la producción de la prueba, pero señala que *por vía de excepción* podría valorarse el precedente disconforme en casos en que concurren datos objetivos que indiquen presiones externas al deponente. Finalmente Asencio señala que la norma en cuestión no debiera ser aplicable a los peritos ya que ellos no declaran sino que emiten informes que contienen conclusiones científicas o técnicas, muchas veces variables y no tajantes, razón por la cual propone someter a interrogatorio a los peritos acerca de las discrepancias entre su informe escrito sumarial y el oral del juicio, existiendo libertad para el juez para valorar uno u otro informe según lo que parezca más oportuno y adecuado al caso concreto<sup>1350</sup>.

Por su parte, Vegas Torres, con base en la interpretación sistemática de los artículos 715 y 954.2 LECRIM, sostiene que la *única interpretación posible* que admite el artículo 714 LECRIM es que el precedente disconforme sólo tiene valor en clave crítica de la declaración del juicio, sin que pueda ingresar al acervo probatorio del juzgador para

---

cit., pág. 10 (versión electrónica); y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control...*, cit., págs. 113-14 y 62, págs. 116-17.

<sup>1350</sup> Cfr. ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 193 y, el mismo autor, “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 19-21 y 25-28 (versión electrónica).

fundar la sentencia, pero advierte que no se atreve a rechazar la línea jurisprudencial — que califica de *contra legem* — que otorga valor de prueba positiva al precedente disconforme dadas las múltiples razones de orden práctico que la sustentan<sup>1351</sup>. Mientras que para Díaz Cabiale la eficacia o ineficacia probatoria del precedente disconforme es una cuestión que pasa por una opción de política legislativa<sup>1352</sup>.

Finalmente apuntemos que existe cierto consenso en considerar que la regla de exclusión del 714 LECRIM puede e incluso debe admitir algunas excepciones, a semejanza de lo dispuesto por los artículos 500.4 CPPi y 111 párrafo 5 Ci, derivadas principalmente de amenazas o presiones indebidas a que son sometidos los testigos o coimputados con el objeto de retractarse de sus primeras declaraciones efectuadas en fase sumarial, lo cual es especialmente frecuente en los casos de enjuiciamientos de delitos de criminalidad organizada, tráfico de estupefacientes, terroristas o incluso relativos a la violencia de género<sup>1353</sup>.

---

<sup>1351</sup> Tales como: el tiempo transcurrido entre los hechos y el juicio, el temor de los testigos por posibles represalias de parte del acusado, la circunstancia de que en cierta clase de delitos como los terroristas normalmente los únicos datos inculpativos están constituidos por declaraciones de los inculpados ante la policía o ante el juez de instrucción que luego son retractadas en el juicio oral. Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., págs. 249-54.

<sup>1352</sup> Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión...*, cit., págs. 264-65.

<sup>1353</sup> Postulan la incorporación de esta excepción, entre otros, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 194 y, el mismo autor, en “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 27-28 (versión electrónica); VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción...*, cit., pág. 253; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima...*, cit., págs. 519-20; y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control...*, cit., nota núm. 62, págs. 116-17. Sobre el punto, puede verse además, CUERDA ARNAU, María Luisa, “El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 170-71; FUENTES SORIANO, Olga, “Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer”, en *Investigación y prueba en el*

### C) Situación en la jurisprudencia

Como consecuencia de la parquedad de la norma del artículo 714 LECRIM, la jurisprudencia del TC y TS ha sostenido, con base en ella, todas las posturas doctrinales analizadas en los acápites precedentes aplicándolas, además, tanto a las contradicciones detectadas entre las declaraciones sumariales y del juicio oral de testigos, acusados y peritos, por lo que la exposición que a continuación realizaremos sólo se centrará en los principales postulados de la jurisprudencia en torno a la eficacia probatoria del precedente disconforme leído *ex* artículo 714 LECRIM y no al ámbito de aplicación subjetivo de la citada norma, tema al que ya nos hemos referido en apartados anteriores.

Lo primero que hemos de señalar sobre este específico punto es que la doctrina jurisprudencial mayoritaria postula claramente la eficacia probatoria de la declaración sumarial previa en atención a que su reproducción en el juicio oral, en condiciones de intermediación, oralidad y publicidad y la posibilidad de que sobre ella se ejerza la debida contradicción, la transforma en una auténtica prueba procesal perfectamente valorable por el tribunal sentenciador, aún cuando su contenido sea distinto al de la declaración del juicio oral, todo ello según la mayor o menor verosimilitud que unas y otras le merezcan<sup>1354</sup>.

---

*proceso penal*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Coord. SANZ HERMIDA, Ágata, Madrid, Colex, 2006, págs. 247-49; y GARCÍA QUESADA, María Teresa, “El miedo...”, en *La prueba...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 3-4 (versión electrónica).

<sup>1354</sup> SSTC 137/1988 (Sala Segunda), 7 junio, FJ. 3º; 98/1990 (Sala Segunda), 24 mayo, FJ. 2º; 51/1995 (Sala Primera), 23 febrero, FJ. 2º; 115/1998 (Sala Segunda), 1 junio, FJ. 5º; 174/2001 (Sala Primera), 26 julio, FJ. 6-7; 25/2003 (Sala Segunda), 10 febrero, FJ. 3º-4º; 80/2003 (Sala Segunda), 28 abril, FJ. 7; 142/2003 (Sala Segunda), 14 julio, FJ. 7º; 10/2007 (Sala Primera), 15 enero, FJ. 2º; y ATC 245/2008 (Sala Primera), 23 julio, FJ. 2º. En el ámbito de la jurisprudencia del TS, por citar algunas de las más



El fundamento utilizado por la jurisprudencia para defender la eficacia probatoria del precedente disconforme no es otro que la libre convicción que posee el tribunal para apreciar la prueba, declarando al respecto que:

“La libertad de valoración de la prueba abarca necesariamente la posibilidad de otorgar mayor o menor fiabilidad a unas u otras entre aquellas manifestaciones que esa misma persona ha prestado a lo largo del proceso, sin que forzosamente haya de prevalecer el contenido de las prestadas en el juicio oral”<sup>1355</sup>.

Ya hemos comentado que la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles sujeta la valoración de la declaración sumarial leída *ex artículo 714 LECRIM* a una serie de requisitos que denomina “condiciones de validez de la prueba” y que básicamente se refieren a su incorporación al plenario sometiénola a la contradicción, lo cual puede hacerse a través de su lectura efectiva o por el interrogatorio de las partes sobre su contenido esencial; que se trate de una “declaración sumarial”, es decir, practicada en sede jurisdiccional con exclusión de las prestadas ante la policía; que la declaración leída haya sido realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias; y que el debate contradictorio al que se somete la declaración sumarial recaiga

---

recientes, véase SSTs 733/2007, (Sala Penal), 17 septiembre, FJ. 4º; 58/2008, (Sala Penal), 25 enero, FJ. 2º; 169/2008, (Sala Penal), 8 abril, FJ. 2º; 740/2008, (Sala Penal), 18 noviembre, FJ. 3º; 627/2008, (Sala Penal), 15 octubre, FJ. 1º; 768/2008, (Sala Penal), 21 noviembre, FJ. 4º; 106/2009, (Sala Penal), 4 febrero, FJ. 1º-V; 319/2009, (Sala Penal), 23 marzo, FJ. 1º, I; y 765/2009, (Sala Penal), 9 julio, FJ. 6º.

<sup>1355</sup> STS 338/2005, (Sala Penal), 16 marzo, FJ. 3º, Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. En sentido similar, SSTs (Sala Penal), 22 enero 1992, FJ. 3º; 599/1997, (Sala Penal), 30 abril, FJ. 3º; 197/2005, (Sala Penal), 15 febrero, FJ. 4º; y 335/2008, (Sala Penal), 10 junio, FJ. 24º.

sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales<sup>1356</sup>.

En cuanto al déficit de contradicción de que adolece el precedente disconforme, también hemos comentado que la jurisprudencia ha señalado que nunca se ha exigido que las declaraciones sumariales leídas en virtud del artículo 714 LECRIM hayan sido prestadas en condiciones de plena contradicción, porque ello muchas veces resulta material o jurídicamente imposible, siendo lo realmente relevante que se dé al deponente la efectiva oportunidad para que explique las diferencias; esto es, que el Tribunal pueda valorar con contradicción e inmediación la rectificación producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aportados por los declarantes<sup>1357</sup>.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia lejos de cuestionar la falta de inmediación judicial en la producción del precedente disconforme, señala que otorgarle o no credibilidad es una cuestión que atañe precisamente a la *inmediación* y, en consecuencia, sólo es competencia del tribunal de la instancia, y que, en tanto esta apreciación de los jueces no resulte contraria a la lógica, a las máximas de

---

<sup>1356</sup> SSTs 56/2009, (Sala Penal), 3 febrero, FJ. 5º; 277/2008, (Sala Penal), 14 mayo, FJ. 1º; 510/2008, (Sala Penal), 21 julio, FJ. 2º; 575/2008, (Sala Penal), 7 octubre, FJ. 2º; y ATS 1689/2009, (Sala Penal), 2 julio, FJ. 2º.

<sup>1357</sup> STC 161/1990, (Sala Primera), 19 octubre, FJ. 2º. En el mismo sentido, además de las citadas anteriormente en este trabajo, véase SSTC 155/2002 (Pleno), 22 julio, FJ. 10º; 57/2002 (Sala Primera), 11 marzo, FJ. 3º; 7/2004 (Sala Primera), 9 febrero, FJ. 10; y 1/2006 (Sala Primera), 16 enero, FJ. 4º y 5º. Por su parte, véase SSTs 22/2008, (Sala Penal), 17 enero, FJ. 1º; y 448/2009, (Sala Penal), 29 abril, FJ. 2º.

experiencia o a los conocimientos científicos, no son impugnables en el marco del recurso de casación<sup>1358</sup>.

Los pronunciamientos acerca de la inmediación en el ámbito del 714 LECRIM son múltiples, pero creemos muy ilustrador lo señalado sobre este punto por el TC, en orden a este mecanismo permite al tribunal sentenciador apreciar directamente el comportamiento del declarante y así formarse un juicio sobre su credibilidad, añadiendo:

“Es más, es a partir de tal apreciación cómo la Audiencia Provincial fundamenta su fallo, señalando que el declarante «ciertamente se mostró tibio y balbuceante en el acto del juicio en franca contradicción con [la] rotundidad de sus declaraciones iniciales tanto en la policía como en el Juzgado, si bien en una declaración posterior se desdijo de mucho de lo dicho antes». (...) Por ello este Tribunal puede utilizar la primera declaración a presencia del Juez, fresca y espontánea, tomada con todas las garantías para basar en ella la prueba de cargo frente a la prestada en el acto de juicio, viciada y torcida, prestada mucho tiempo después de los hechos y cuando ya ha podido sufrir influencias ajenas”<sup>1359</sup>.

Tal como lo señalamos anteriormente, de entre las diversas teorías que otorgan eficacia probatoria al precedente disconforme la jurisprudencia de los Altos Tribunales españoles mayoritariamente acoge la que hemos denominado *teoría de la prueba compleja*, señalando al efecto el TS que la incorporación de las declaraciones sumariales disconformes al debate del juicio, sea a través de su lectura o de otro

---

<sup>1358</sup> STS 169/2008, (Sala Penal), 8 abril, FJ. 12º, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater. En el mismo sentido, SSTs 319/2009, (Sala Penal), 23 marzo, FJ. 1º; 765/2009, (Sala Penal), 9 julio, FJ. 6º; y las precedentes en ellas citadas.

<sup>1359</sup> STC 25/2003 (Sala Segunda), 10 febrero, FJ. 4º, Ponente Dª. Elisa Pérez Vera. (El entrecomillado es de la sentencia).

modo, puede ser considerado:

“[A] todos los efectos *como si esas declaraciones hubieran sido hechas en el juicio oral*, siempre que hayan sido realizadas en la instrucción con todas las garantías y además haya sido debidamente satisfecho el principio de contradicción”<sup>1360</sup>.

Con todo, también hemos podido detectar una cierta recepción de la *teoría de la prueba compleja atenuada* que presupone que el deponente en el juicio *admita* haber prestado una declaración previa de signo contrario a la del juicio y aún cuando la divergencia se mantenga. Un ejemplo de esta tesis podemos encontrarla en el siguiente pronunciamiento del TS:

“Un examen del acta del Plenario acredita que a la vista de las declaraciones del testigo concernido *que no negó lo declarado en el Sumario, sino que manifestó no recordar lo declarado*, le fue leída su declaración, reconocida su firma, y, es más, manifestó que lo dicho entonces — y que en el Plenario no recordaba — era la verdad de lo que vio ..., [comprobándose] que el Tribunal [sentenciador] se condujo con total razonabilidad al conceder credibilidad a aquel testimonio, que, recordemos, *no* fue negado en el Plenario, sino [que] se alegó olvido y falta de recuerdo”<sup>1361</sup>.

Sin embargo, mucho más consolidada se encuentra la teoría del *indicio corroborable*, según la cual el precedente disconforme puede ser valorado a los efectos de la sentencia siempre que encuentre ratificación

---

<sup>1360</sup> STS 1850/2002, (Sala Penal), 3 diciembre, FJ. 8º, Ponente D. Joaquín Delgado García y las en ella citadas (la cursiva es nuestra). En sentido similar, STS 169/2008, (Sala Penal), 8 abril, FJ. 2º.

<sup>1361</sup> STS 1058/2009, (Sala Penal), 29 octubre, FJ. 2º, Ponente D. Joaquín Giménez García (la cursiva es de la sentencia).

en otras pruebas del juicio, es decir, la atendibilidad del precedente disconforme debe fundarse en su convergencia con el completo cuadro probatorio del juicio.

En esta última línea la jurisprudencia reciente ha establecido, además de las ya comentadas condiciones de validez de la prueba, ciertas *condiciones o criterios de valoración* del precedente disconforme leído al amparo del artículo 714 LECRIM y que parten de la base de reconocer la falta de inmediación judicial en la producción del precedente disconforme, alejándose con ello de la postura jurisprudencial relativa a la inmediación que citamos precedentemente. Estas condiciones de valoración son las siguientes<sup>1362</sup>:

1) La verosimilitud objetiva: dada la falta de inmediación judicial del precedente disconforme, su mayor credibilidad ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva, lo que significa que debe estar corroborado por otros hechos o indicios externos o periféricos u otros medios probatorios que lo doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el juicio oral.

2) Necesidad de motivación: precisamente por la falta de inmediación del precedente disconforme, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por una versión distinta de la que ha aflorado en el juicio oral.

---

<sup>1362</sup> STS 56/2009, (Sala Penal), 3 febrero, FJ. 5º. En el mismo sentido, SSTs 277/2008, (Sala Penal), 14 mayo, FJ. 1º; 335/2008, (Sala Penal), 10 junio, FJ. 24º; 510/2008, (Sala Penal), 21 julio, FJ. 2º; 575/2008, (Sala Penal), 7 octubre, FJ. 2º; 911/2008, (Sala Penal), 23 diciembre, FJ. 1º; 81/2009, (Sala Penal), 10 febrero, FJ. 5º; 431/2009, (Sala Penal), 29 abril, FJ. 3º; 208/2010, (Sala Penal), 18 marzo, FJ. 4º y ATS 1689/2009, (Sala Penal), 2 julio, FJ. 2º.

Al hilo del segundo de los requisitos o condiciones de valoración del precedente disconforme apuntados por la jurisprudencia citada, señalemos que el contrapeso que esta doctrina presenta viene dado precisamente por el deber de motivar la sentencia especialmente en aquella parte en que se valora la declaración sumarial sobre la prestada en juicio. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que la posibilidad de valorar el precedente disconforme o la declaración del juicio *no es un poder omnímodo* de los tribunales<sup>1363</sup> y que ante las declaraciones contradictorias el juzgador tiene la facultad de optar, pero no caprichosamente, sino que debe inclinarse por la que le merezca razonablemente más credibilidad *motivando y razonando la opción*<sup>1364</sup>.

Y es, precisamente, la racionalidad de la opción la que el TS ha señalado permanentemente como un elemento que ingresa al ámbito de control casacional, debiendo verificar:

“[Q]ue el proceso intelectual que ha llevado a la afirmación de la autoría del recurrente no adolece de ninguna grieta estructural que convierta lo que debiera ser un discurso coherente, ajustado a las reglas de la lógica formal, en una decisión puramente intuitiva, ajena al canon de racionalidad que ha de presidir toda valoración de la actividad probatoria”<sup>1365</sup>.

Finalmente señalemos que son ciertamente escasas las sentencias que consideran que el régimen de lectura que impone el artículo 714

---

<sup>1363</sup> Entre otras, SSTS 319/2009, (Sala Penal), 23 marzo, FJ. 1º; 274/2004, (Sala Penal), 27 febrero, FJ. 1º; 575/2008, (Sala Penal), 7 octubre, FJ. 2º; 106/2009, (Sala Penal), 4 febrero, FJ. 1º-V; y 208/2010, (Sala Penal), 18 marzo, FJ. 4º.

<sup>1364</sup> Por todas, STS 124/2009, (Sala Penal), 13 febrero, FJ. 4º, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano.

<sup>1365</sup> Por todas, STS 277/2008, (Sala Penal), 14 mayo, FJ. 1º, Ponente D. Manuel Marchena Gómez y las en ella citadas.

LECRIM sólo permite utilizar las declaraciones sumariales en clave crítica o como criterio de valoración de la credibilidad de la declaración del juicio. Las que hemos encontrado se incardinan en la jurisprudencia que relaciona el artículo 416 con el 714, ambos de la LECRIM, aplicable a testigos que, habiendo declarado en fase sumarial, optan por acogerse por primera vez a la dispensa legal del 416 LECRIM en el juicio oral. Ya sabemos que esta jurisprudencia no permite aplicar ni el artículo 730 LECRIM, al no constituir la dispensa legal una causa de imposibilidad material para reproducir la prueba en el juicio, ni el 714 de la misma ley, por ceder esta última norma ante el legítimo ejercicio de un derecho.

Si bien con un discutible alcance limitado a los casos regidos por el citado artículo 416 LECRIM, el TS ha sostenido expresa y claramente que el artículo 714 LECRIM es un *precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del juicio oral* a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca, la cual no ocurre cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, por cuanto ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario<sup>1366</sup>.

#### **D) Nuestra opinión**

Nuevamente centrándonos específicamente en el tema del eventual valor probatorio del precedente disconforme leído al amparo del

---

<sup>1366</sup> SSTS 129/2009, (Sala Penal), 10 febrero, FJ. 5º; 31/2009, (Sala Penal), 27 enero, FJ. 4º; y las en ellas citadas, Ponente en ambas D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

artículo 714 LECRIM, creemos que para dilucidar este punto debe distinguirse, al menos, dos situaciones diversas.

La primera dice relación con aquellos casos en que el precedente es admitido por el deponente e incorporado expresamente a su declaración del juicio oral, aún cuando se mantenga la divergencia. En tales supuestos se puede coincidir en considerar que el precedente pasa a integrar la declaración del juicio oral, pudiendo ser valorado por el tribunal sentenciador en igualdad de condiciones que la declaración misma del juicio oral y las explicaciones o excusas de olvido dadas en éste por el deponente. Siendo así, somos partidarios de la tesis de la *prueba compleja atenuada*.

La segunda se encuentra integrada por los casos en que el deponente niega haber efectuado la declaración previa o niega haberla efectuado del modo que señala el acta leída, persistiendo de este modo la divergencia y siempre que las explicaciones dadas por el deponente no resulten satisfactorias para justificarla.

Creemos que en estos casos, el precedente disconforme debe actuar, desde luego, como *prueba negativa* de lo declarado en el juicio, constituyendo un instrumento para medir la credibilidad de tal declaración, pero no concordamos en que pueda actuar a la vez como prueba positiva de los hechos en él narrados por oponerse a ello los siguientes argumentos:

1) El tenor literal del artículo 714 LECRIM nada establece en torno a la eficacia probatoria del precedente disconforme y, como norma de excepción, no cabe sino realizar una interpretación restrictiva de la misma.



2) Por idéntica razón, los argumentos que la doctrina proporciona para otorgar eficacia probatoria a dicho precedente, creemos no responden a la interpretación restrictiva que debe dársele a la norma del 714 LECRIM, mientras que nos parece más acorde a aquélla la sistemática que algunos autores proponen y que indica que el artículo 714 LECRIM ha de interpretarse a la luz de los artículos 715, 954.3 y 741 LECRIM, todos los cuales, como hemos visto, apuntan a la ineficacia probatoria a efectos de la sentencia del precedente disconforme y a fortalecer el principio de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba.

3) Porque esta postura ha sido precisamente la acogida por el legislador de la LOTJ de 1995 que, aunque con los defectos que hemos apuntados, establece la ineficacia probatoria de la declaración sumarial leída al amparo del régimen de confrontaciones que establece la LOPJ y su antecedente, el artículo 714 LECRIM.

4) Porque esta postura resulta coherente con la exigencia impuesta por la presunción de inocencia en torno a que, por regla general, la prueba apta para desvirtuarla es la practicada en el juicio oral (artículo 741 LECRIM), puesto que sólo en dicha audiencia se cumple adecuadamente con las garantías procesales que deben rodear la práctica de la prueba: la contradicción, inmediación judicial del tribunal sentenciador, la oralidad y la publicidad, no constituyendo, por todo lo dicho, las lecturas autorizadas por el artículo 714 LECRIM una de las excepciones que esta regla admite.

5) Porque también resulta coherente con una de las exigencias que más claramente impone el principio acusatorio y que la jurisprudencia italiana ha llamado *impermeabilidad* del proceso en la formación de la

prueba respecto al material recogido en ausencia de la dialéctica de las partes<sup>1367</sup> y con el correcto entendimiento del principio del libre convencimiento que supone libertad para apreciar sólo aquellos elementos que realmente poseen la calidad de prueba procesal, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.

Con base a lo expuesto podemos concluir que, en la medida que el precedente disconforme sea negado en el juicio oral, el régimen que establece el artículo 714 LECRIM no constituye una auténtica excepción a la regla que establece el artículo 741 LECRIM, cumpliendo la diligencia sumarial leída a su amparo sólo la función de actuar como parámetro de credibilidad de la verdadera prueba procesal, esto es, de la declaración prestada en juicio y de las explicaciones que el deponente exponga para justificar la divergencia. Con ello se cumple uno de los más importantes requisitos que impone la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad penal del acusado, en tanto no se estaría valorando un material — el precedente disconforme sumarial — que carece de las exigencias mínimas para constituir una auténtica prueba procesal al no haberse producido durante el juicio oral con todas las garantías legales y constitucionales.

Todo lo anterior creemos que no impide, en absoluto, el establecimiento de excepciones a la ineficacia probatoria del precedente disconforme y el establecimiento de condiciones generales para que el mismo, en cualquier caso, pueda llegar a tener valor probatorio a efectos

---

<sup>1367</sup> Ordinanza 37/2002, Corte Costituzionale de Italia, 14 febrero 2002, Giudice relatore Giovanni Maria Flick, en <http://www.cortecostituzionale.it>.

de la sentencia. Las siguientes propuestas las formulamos a la luz de la regulación contenida en el artículo 500 coma 4 y 6 CPPi:

a) Como excepción a la ineficacia probatoria del precedente disconforme podría incluirse de manera general aquellos casos en los que se acredite, con datos objetivos, la concurrencia de presiones, amenazas u ofertas de premios a los testigos para no atestiguar o hacerlo en falso durante las sesiones del juicio oral; y

b) Como condiciones generales para que el precedente disconforme pueda llegar a tener eficacia probatoria creemos que el mismo debe haberse producido en la fase sumarial o de investigación con contradicción y plena intervención de la defensa del acusado y, en el caso específico de este último, además sólo una vez que haya adquirido la calidad de imputado o procesado y se le haya efectuado la advertencia de que todo lo que declare puede ser utilizado en su contra durante el juicio oral.

Además de ello, en el caso del acusado o de un testigo, creemos que la lectura del artículo 714 LECRIM debiera ser improcedente en todos aquellos casos en los que el acusado o el testigo ejerzan en el juicio oral, respectivamente, su derecho a guardar silencio o alguna dispensa legal de las contempladas en los artículos 416 a 418 LECRIM. Esto último porque admitir la eficacia probatoria del precedente disconforme en estos dos últimos supuestos, aún cuando haya sido producido en condiciones de plena contradicción, implica a nuestro juicio vaciar de contenido a tales derechos y tornar ilusorio su ejercicio, amén de que el carácter neutral del silencio no es apto para generar la contradicción real y efectiva que exige el mecanismo del artículo 714 LECRIM.

## **II. LECTURA DE DECLARACIONES PREVIAS EN CASO DE OLVIDO, CONTRADICCIÓN O CONFUSIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 332 CPPCH**

### **1. Introducción y aclaraciones previas**

La posibilidad de leer durante el juicio oral declaraciones previas prestadas por testigos, acusados o peritos con la finalidad de ayudar a la memoria del deponente, superar contradicciones o aclarar puntos oscuros se encuentra regulada en el artículo 332 CPPCh, el cual dispone:

“Artículo 332. Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral. Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado”.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 334 CPPCh y en armonía con la regla general que consagra la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba procesal destructora de la presunción de inocencia, contenida en los artículos 296 y 340 inciso segundo, ambos del CPPCh, el inciso primero del artículo 329 CPPCh establece que la declaración personal del testigo o perito no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332.

Pero para comprender mejor el sentido y especificidad del artículo 332 CPPCh cabe citar algunas reglas establecidas en otras disposiciones del CPPCh en relación al examen de testigos y peritos que, en principio, podría parecer que cumplirían objetivos similares que el artículo 332, pero que en una análisis más detenido se advierte con claridad que el ámbito de aplicación y efectos de aquéllas son completamente diferentes de éste. Las indicadas reglas son las que siguen:

a) El inciso cuarto del artículo 329 CPPCh señala que una vez que el testigo o perito es examinado por las partes del juicio, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al deponente con el fin de aclarar sus dichos. Respecto de esta norma se dejó establecido en los trabajos parlamentarios que estas preguntas no pueden referirse a hechos *no comprendidos en su declaración*, sino que debían tener por objeto solamente aclarar puntos oscuros o contradictorios de *la misma*<sup>1368</sup>. La aclaración es interesante para diferenciar la hipótesis del artículo 332 CPPCh de esta facultad aclaratoria del TJOP, puesto que, como veremos, el artículo 332 supone un contraste entre dos declaraciones distintas dadas por el mismo sujeto en diversas fases procedimentales. Con todo, esta facultad de solicitar aclaraciones al deponente puede llegar a cumplir algún rol en el mecanismo contemplado en el artículo 332 CPPCh, como veremos en su momento.

b) Por su parte, el inciso quinto del artículo 329 CPPCh dispone que:

---

<sup>1368</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, arts. 364 y 365, diario de sesiones del Senado, pág. 328.

“A solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia”.

Sobre este último inciso cabe señalar que la norma original contenida en el proyecto de CPPCh establecía, en su entonces artículo 382, la facultad oficiosa del TJOP de, si lo estimaba necesario, ordenar una declaración complementaria de testigos o peritos que ya hubieren declarado, pudiendo incluso disponer confrontaciones entre testigos, entre un testigo y el acusado o entre coacusados. En el Senado esta norma se incorporó en un solo artículo relativo a la prueba testimonial y pericial y se eliminó la posibilidad de decretar confrontaciones. En torno a la facultad de ordenar declaraciones complementarias, el Senado optó por mantenerla con la advertencia que, si bien podía incitar a los jueces del TJOP a transformarse en investigadores, lo cierto era que resultaba conveniente prever esta facultad para aquellos casos en que los planteamientos de los abogados fueran incompletos y los jueces tuvieran la convicción de que sus dudas podrían ser aclaradas mediante una nueva interrogación al testigo o perito. Resolvió, además, que esta facultad se podía ejercer de oficio o a petición de parte<sup>1369</sup>. Como la Cámara de Diputados se opuso a que esta facultad fuera ejercida de oficio, para así darle un carácter más *adversarial* al juicio oral, el artículo en cuestión pasó a la Comisión Mixta de Senadores y Diputados la que le dio su actual redacción<sup>1370</sup>.

---

<sup>1369</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, arts. 364 y 365, diario de sesiones del Senado, pág. 329.

<sup>1370</sup> *Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Penal*, Artículos relativos a materias específicas, arts. 364 y 365 Cámara de Diputados y 331 Senado, pág. 31. Recordemos que el régimen de

De acuerdo a la doctrina nacional, la facultad de solicitar al TJOP una declaración complementaria de los testigos y peritos que ya hubieren declarado en el juicio, busca salvar el inconveniente que puede producirse cuando un mismo testigo o perito es ofrecido por las diferentes partes del proceso pero para declarar sobre hechos o puntos distintos no comprendidos en su primera declaración, o cuando se quiera invertir las reglas relativas al orden de la interrogación (inciso tercero del artículo 329 CPPCh) o cuando hayan surgido dudas o contradicciones con ocasión de la declaración de *otro testigo o perito*, evitándole al deponente una segunda comparecencia al juicio oral<sup>1371</sup>. Concordando con esta opinión, podemos concluir que el ámbito de aplicación de esta facultad no abarca en caso alguno los supuestos de aplicación del artículo 332 CPPCh.

c) Finalmente, el artículo 330 CPPCh establece los métodos de interrogación, señalando en su inciso primero que en los interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta, para en el inciso segundo añadir lo siguiente:

“Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”.

---

juzgamiento y decisión consagrado en el CPPCh ha sido catalogado de “adversarial”, entendiéndose por tal el régimen caracterizado “por generar un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso penal, frente a un tribunal al que no se otorgan facultades de impulso ni iniciativa probatoria”. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones...*, cit., pág. 268.

<sup>1371</sup> HORVITZ LENNON, María I., “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., págs. 271, 295 y 303.

La norma continúa prohibiendo, ya se trata del interrogatorio o del contrainterrogatorio, la utilización de preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito y las formuladas en términos poco claros para ellos, para terminar señalando en su inciso final que estas normas se aplicaran también al imputado cuando se allanare a prestar declaración.

Con relación al artículo 330 CPPCh cabe señalar que el mismo no estaba incluido en el proyecto de CPPCh en el que, en cambio, se contemplaba la prohibición absoluta de utilizar preguntas capciosas o sugestivas (artículo 123 del Proyecto CPPCh). El artículo fue aprobado sin enmiendas en la Cámara de Diputados, pero en el Senado se advirtió la inconveniencia de contemplar una prohibición tan absoluta respecto de las preguntas *sugestivas*, sobre todo para el contrainterrogatorio, dado que esta clase de preguntas se valen de la información proporcionada por el propio testigo. De esta manera, se señaló que la garantía debía consistir en que el abogado que participa en el *interrogatorio* no introdujera información adicional a la entregada por el testigo o que deliberadamente lo indujera a error, pero que era consustancial a la diligencia *que se confronte al testigo con sus propios dichos*, y, por lo tanto, debía ser posible dirigirle preguntas sugestivas pero bajo ciertas reglas, cuya pertinencia debía ser valorada por el tribunal. Finalmente se concluyó que era necesario incorporar expresamente normas sobre la materia, y ubicar este artículo en el Párrafo relativo al desarrollo del juicio oral, considerándolo como un artículo cuyo epígrafe indicara “métodos de interrogatorio”<sup>1372</sup>.

---

<sup>1372</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 216, diario de sesiones del Senado, págs. 221-22.



Con base en estos antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 330 CPPCh y especialmente del tenor literal de su inciso segundo, debemos entender que la frase “sus propios dichos u otras versiones de los hechos *presentadas en el juicio*” se refiere exclusivamente a aquello que el testigo o perito declaró en el juicio oral durante el *interrogatorio* efectuado por la parte que lo presentó como medio de prueba o, incluso, puede entenderse que la referencia a “otras versiones de los hechos presentadas en el juicio” atañe a declaraciones de otros testigos o peritos prestadas en el mismo juicio oral. De esta forma, la posibilidad de confrontar al testigo o perito durante el *contrainterrogatorio* se limita exclusivamente a lo declarado por éstos o incluso por “otros” pero en el *mismo juicio oral*, pudiendo incluirse en las preguntas del *contrainterrogatorio* parte de aquellas declaraciones, pero en caso alguno incluye la posibilidad de confrontar al testigo o perito con sus declaraciones prestadas con anterioridad al juicio oral, posibilidad esta última que encuentra específica y única regulación en el artículo 332 CPPCh.

Recordemos finalmente que la normativa contenida en el inciso segundo del artículo 330 CPPCh concuerda plenamente con la doctrina italiana que señala que las declaraciones ajenas integran el “conocimiento privado” de las partes, pudiendo ser utilizadas como una modalidad de *interrogatorio* que permite verificar la coherencia interna y la constancia en la deposición<sup>1373</sup>.

---

<sup>1373</sup> CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., págs. 463-64; e ILLUMINATI, Giulio, “Giudizio”, en *Compendio...*, 3ª ed., cit., pág. 695.

Despejadas estas posibles confusiones, dedicaremos las páginas siguientes a estudiar el real alcance y sentido de la norma del artículo 332 CPPCh, advirtiendo desde ya que, al igual que en el caso del artículo 714 LECRIM, buscaremos dilucidar el tema central que atañe a esta clase de lecturas, cual es, el relativo al valor probatorio que eventualmente pueda otorgársele a las declaraciones previas leídas a través de este mecanismo y, junto con ello, determinar si realmente el artículo 332 CPPCh establece supuestos que hacen excepción a la regla general de la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba procesal de los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh.

## **2. Historia fidedigna del establecimiento del artículo 332 CPPCh**

La norma incluida en el proyecto de CPPCh era bastante similar a la aprobada en definitiva<sup>1374</sup>, señalándose en los trabajos parlamentarios de este Código que la norma en cuestión consultaba como fuente en el Derecho comparado el §253 StPO alemana que, recordemos, admite la lectura de anteriores declaraciones para superar olvidos o contradicciones respecto de los testigos y peritos (§ 253 StPO). Sin embargo no se citó el § 254.2 StPO que es la norma que permite tales lecturas con la finalidad de aclarar contradicciones respecto de *acusado*.

Nuevamente llama la atención la total ausencia de debate por parte de los legisladores en torno al eventual valor probatorio de las

---

<sup>1374</sup> “Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral. Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, en el interrogatorio se podrá leer parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal del ministerio público o ante el juez de control de la instrucción, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito el informe que él hubiere elaborado.”

declaraciones leídas a través de este mecanismo centrándose la discusión, en cambio, sólo en la posibilidad de incorporar a la norma las declaraciones previas prestadas por testigos o peritos ante la policía, incluso por delegación del ministerio público en conformidad al artículo 91 CPPCh, tema al que no referiremos más adelante.

Siendo así, la norma en cuestión sólo fue objeto de modificaciones formales en ambas ramas del Congreso Nacional y ello a pesar de que durante los trabajos parlamentarios fueron consultados diversos expertos extranjeros.

Entre estos expertos destaca Giovanni Salvi, Magistrado Juez del Tribunal de Apelación y Fiscal Sustituto ante la Procuraduría de Roma, quien advirtió cuál era el problema central de la disposición en estudio y destacó la falta de regulación que el tema tenía en el proyecto, señalando textualmente:

“En el proyecto chileno de Código, está en los artículos 367 y 369, se hace referencia a la posibilidad de utilizar la transcripción de las declaraciones del testigo o del perito durante la investigación preliminar. Se dice que esto se puede hacer para ayudar la memoria del testigo, del acusado o del perito, para demostrar o superar contradicciones o para que la persona haga las aclaraciones adecuadas, *pero no se dice cuál es el valor probatorio de las declaraciones realizadas durante la investigación preliminar*. Estos artículos van a permitir que, a través de la interpretación jurisprudencial, se le otorgue valor probatorio pleno a las declaraciones verbales o escritas realizadas en la investigación preliminar. Esto puede ser incluso razonable, porque

el contradictorio oral tiene lugar sobre las pruebas que se han recogido y con testigos que pueden no recordar, pero es una opción que hay que tomar en forma muy consciente, porque cambia completamente el significado de la indagación preliminar”<sup>1375</sup>.

Ante la ausencia de antecedentes relativos a la historia fidedigna del establecimiento del artículo 332 CPPCh, para poder dilucidar su real sentido y alcance sólo cabe concentrarse en su tenor literal, en una interpretación sistemática del mismo teniendo presente la totalidad del sistema instaurado en el CPPCh y, desde luego, en la interpretación que le otorga al mismo la jurisprudencia chilena, cuestión que analizaremos más adelante.

Sólo añadir en este apartado que esta norma ha sido objeto de una sola modificación legal, introducida por la ley núm. 20.253 de 2008, destinada a agregar la frase “el abogado asistente del fiscal, en su caso”<sup>1376</sup>.

---

<sup>1375</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Discusión General, 1.9: Consultas a los invitados extranjeros sobre el valor de las pruebas reunidas durante la investigación y otras materias, Intervención Fiscal Sr. diario de sesiones del Senado, págs. 66-67. (La cursiva es nuestra).

<sup>1376</sup> Respecto de esta modificación cabe señalar que la misma tiene su origen en una indicación presidencial, la núm. 72, por la que se propuso intercalar un número nuevo, que incorporara al abogado asistente del fiscal en el texto del inciso primero del artículo 332 del Código Procesal Penal. Al respecto el señor Fiscal Nacional destacó que los acuerdos de la Comisión acerca de la intervención en los procesos del abogado asistente del fiscal le han reconocido la facultad para recibir las declaraciones de testigos, más no la del imputado; éste, según los artículos 193, 194 y 326 del Código Procesal Penal, sólo puede declarar frente al fiscal. Por tanto, el abogado asistente, en el juicio oral, sólo puede hacer fe de las declaraciones prestadas ante él por los testigos, por lo que era necesario introducir la distinción correspondiente, para que no cupiere duda que la disposición, en lo que respecta a los abogados asistentes del fiscal, sólo se refiere a las declaraciones de los testigos. Finalmente, recogiendo la sugerencia del Fiscal Nacional, la Comisión adicionó la frase que se intercala en el artículo 332, con la expresión “en su caso”, para denotar que las declaraciones prestadas ante el abogado

### **3. Presupuestos para proceder a las lecturas autorizadas por el artículo 332 CPPCh**

El presente apartado lo elaboraremos con base a lo ya comentado con ocasión del análisis efectuado sobre los presupuestos para proceder a las lecturas autorizadas por el artículo 714 LECRIM, remitiéndonos en lo sustancial y pertinente a lo dicho en aquella oportunidad y sólo resaltando los aspectos específicos de la normativa chilena.

#### **A) Presencia del testigo, acusado o perito en el juicio oral**

Este requisito fluye con claridad del artículo 332 CPPCh al señalar que:

“Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración”.

De tal manera que para proceder a las lecturas autorizadas por esta norma es imprescindible que el testigo, perito y, con mayor razón, el acusado comparezca al juicio y declare. Este requisito, además, permite aseverar que el mecanismo contemplado en el artículo 332 CPPCh no constituye una excepción a los principios de contradicción y, especialmente, al de intermediación judicial, advirtiendo nuevamente que esta afirmación sólo es procedente si se opta por restar todo valor probatorio a la declaración leída a su amparo, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

Tal como apuntamos con ocasión del estudio del artículo 714 LECRIM, en el caso del mecanismo contemplado en el artículo 332

---

asistente del fiscal a las que se podrá dar lectura son las formuladas por los testigos. Cfr. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*

CPPCh es evidente que también se exige la *completa identidad física* entre el testigo, perito o acusado que declaró en fases previas al juicio oral y aquel que declara en la audiencia de juicio. Esta exigencia deriva principalmente de una razón lógica, en tanto no es posible exigir a un testigo que asuma como propias las declaraciones divergentes de otro y que se le imponga explicar dicha divergencia.

Pero, además, en el caso chileno se pueden adicionar dos razones de texto. La primera, porque el propio artículo 332 CPPCh señala que “se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de *sus* declaraciones anteriores”; y, la segunda, porque la eventual confrontación con las declaraciones que *otros* han prestado en el juicio oral se contempla sólo como un método de interrogación en el marco de un conainterrogatorio según el inciso segundo del artículo 330, ya estudiado y con la limitación de que deben tratarse de declaraciones previas pero prestadas dentro del juicio oral y no en fases anteriores.

En este sentido la jurisprudencia chilena ha señalado con claridad que resulta improcedente que, a través del artículo 332 CPPCh, se proceda a leer en la audiencia del juicio oral las declaraciones de un tercero para refrescar la memoria de un testigo presentado por el Ministerio Público, que nada había manifestado al respecto, puesto que la norma sólo autoriza la lectura de los *propios asertos*, pero no los de un extraño<sup>1377</sup>.

---

*del Senado Ley núm. 20.253*, Boletín núm. 4321-07, de 8 de agosto de 2007, diario de sesiones del Senado, pág. 379.

<sup>1377</sup> SCS, 23 septiembre 2005, Rol CS N° 3297-2005, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, Cdo. 6°. Sin embargo la Corte Suprema termina por rechazar el recurso de nulidad por este capítulo sosteniendo que, no obstante aceptar la anomalía en la lectura del testimonio de un tercero para refrescar la memoria del testigo del Ministerio Público, lo cierto es que la causa esgrimida, la letra a) del artículo 373

**B) Que el testigo, perito o acusado preste declaración en el juicio oral**

Nuevamente este requisito se desprende del propio tenor literal del artículo 332 CPPCh al señalar que las lecturas que la norma prevé se podrán realizar:

“Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren *prestado declaración*”<sup>1378</sup>.

Es evidente que la norma exige que el testigo, perito o acusado efectivamente preste declaración en el juicio oral porque, tal como ya lo hemos visto, el mecanismo que regula esta norma presupone la existencia de al menos dos declaraciones que confrontar para así poder detectar las eventuales divergencias por razones de olvido, contradicción o falta de claridad.

Corroboramos en este punto aquello que ya hemos señalado en torno a que la falta de declaración en el juicio oral por parte del testigo o acusado, en razón de acogerse el primero a alguna dispensa legal de las contempladas en los artículos 302, 303 y 305 CPPCh y, el segundo, a su derecho a guardar silencio, impide recurrir al mecanismo del artículo 332 CPPCh. Lo anterior, por cuanto el silencio del deponente o acusado en el juicio oral posee un contenido neutro que no es apto para generar la

---

CPPCh, precisa una *trasgresión sustancial* de los derechos o garantías fundamentales que se invocan porque se trata de una exigencia propia de toda nulidad, en aras del *principio de trascendencia* que requiere un perjuicio sólo reparable con la invalidación del acto, lo que en el suceso en análisis no se divisa, por cuanto la comprobación del ilícito se fundó, según la resolución impugnada, en otras numerosas probanzas, no advirtiéndose que la sola deficiencia denunciada ostente la entidad suficiente para desvirtuar el mérito probatorio de los restantes medios ponderados y sobre los cuales el tribunal basó su convicción acerca de la culpabilidad del encartado (Cdo. 7°).

<sup>1378</sup> La cursiva es nuestra.

divergencia que la norma exige, porque no implica ni olvido, ni contradicción ni falta de claridad.

**C) Que la declaración prestada en el juicio sea divergente con la prestada en fases anteriores**

Este presupuesto del artículo 332 CPPCh también fluye de su tenor literal al prescribir que se podrá proceder a las lecturas que autoriza con la finalidad de ayudar la memoria del respectivo acusado, testigo o perito, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Los alcances de los referidos objetivos serán analizados más adelante con ocasión del estudio de los requisitos de fondo, advirtiendo desde ya que la norma del 332 CPPCh es más explícita a la vez que amplia en la regulación de los supuestos de aplicación del mecanismo previsto en el 332 CPPCh, no limitándose sólo a señalar que se procederá a las confrontaciones que regula en caso de contradicción entre las declaraciones del deponente, sino también para los supuestos de olvido y falta de claridad en sus dichos.

**4. Ámbito de aplicación subjetivo del artículo 332 CPPCh**

La norma en estudio no deja dudas en torno a que el mecanismo de las confrontaciones que prevé se aplica a los testigos, al acusado e incluso a los peritos, sin que al respecto se requiera mayores comentarios.

Lo que sí se puede comentar es que en el caso específico de la prueba pericial, la norma señala que la confrontación se podrá realizar entre la declaración que el perito rinda en el juicio y partes del informe que él hubiera elaborado, tema al que nos referiremos más adelante, pero que permite descartar la polémica surgida en España en torno a que estas confrontaciones se efectúan respecto al perito entre su dictamen en fase



de sumario y el presentado en el juicio oral. Dada la regulación de la prueba pericial en el CPPCh, de conformidad a sus artículos 314 a 316, el informe pericial debe entregarse por escrito ante el JG en la fase de preparación del juicio oral, debiendo luego ser citados a declarar al respectivo juicio oral. Por su parte, el artículo 315 CPPCh dispone que la obligación de entregar el informe por escrito es sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar al juicio acerca del contenido del informe, mientras que el artículo 329 CPPCh señala que la declaración personal del testigo o perito no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones, salvo lo dispuesto en los artículos 331 y 332 del mismo Código.

Siendo así, la divergencia en la prueba pericial que autoriza las lecturas *ex* artículo 332 CPPCh ha de producirse entre el único dictamen emitido por el perito y acompañado por escrito previamente en la fase de preparación del juicio oral y su declaración en el juicio y no entre dos eventuales dictámenes.

Insistimos nuevamente en la necesidad de que exista *identidad física* respecto del testigo y acusado sometido a la confrontación, en tanto la norma del 332 CPPCh sólo autoriza que se confronte al testigo o acusado con “sus declaraciones anteriores”. En el caso del perito, la norma se refiere a esta identidad en su inciso segundo parte final al prescribir que durante la declaración de un perito se podrá leer partes del informe *que él hubiere elaborado*.

Finalmente recordemos que la posibilidad de confrontar al testigo o perito con *otras versiones de los hechos presentadas en el juicio* está contemplada como un método utilizable durante el conainterrogatorio al que estas fuentes de prueba personales son sometidas en la audiencia del

juicio, todo ello de conformidad al artículo 330 inciso segundo CPPCh y con la limitación de que dichas confrontaciones sólo pueden realizarse con otras declaraciones prestadas durante el mismo juicio oral y no con declaraciones previas, como ya hemos tenido oportunidad de recalcar.

Si bien la previsión expresa en torno al específico ámbito de aplicación que contiene la norma del artículo 332 CPPCh debe ser valorada positivamente, no es menos cierto que podría haber incorporado un importante requisito tratándose de la confrontación entre declaraciones del acusado, consistente en haber establecido que la declaración prestada por el acusado en el juicio oral podrá ser confrontada con la prestada por el mismo ante el ministerio público o ante el JG sólo si estas últimas lo fueron detentando el sujeto la calidad de imputado de conformidad al artículo 7 CPPCh, como única manera de garantizar que se le haya oportunamente advertido de sus derechos contemplados en el artículo 93 del mismo Código.

## **5. Ámbito de aplicación objetivo del artículo 332 CPPCh**

Las declaraciones susceptibles de ser leídas al amparo del artículo 332 CPPCh resulta ser uno de los temas más polémicos en el plano doctrinal y jurisprudencial chileno y ello pese al claro tenor literal de la norma.

En efecto, el artículo 332 CPPCh autoriza leer dos clases de actuaciones efectuadas con anterioridad al juicio oral:

a) Parte o partes de las declaraciones anteriores que el testigo o acusado interrogado en el juicio hubiere prestado ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía;

b) Partes del informe que el perito interrogado en el juicio hubiere elaborado.

A continuación pasaremos una breve revista a estas actuaciones, para luego centrarnos en la ya anunciada polémica que, adelantemos, no hace otra cosa que intentar ampliar el ámbito de aplicación objetivo de la norma en estudio.

#### **A) Declaraciones previas del testigo o acusado**

Advirtamos desde ya que la polémica que hemos anunciado sólo surge en torno a la lectura de las declaraciones anteriores del testigo o acusado. Pese a ello, antes de referirnos a la indicada polémica pasaremos una breve revista a aquellas declaraciones de testigos o acusados que están fuera de la misma.

En torno a la prueba testifical, el artículo 332 CPPCh autoriza la lectura de declaraciones que el testigo interrogado en el juicio oral haya prestado anteriormente ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal o el juez de garantía.

Con relación a las declaraciones del testigo ante el fiscal o abogado asistente del fiscal durante la fase de investigación, cabe recordar que la materia se encuentra regulada en el artículo 190 CPPCh que dispone que los testigos citados por el fiscal están obligados a comparecer a su presencia y a prestar declaración ante el mismo o ante su abogado asistente, salvo que estén exceptuados de comparecer de acuerdo al artículo 300 CPPCh y con la limitación de que no se les podrá exigir el juramento o promesa de decir verdad previstos en el artículo 306 CPPCh.

Consignemos, además, que el artículo 190 CPPCh fue objeto de una modificación introducida por la ley 20.253 de 2008, con la finalidad de autorizar que estas declaraciones pudieran ser prestadas ante el *abogado asistente del fiscal*. Esta modificación tuvo su origen en una

indicación presidencial, la núm. 44<sup>1379</sup>, pero responde a la finalidad que abrigaba el proyecto de esta ley, en cuyo Mensaje se señaló que el aumento del número de procedimientos y audiencias en que deben tomar parte los fiscales, hacía necesario facultar a los abogados asistentes de éstos para participar, en plenitud de competencia, en la audiencia de control de detención, de manera que pudieran formalizar la investigación en nombre del Ministerio Público y, solicitar las medidas cautelares que fueren procedentes respecto del imputado. De esta manera, continúa señalando en referido Mensaje, el número de profesionales del Ministerio Público, en condiciones de formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares correspondientes, se incrementaría sin mayor gasto a la vez que se haría más eficiente y eficaz su accionar.

Con respecto a la declaración testifical ante el JG no queda sino entenderla referida a aquellos supuestos de prueba testimonial anticipada regulados en los artículos 191, 191 *bis*, 192 y 280 CPPCh, en el evento que sus registros no sean introducidos al juicio oral por la vía del artículo 331 letra a) CPPCh en razón de haber cesado la indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral y haberse presentado el testigo a esta última audiencia a prestar declaración.

En el caso del acusado el artículo 332 CPPCh es más restrictivo, en tanto pueden leerse a los efectos de efectuar la confrontación autorizada por esta norma, sólo las declaraciones que el acusado haya prestado anteriormente ante el *fiscal o el juez de garantía*. Se excluye la referencia al abogado asistente del fiscal, puesto que los artículos 193 y

---

<sup>1379</sup> *Boletín de Indicaciones núm. 4321-07*, de 19 de marzo de 2007, Indicaciones formuladas durante la discusión general del proyecto de ley núm. 20.253, diario de sesiones del Senado, pág. 255.

194 CPPCh, que regulan la comparecencia y declaración voluntaria del imputado ante el fiscal, respectivamente, no fueron modificados por la ley núm. 20.253 de 2008, por tanto los fiscales no están autorizados para delegar en sus abogados asistentes la tarea de recibir la declaración que voluntariamente el imputado se allanare a prestar ante el ente persecutor.

Con lo hasta aquí expuesto, puede concluirse con facilidad que quedan excluidas de las lecturas autorizadas por el artículo 332 CPPCh las declaraciones prestadas por los testigos o acusados ante la policía, sea que ésta actúe autónomamente, consignando las declaraciones que los testigos voluntariamente decidan prestar en casos de delitos flagrantes o en el sitio mismo del suceso de conformidad al artículo 83 letra d) CPPCh o que preste el acusado en presencia de su defensor según el inciso primero del artículo 91 CPPCh, sea que la policía actúe bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal, respecto de las declaraciones que voluntariamente el imputado decida presta según lo establece el inciso segundo del artículo 91 CPPCh.

Sin embargo y pese al tenor literal del artículo 332 CPPCh, la polémica doctrinal precisamente recae en las declaraciones de los testigos e imputados ante la policía, polémica a la que, como veremos, también se adhiere la jurisprudencia chilena.

Para algunos la declaración del imputado prestada ante la policía que no es impugnada de ilegítima por haberse vulnerado alguna de las prohibiciones o exigencias establecidas en los artículos 195 y 196 CPPCh o, que habiendo sido impugnada, el ministerio público logra desvirtuar tal impugnación con base a los registros a que aluden los artículos 227 y 228 CPPCh, puede ser utilizada de dos maneras: como parte de la

declaración que los policías están obligados a rendir en la audiencia del juicio, de conformidad al inciso final del artículo 228 CPPCh, o:

“[C]omo una declaración anterior destinada a refrescar la memoria o a poner en evidencia contradicciones entre las declaraciones que el imputado presta en el juicio oral y las que hubiere formulado con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 322”<sup>1380</sup>.

Con todo, quienes se adscriben a esta postura advierten que para aplicar el artículo 332 CPPCh a las declaraciones que el imputado prestó a la policía sin la presencia del fiscal, debe entenderse que los policías actuaron en dicha diligencia por *delegación del fiscal* y, por tanto, produciendo los mismos efectos legales que las declaraciones prestadas personalmente ante el fiscal<sup>1381</sup>.

Otro posible argumento para sostener esta opinión puede encontrarse en la interpretación meramente literal del artículo 334 CPPCh y su concordancia con el 332 CPPCh. Recordemos que el citado artículo 334 dispone en su inciso primero:

“Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones *realizadas por la policía* o el ministerio público”<sup>1382</sup>.

---

<sup>1380</sup> Sic., DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, vol. 1, Santiago, Universidad Diego Portales, 2002, págs. 164-65. El error de referencia al artículo 322 es de los autores.

<sup>1381</sup> DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, cit., pág. 165.

<sup>1382</sup> La cursiva es nuestra.

Entonces, si este inciso del artículo 334 CPPCh se refiere a las diligencias o actuaciones realizadas por la *policía* o el ministerio público a la vez que señala al artículo 332 como una excepción a la prohibición que contiene, es factible concluir que esta segunda disposición incluye a las diligencias o actuaciones policiales. Esta opinión no podemos compartirla por varios órdenes de razones que pasamos a exponer:

a) El tenor literal del artículo 332 CPPCh nos parece suficientemente claro como para no albergar dudas en torno a la exigencia de que las declaraciones anteriores hayan sido rendidas ante el fiscal o su asistente o el juez de garantía, según se trate del testigo o acusado.

b) El artículo 332 CPPCh consagra un instrumento de interrogatorio a través de la confrontación de la declaración del juicio con el precedente disconforme del mismo deponente extraído de fases anteriores al juicio oral, con lo cual la norma es excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva. Sostenemos el carácter excepcional del artículo 332 CPPCh pese a que no somos partidarios de otorgar eficacia probatoria a los efectos de la sentencia al precedente disconforme leído a su amparo, tal como lo expondremos más adelante, pero la sola posibilidad de introducir al juicio oral material proveniente de fases previas a través de su lectura constituye de por sí una metodología que hace excepción a las normas que rigen el examen de un testigo, perito o acusado en la audiencia del juicio oral y, especialmente, al modelo acusatorio que impone la estricta separación e “impermeabilidad” entre las fases de investigación y juicio oral.

c) Porque el tema fue discutido y zanjado en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 332 CPPCh. En efecto, como

ya lo hemos comentado, en los trabajos parlamentarios del CPPCh en la Cámara de Diputados la norma se aprobó con algunas modificaciones menores de carácter formal, siendo sólo en el Senado donde surgió la idea de incluir en su texto las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía. Para ello se recordó que las declaraciones prestadas ante la policía pueden haberse efectuado delante del fiscal o del defensor, en cuyo caso no habría problemas de legitimidad y que, tratándose de las declaraciones que toma la policía por delegación del fiscal o ante delitos flagrantes, el fiscal debería acreditar en el juicio que se obtuvieron por medios legítimos, argumentándose que si no se podía usar esta información, no tenía sentido que el Código la hubiese regulado.

Sin embargo, en el mismo Senado hubo discrepancia sobre el punto, señalándose que normalmente ante la policía se produce una presión psicológica sobre el imputado que afecta su libertad y, si se ha recogido información útil en estas declaraciones, debía incorporarse al juicio mediante la declaración de los funcionarios policiales que la recibieron en calidad de testigos. Se argumentó, además, que en materia de declaraciones policiales la *fuerza de prueba era el policía*; que si se fomentaba la confesión policial como prueba iban a seguir existiendo los apremios ilegítimos para obtenerla; y que de todo el proyecto de Código fluía que la prueba debía ser contradictoria y oral.

Finalmente en el Senado se rechazó la posibilidad de incorporar al artículo en estudio las declaraciones prestadas ante la policía, señalándose que lo normal y deseable era que las declaraciones fueran prestadas en presencia del fiscal, tanto para que pudieran ser utilizadas en el juicio como para la convicción a que debe llegar el fiscal en su investigación y que, en cuanto a las declaraciones prestadas ante la policía, cuando el fiscal haya delegado en ella esa diligencia, para poder ser utilizadas como prueba en el



juicio oral debían comparecer en calidad de testigos los funcionarios policiales ante quienes se hubieren prestado<sup>1383</sup>.

d) La doctrina nacional adiciona un argumento más, señalando que puede considerarse un verdadero “artilugio” entender que cuando la policía recibe la declaración voluntaria del imputado, actuando la primera bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal, existe una verdadera “delegación” de funciones de éste a la policía. Tal razonamiento sería un “artilugio” por cuanto la norma del artículo 91 CPPCh sólo tiene por finalidad deslindar la imputación de las responsabilidades que pudieran generarse con ocasión de la realización de la diligencia pero, en caso alguno, permite introducir una especie de mandato o representación del ministerio público en la policía<sup>1384</sup>. A lo anterior se puede añadir por nuestra parte que el argumento de que el artículo 91 CPPCh contiene una delegación de funciones, en último caso sólo cubriría la declaración del imputado ante la policía a los efectos de su lectura según el artículo 332 CPPCh, pero no alcanza a cubrir las declaraciones de los testigos ante la policía, porque éstas pueden ser recibidas *autónomamente* por aquélla de acuerdo al artículo 83 letra d) CPPCh, es decir, sin mediar autorización u orden previa del fiscal. Siendo así, las declaraciones de testigos ante la policía seguirían, en todo caso, quedando fuera del artículo 332 CPPCh, lo cual restaría uniformidad a la regulación legal.

---

<sup>1383</sup> *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, I, Discusión Particular, art. 369, diario de sesiones del Senado, págs. 325-26.

<sup>1384</sup> HORVITZ LENNON, María I., “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 321.

e) Finalmente, la modificación introducida por la ley 20.253 de 2008 al artículo 332 CPPCh nos proporciona un argumento adicional para sustentar nuestra opinión. Si esta ley consideró oportuno incorporar al artículo en estudio a los *abogados asistentes del fiscal* quienes, claramente, actúan por delegación de funciones del fiscal a cargo de la respectiva investigación y no hizo otro tanto con la policía cuando actúa, conforme al artículo 91 CPPCh, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal, sólo cabe concluir que las declaraciones policiales siguen quedando fuera del artículo 332 CPPCh.

A pesar de todos estos argumentos, podemos constatar que el tema sigue siendo polémico en el plano jurisprudencial donde se aprecia que, con frecuencia y sin mayor debate, se utilizan las declaraciones policiales para ser confrontadas a través del mecanismo del artículo 332 CPPCh, tal como se comprueba en los siguientes casos:

1) Para acreditar el delito declara en el juicio oral el ofendido por el mismo a quien, a través del mecanismo del artículo 332 CPPCh, se le exhibe “una declaración prestada ante la policía, por delegación del Ministerio Público”, para superar contradicciones relativas a la hora de arribo a su domicilio y a la persona que lo alertó del robo<sup>1385</sup>.

2) Durante el juicio oral la defensa del acusado intenta refrescar la memoria de un policía, ofrecido como testigo de cargo, mediante la lectura del parte o informe policial levantado por el funcionario en el marco de la investigación policial. El respectivo TJOP niega al defensor esta posibilidad en atención al tenor literal de los artículos 332 y 334

---

<sup>1385</sup> STJOP de Rancagua, 27 septiembre 2005, RIT N° 103-2005, Cdo. 6°, Redactor Magistrado señor Oscar Castro Allendes.

CPPCh. La Corte de Apelaciones de Copiapó, conociendo del respectivo recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia del TJOP, fundado en la causa del artículo 374 letra c) CPPCh, señaló que la circunstancia que el tribunal de juicio oral haya decidido prohibir a la defensa refrescar la memoria a un testigo del Ministerio Público, funcionario policial, amparándose en la prohibición contenida en el artículo 334 CPPCh, impidiendo examinar sobre los pasajes oscuros o no recordados por el testigo, implica impedirle al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga, ya que se le está privando de la posibilidad de controlar la prueba que ingresaba al juicio, configurándose el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra c) del Código antes mencionado.

Añade la Corte finalmente que:

“Sólo en la medida que se conceda la posibilidad de confrontar al funcionario policial que declara como testigo con los *registros policiales previos*, es que puede entenderse efectivamente ejercido el derecho de defensa en su faz de presentar prueba de descargo, ya que no debe ser entendido únicamente en términos formales, como la presentación de la prueba ofrecida, sino también desde una perspectiva sustancial, que en el caso de la prueba testimonial, permita la realización de un examen cabal a fin de demostrar la credibilidad o falta de ella, la idoneidad e imparcialidad, y la posibilidad de apoyar la memoria del testigo o develar o superar sus contradicciones”<sup>1386</sup>.

Esta sentencia incurre en un doble error. El primero, al intentar leer por la vía del artículo 332 CPPCh actuaciones policiales y, el

---

<sup>1386</sup> SCA de Copiapó, 7 julio 2008, Rol CA N° 96-2008, Redactor Ministra señora Luisa López Troncoso, Cdo. 4°. (La cursiva es nuestra).

segundo, al olvidar que el precedente disconforme que autoriza leer la norma en estudio debe tratarse de “declaraciones anteriores” y no elementos del parte policial, entendiendo el concepto de declaraciones como “toda aseveración de contenido narrativo dirigido a comunicar un conocimiento en torno a un hecho concerniente al proceso”<sup>1387</sup>, remitiéndonos a lo dicho con ocasión del estudio del artículo 714 LECRIM en torno a la teoría de los *actos complejos*<sup>1388</sup>.

3) La sentencia del TJOP de Valparaíso, de 17 de noviembre de 2009, también se pronuncia sobre el punto pero de manera incidental, señalando que la situación de que a ciertos testigos — fundamentalmente policías — no se les consigne una declaración en los términos que parece exigir la norma del artículo 181 CPPCh, ya ha sido zanjada por la jurisprudencia, en el entendido de que no se afectaría con dicha situación el derecho a defensa, pues los defensores conocen la carpeta de investigación fiscal, donde consta el respectivo “parte policial” el que, incluso, “según algunos”, puede usarse para luego contrastarlo con los dichos del testigo vertidos en la audiencia del juicio oral, “interpretando adecuadamente las normas de los artículos 334 en relación al 332 del citado cuerpo legal”<sup>1389</sup>.

4) Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia

---

<sup>1387</sup> GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 194.

<sup>1388</sup> En este sentido, GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., pág. 194 y ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria...”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, cit., pág. 421. Véase *supra* núm. I, 2, B) del presente Capítulo Sexto.

<sup>1389</sup> STJOP de Valparaíso, 17 noviembre 2009, RIT N° 351-2009, Cdo. 11°, Redactor Magistrado señor Francisco Antonio Hermosilla Iriarte. La sentencia no cita la fuente a que se refiere cuando señala “según algunos”.

de 10 de agosto de 2009, ha debido pronunciarse sobre la materia al conocer de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado fundado en el motivo del artículo 374 letra c) CPPCH, por habersele impedido contrastar las declaraciones del juicio oral de determinados testigos de cargo con las vertidas por los mismos testigos en el primer juicio oral que luego devino nulo por acogerse un recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada en dicho juicio. Si bien la Corte de Apelaciones de Santiago termina por rechazar el recurso interpuesto, lo hace en los siguientes términos:

“[Q]ue los artículos 332 y 334 del citado cuerpo legal permiten demostrar las contradicciones de un testigo solo con declaraciones anteriores prestadas ante el juez, fiscal o *la policía*. Claramente, la invocación de declaraciones anteriores prestadas en un juicio oral declarado nulo no se enmarcan dentro de ninguna de las normas supuestamente infringidas”.

Desde luego la sentencia acierta al excluir del artículo 332 CPPCh declaraciones vertidas por los testigos en un juicio oral previo declarado nulo, porque evidentemente esta norma se refiere a declaraciones prestadas en el *mismo procedimiento*, puede advertirse, sin embargo, que incluye sin mayores reflexiones dentro de las declaraciones susceptibles de ser leídas al amparo de esta norma las prestadas ante la policía con lo cual, una vez más, la jurisprudencia insiste en extender indebidamente el ámbito de aplicación objetivo del artículo en estudio.

## **B) Dictámenes de los peritos**

El inciso final del artículo 332 CPPCh dispone que:

“Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado”.

De esta forma el CPPCh, acorde con la estructura de la prueba pericial, establece como precedente disconforme respecto de la declaración prestada por el perito en el juicio oral exclusivamente al dictamen previamente elaborado por el mismo perito y presentado por escrito en la fase de preparación del juicio de acuerdo al artículo 315 CPPCh.

Esta normativa nos merece una valoración positiva puesto que evita la eventual polémica en torno a la procedencia del mecanismo de confrontaciones que establecen los artículos 332 CPPCh y 714 LECRIM respecto de la prueba pericial, en tanto se considera por algunos, tal como ya lo hemos comentado, que los peritos *no declaran, sino que emiten informes* que contienen conclusiones científicas o técnicas y que las razones de la contradicción entre informes sumariales y los del juicio pueden obedecer a causas muy diversas de las que afectan a un testigo, tales como: cambios de criterios o metodologías científicas derivados de los avances propios de la ciencia, al distinto parecer de los peritos consultados que ofrecen interpretaciones diferentes para un evento similar, o a la circunstancia de que los peritos normalmente vierten meras hipótesis en sus informes antes que afirmaciones tajantes e indiscutibles, sobre todo cuando efectúan lucubraciones sobre aspectos subjetivos<sup>1390</sup>.

De acuerdo a la normativa chilena tal debate no tendría lugar en primer término porque lo que se contrasta es la declaración prestada en el juicio por un perito y “el informe que *él* hubiera elaborado”, con lo cual la norma exige identidad física del perito para proceder al mecanismo de confrontación del artículo 332 CPPCh. Dada la innegable fungibilidad

---

<sup>1390</sup> ASECIO MELLADO, José María, “La prueba...”, en *El Tribunal...*, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., págs. 22 y 28 (versión electrónica).

del perito, las eventuales contradicciones entre dictámenes o declaraciones de distintos peritos estimamos que pueden ser confrontadas durante el conainterrogatorio de los peritos a través del mecanismo del inciso segundo del artículo 330 CPPCh pero no por el establecido en el artículo 332 del mismo Código. En segundo lugar, porque la *divergencia* que exige el artículo 332 debe producirse entre la *declaración en juicio* del perito y su *dictamen pericial* previamente acompañado al proceso en la fase de preparación del juicio oral y, en tal caso, creemos que resulta absolutamente válido consultar al perito por qué declara algo distinto de aquello que consignó en su informe escrito.

#### **6. Requisitos de fondo para proceder a las lecturas autorizadas por el artículo 332 CPPCh**

El artículo 332 CPPCh dispone que se podrá proceder a la lectura de las declaraciones que autoriza:

“[C]uando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes”.

En consecuencia, tres son las hipótesis que contempla la norma para proceder a la lectura del precedente disconforme a la vez que tres son también los objetivos que persigue el mecanismo de confrontaciones que ella establece: ayudar a la memoria del deponente, demostrar o superar contradicciones o solicitar aclaraciones pertinentes.

Al estudio de esta temática dedicaremos las líneas venideras, remitiéndonos en gran medida a lo dicho en torno al artículo 714 LECRIM sobre este mismo punto y centrando nuestros comentarios más bien en las particularidades de la normativa chilena.

#### **A) Hipótesis y finalidades del artículo 332 CPPCh**

Evidentemente esta norma es más explícita que el artículo 714 LECRIM en cuanto a la amplitud de las hipótesis que prevé, en tanto no sólo contempla la contradicción propiamente tal, sino también los olvidos y la confusión en las diversas declaraciones, pudiendo también incluirse dentro de estas hipótesis las eventuales adiciones o complementaciones que el deponente efectúa en relación a los mismos hechos objeto de ambas declaraciones.

Nuevamente debemos insistir en que la divergencia que exige esta norma, sea que consista en una efectiva contradicción, en un olvido o en la falta de claridad, no se produce ante el *silencio legalmente justificado* del deponente, en razón de ejercer el testigo alguna dispensa legal para no declarar o de hacer uso el acusado de su derecho a guardar silencio, dado que el carácter neutral del silencio no es apto para generar la divergencia que el artículo 332 CPPCh requiere.

Tampoco se produce ésta ante el *silencio total o parcialmente injustificado del testigo*, puesto que, además de no existir una declaración en juicio con la cual comparar la declaración previa y así determinar si hay o no efectiva divergencia, lo cierto es que nos reiteramos en señalar que lo que existe en este caso son dos entidades totalmente heterogéneas: una declaración previa y el silencio en el juicio, pero no propiamente dos versiones distintas acerca de unos hechos emitidas por un mismo sujeto. Ello, desde luego, sin perjuicio de las sanciones que para el testigo renuente a declarar establecen los artículos 33 y 299 CPPCh.

Sin embargo, la jurisprudencia chilena efectúa una interpretación demasiado flexible a nuestro juicio del artículo 332 CPPCh y,



fundamentalmente, de la efectividad de las dispensas legales que el CPPCh establece respecto de los testigos.

En efecto, en una causa por robo con fuerza en las cosas, ventilada ante el TJOP de Rancagua, se contó con la declaración inculpativa de la “suegra” del acusado, sin que haya constancia en la sentencia que analizamos de que a esta testigo se le informara adecuadamente del derecho que le asistía a no declarar “por motivos personales” de conformidad al artículo 302 CPPCh. Por el contrario, en la sentencia se señala que la testigo de cargo “eludió hasta donde pudo, develar la información inculpativa” contra el acusado, sintiéndose “amenazada”, por lo que la vía empleada por el fiscal, artículo 332 CPPCh, “fue la más adecuada para obtener la información valiosa que poseía”. Forzando un poco, a nuestro juicio, la situación fáctica generada en la audiencia del juicio oral para hacerla calzar en la norma del 332 CPPCh y, lo que es más grave, al parecer sin advertirle a la testigo que le asistía el derecho a no declarar según el artículo 302 CPPCh, la citada sentencia concluye:

“Si bien, el mecanismo del artículo 332 del Código del ramo se utiliza para refrescar la memoria o superar contradicciones, nada impide que se emplee para los casos en que el testigo caiga en un *profundo mutismo* y *se abstine, por miedo*, a no querer revivir el episodio. Por lo que la aplicación que hizo el Tribunal del artículo mencionado no estuvo errada, puesto que, si se piensa bien, doña Patricia Jiménez *dijo no recordar* lo que sucedió el día 3 de marzo de 2005, así que la tarea del fiscal era refrescar su memoria, y lo que hizo fue propicio, porque la

información ingresó, en definitiva, por boca de su fuente directa, a través de dos principios fundamentales del proceso oral: la inmediación y la oralidad. Con ello no se transgredió el espíritu de la norma citada (...). La prueba siguió siendo la declaración de la testigo”<sup>1391</sup>.

## **B) Disconformidad o divergencia sustancial**

A diferencia del artículo 714 LECRIM, el artículo 332 CPPCh no exige expresamente que para proceder a la lectura de las declaraciones anteriores sea necesario que la divergencia entre éstas y la declaración prestada en el juicio oral tenga el carácter de *sustancial*. No obstante ello, entendemos que el requisito se deduce de la expresión “cuando sea necesario” que utiliza la norma, es decir, se podrá proceder a leer las declaraciones anteriores sólo cuando sea *necesario* para cumplir alguno de los tres objetivos que la norma persigue: ayudar la memoria, demostrar o superar contradicciones o solicitar las aclaraciones respectivas, derivándose esa *necesidad*, en nuestra opinión, precisamente de la trascendencia de la divergencia.

Sin embargo, en algunas ocasiones el mecanismo consagrado en el artículo 332 CPPCh es abiertamente subutilizado, como queda demostrado en la STJOP de Rancagua, de 27 de septiembre de 2005, donde se consigna que para acreditar el delito de robo con fuerza en lugar habitado se contó con el testimonio de cargo de la víctima, quien en el juicio oral manifestó haber llegado a su domicilio sobre las 01:00 AM siendo alertado por vecinos de que sujetos desconocidos habían ingresado a éste, para luego relatar detalladamente los daños sufridos en la ventana por donde aquéllos habían ingresado, efectuar la descripción

---

<sup>1391</sup> STJOP de Rancagua, 27 septiembre 2005, RIT N° 103-2005, Cdo. 9°, Redactor Magistrado señor Oscar Castro Allendes.

de las especies sustraídas y referir las diligencias realizadas con posterioridad en torno al reconocimiento de las especies recuperadas. Ante esta declaración el defensor del acusado solicitó la lectura de la declaración que este testigo había efectuado a la *policía*, por *delegación* del fiscal, para demostrar las siguientes contradicciones: que había llegado a su domicilio a las 02:00 AM y que fue alertado del robo por un familiar (tía) y no por los vecinos. Dos divergencias que no tenían absolutamente nada de sustanciales en relación a los hechos juzgados ni con la tesis o teoría del caso sustentada por la defensa<sup>1392</sup>.

Ante esta clase de subutilizaciones de las confrontaciones que dispone el artículo en estudio, creemos que es más que conveniente que los jueces del TJOP puedan calificar la relevancia de la divergencia a la luz de las alegaciones efectuadas por la parte solicitante, recayendo sobre esta parte el peso de argumentar y fundamentar la *necesidad* de proceder a las lecturas que autoriza el artículo 332 CPPCh, necesidad que sólo puede derivarse del carácter sustancial de la divergencia alegada. Demás esta agregar que subutilizar el mecanismo de las confrontaciones sólo sirve para dilatar indebidamente los juicios, de ahí la necesidad de que el TJOP deba controlar este aspecto de la respectiva solicitud.

### **C) Divergencia real, efectiva y fundada**

Recordemos que este es un requisito consignado por la doctrina que exige que la divergencia entre la declaración del juicio y la declaración anterior efectivamente se produzca, no bastando con la mera alegación de la parte en orden a su producción por cuanto, como ya

---

<sup>1392</sup> STJOP de Rancagua, 27 septiembre 2005, RIT N° 103-2005, Cdo. 6°, Redactor Magistrado señor Oscar Castro Allendes.

hemos comentado, la mera alegación de existencia de una divergencia de esta clase puede sólo perseguir rebatir o discutir la prueba testifical o pericial del juicio, amén de también ser un recurso para dilatar indebidamente los juicios.

Pero, además, la necesidad de que se trate de una divergencia comprobadamente producida también deriva de la circunstancia que el mecanismo del artículo 332 CPPCh se contempla para ayudar la memoria del deponente, demostrar o superar contradicciones o efectuar aclaraciones pertinentes y no para provocar olvidos, contradicciones o confusiones.

Reiteramos en este punto lo señalado con ocasión del estudio del artículo 714 LECRIM, en el sentido de que el mecanismo de las confrontaciones debe velar prioritariamente por la protección de la libertad y espontaneidad del deponente, de ahí que sea necesario que éste concluya su declaración sin interrupciones para sólo en esa oportunidad proceder a solicitar recurrir al artículo 332 CPPCh, o sea, una vez que se haya producido espontáneamente la divergencia. En este sentido la norma chilena es bastante clara al señalar que:

“Solo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración”.

También con ocasión del estudio del artículo 714 LECRIM dijimos que la lectura que esta norma autoriza de declaraciones previas no procedía en el caso de que el testigo se refiera por primera vez a un hecho, sobre el que nada había señalado en su declaración anterior y siempre que esta referencia nueva no se trate de una mera complementación o adición. Lo anterior porque, según dijimos, en estricto rigor sobre este hecho nuevo no existiría una declaración previa

disconforme con la del juicio. Sobre esta situación recordemos que la doctrina italiana recomendaba en estos casos solicitar en el interrogatorio al deponente que explicara por qué razón nunca antes se había referido a ese hecho, explicaciones que serán relevantes a efectos de determinar la credibilidad de su testimonio<sup>1393</sup>.

Sin embargo, dado que en el caso chileno el mecanismo del artículo 332 CPPCh no sólo procede para demostrar o superar contradicciones, sino también para refrescar la memoria y, especialmente, para “solicitar las aclaraciones pertinentes”, pensamos que la hipótesis que estamos planteando pudiera quedar incluida en el mecanismo del artículo 332 CPPCh, sea por la vía de considerar esta omisión en las declaraciones previas como un olvido o como una evento que amerita una aclaración por parte del deponente.

Sobre la necesidad de que se trate de una divergencia efectiva para proceder a la lectura autorizada por el artículo 332 CPPCh, no bastando la mera alegación de las partes acerca de su existencia, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el punto y lo ha hecho de manera correcta a nuestro juicio. El referido pronunciamiento lo efectuó el Alto Tribunal chileno conociendo de un recurso de nulidad fundado en el motivo del artículo 373 letra a) CPPCh, alegando el recurrente — la defensa del acusado — que el TJOP le había impedido ejercer el derecho contemplado en el artículo 332 del mismo Código en relación a la víctima. En sentencia de 22 de diciembre de 2009 la Corte Suprema señaló que en el caso en cuestión la defensa planteó ante el TJOP la necesidad de proceder a la lectura de la declaración anterior de la

---

<sup>1393</sup> Como lo sugiere CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio...”, en *Giusto processo...*, cit., pág. 462.

víctima, sin expresar fundamento alguno y que, sólo a instancias del tribunal, indicó que “lo hacía para su teoría del caso”, sin mencionar en ningún momento cuál era el olvido en que habría incurrido el testigo ni señalar con qué objetivo pedía la lectura de la declaración previa, razón por la cual el TJOP consideró unánimemente que el testigo no había incurrido en ningún olvido, por lo que no procedía la lectura autorizada por el artículo 332 CPPCh. La Corte Suprema rechazó el presente recurso en este punto por estimar que el TJOP había obrado conforme a Derecho<sup>1394</sup>.

#### **7. Requisitos de forma y procedimiento para proceder a la lectura autorizada por el artículo 332 CPPCh**

Según se desprende del artículo 332 CPPCh el procedimiento de confrontaciones que la norma prevé consta de las siguientes etapas: a) declaración del deponente; b) petición de parte para proceder a la lectura de la declaración anterior; c) autorización del TJOP para proceder a la lectura del precedente disconforme; d) lectura del precedente disconforme; y e) explicaciones del deponente acerca de la divergencia.

A continuación estudiaremos estas fases, fundamentalmente a la luz de la jurisprudencia chilena.

##### **A) Declaración del testigo, acusado o perito**

Con la finalidad de garantizar la libertad y espontaneidad en la declaración del deponente y evitar que el mecanismo contemplado en el artículo 332 CPPCh sea utilizado para provocar una contradicción, un olvido o una confusión, es preciso que el testigo, acusado o perito preste

---

<sup>1394</sup> SCS, 22 diciembre 2009, Rol CS N° 6751-2009, Redactor Ministro señor Nivaldo Segura Peña, Cdo. 34°.

su declaración sin interrupciones, previendo la posibilidad de que él mismo supere la contradicción o confusión o recuerde el dato olvidado de propia iniciativa y de forma espontánea.

Ya hemos comentado que este requisito se encuentra contemplado expresamente en el artículo 332 CPPCh al prescribir que se podrá proceder a las lecturas que la norma prevé “sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración”.

**B) Petición de parte y autorización del Tribunal para proceder a las lecturas *ex artículo 332 CPPCh***

El artículo 332 CPPCh no se refiere expresamente a quién puede solicitar la lectura, limitándose sólo a señalar que “se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores”.

Sin embargo, fluye del sistema acusatorio *adversarial* instaurado por el CPPCh que el debate y la prueba queda entregada a la iniciativa exclusiva de las partes, sin considerar la posibilidad de que el tribunal tenga facultades probatorias de oficio, cumpliendo el tribunal un rol pasivo en materia probatoria, característica del sistema chileno que la jurisprudencia ha destacado en pronunciamientos como el que sigue:

“Lo propio de un sistema *adversarial* es que el tribunal a cargo de fallar la causa sometida a su conocimiento tenga un *rol pasivo* en cuanto a los actos de prueba, y que éstos sólo puedan ser realizados por los litigantes, salvo contadas excepciones, de muy limitado contenido”<sup>1395</sup>.

Siendo así, la posibilidad de que sea el TJOP el que pueda de oficio decretar estas lecturas se encuentra totalmente descartada en el

---

<sup>1395</sup> SCA de Concepción, 5 noviembre 2007, Rol CA N° 497-07, Redactor Abogado Integrante señor Marcelo Torres Daffau, Cdo. 9°.

CPPCh y ello al menos por dos razones. La primera es una razón de texto y de interpretación sistemática de las normas del referido Código, en tanto éste sólo admitió la intervención oficiosa del tribunal durante los interrogatorios de testigos y peritos en el inciso cuarto de su artículo 329 CPPCh y con un carácter muy limitado, puesto que sólo permite al tribunal efectuar preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos. De esta manera, la facultad del TJOP para decretar las lecturas del artículo 332 CPPCh de manera oficiosa habría requerido de un texto expreso que en este caso no existe, de lo cual se sigue que tal posibilidad le está vedada al referido tribunal.

La segunda razón deriva de uno de los rasgos más distintivos del sistema acusatorio que instauró el CPPCh y que impone la completa separación entre las fases de investigación y preparación del juicio oral con la de juicio oral, confiando las dos primeras al Juez de Garantía y sólo la última al TJOP. Siendo así, el tribunal del juicio no posee conocimiento alguno de las diligencias desarrolladas durante las fases previas, salvo aquello que escuetamente se contiene en el auto de apertura del juicio oral y que en caso alguno incluye registros de actuaciones judiciales (artículo 277 CPPCh). Este desconocimiento de lo actuado previamente impide materialmente al TJOP decretar de oficio la lectura que el artículo 332 CPPCh autoriza, puesto que, como es lógico, no podrá saber si la declaración del juicio es en alguna medida divergente con la declaración previa porque, sencillamente, ignora el contenido de las declaraciones precedentes del testigo o acusado. Otro tanto ocurre con los informes periciales previamente presentados en la fase de preparación del juicio ante el JG, en tanto los mismos no son conocidos por el TJOP, enterándose de su contenido sólo a través de la declaración del perito en el juicio oral en conformidad al artículo 329 CPPCh.



De esta manera, queda claro que el mecanismo del artículo 332 CPPCh sólo puede ser activado a petición de parte y no de oficio por el tribunal. Pero, además, la jurisprudencia ha exigido que la respectiva solicitud sea *fundada*, debiendo la parte requirente señalar en su petición cuál es el olvido o la contradicción en que habría incurrido el deponente y con qué objetivo se pide la lectura de la declaración previa, no bastando con señalar genéricamente que dicha lectura es necesaria para la correspondiente “teoría del caso” del solicitante<sup>1396</sup>.

Esta última exigencia jurisprudencial nos parece correcta, porque permite al tribunal ejercer una suerte de control sobre la procedencia de la lectura autorizada por el artículo 332 CPPCh, fundamentalmente dirigido a evitar que el mecanismo que la norma prevé sea utilizado para provocar contradicciones, olvidos o confusiones con la sola finalidad de desvirtuar la declaración del deponente, o para introducir subrepticamente material provenientes de fases anteriores al juicio oral o, simplemente, para evitar que este mecanismo sea subutilizado para salvar contradicciones u olvidos no sustanciales en relación a los hechos de la causa y con ello ocasionar dilaciones indebidas en el juicio.

A mayor abundamiento, la expresión “se podrá leer en el interrogatorio” utilizada por el artículo 332 CPPCh consideramos que claramente denota el carácter facultativo de la norma, de lo que se sigue que el tribunal puede o no autorizar la lectura, decisión que adoptará a la luz de los argumentos de la parte solicitante y de la eventual oposición de

---

<sup>1396</sup> SCS, 22 diciembre 2009, Rol CS N° 6751-2009, Redactor Ministro señor Nibaldo Segura Peña, Cdo. 34°.

la parte contraria.

### C) **Lectura del precedente disconforme**

En cuanto a este requisito el artículo es claro al prescribir que:

“Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá *leer* en el interrogatorio *parte o partes de sus declaraciones anteriores*”<sup>1397</sup>.

Ya hemos señalado con ocasión del estudio del artículo 714 LECRIM la importancia de la lectura efectiva del precedente disconforme, principalmente como una manera de velar por el contradictorio, el derecho de defensa y la publicidad propias de la audiencia del juicio oral. Pero, además, la lectura efectiva permite al tribunal sentenciador constatar la correspondencia temática del punto supuestamente contradictorio, poco claro u olvidado entre ambas declaraciones y la entidad y sustancialidad de la divergencia y la razonabilidad de las explicaciones que otorga el deponente para superar o salvar la contradicción, olvido o confusión. Todos estos elementos permitirán al tribunal evaluar de mejor manera la credibilidad de la declaración del deponente en el juicio oral toda vez que, tal como ya lo hemos señalado, el tribunal sentenciador en el sistema chileno carece de todo conocimiento acerca de las diligencias desarrolladas durante la fase de investigación o de preparación del juicio oral.

Otro aspecto de esta temática dice relación con la circunstancia de que el artículo 332 CPPCh no señala quién debe efectuar la lectura, cuestión de menor interés por cierto pero que, no obstante ello, ha motivado algún pronunciamiento jurisprudencial. El asunto se ventiló

---

<sup>1397</sup> La cursiva es nuestra.

ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al conocer de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los acusados por la causa del artículo 374 letra c) CPPCh, en razón de que en la audiencia del juicio oral se le impidió ejercer el derecho contemplado en el artículo 332 CPPCh en orden a evidenciar contradicciones en la declaración de uno de las testigos de cargo entre su declaración en el juicio y la precedentemente rendida, por cuanto la referida testigo señaló no portar sus gafas ópticas sin las cuales no podía leer. Ante esta incidencia del juicio, el TJOP respectivo declaró en su sentencia que el imprevisto planteado no era “*insolucionable*, pues pudo leer el mismo Defensor o un ministro de fe”<sup>1398</sup>. Ante esta queja, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt declaró que el artículo el 332 CPPCh no establece como requisito para confrontar al testigo con sus declaraciones anteriores, que la lectura deba hacerla única y exclusivamente el testigo, de manera que si el testigo no estaba en condiciones de hacerlo, bien pudo salvarse la situación de otra forma, tal como lo sostuvo el TJOP, efectuando la lectura el propio defensor o un ministro de fe, concluyendo la Corte que fue la propia defensa la que no hizo un uso adecuado de su derecho, rechazando el recurso por esta causa<sup>1399</sup>.

Llama la atención que el respectivo TJOP haya consignado en la sentencia definitiva que la lectura podía haberla realizado el propio defensor y no la testigo visualmente impedida y no haya efectuado esa misma advertencia durante el interrogatorio de la testigo, lo que ciertamente habría permitido llevar a cabo la confrontación solicitada.

---

<sup>1398</sup> Sic., STJOP de Puerto Montt, 30 enero 2007, RIT N° 58-2008, Cdo. 16°, sin indicar Redactor.

<sup>1399</sup> SCA de Puerto Montt, 17 marzo 2008, Rol CA N° 30-2008, Redactor Ministro señor Hernán Crisosto Greisse, Cdo. 2°.

Asimismo sorprende la pasividad de la defensa en orden a no intentar salvar la situación en el juicio oral leyendo personalmente el precedente disconforme porque, tal como lo señala la Corte, claramente el artículo 332 CPPCh no exige que la lectura sea efectuada por el propio testigo en tanto ni siquiera se refiere a quien debe efectuarla.

Finalmente, el artículo 332 CPPCh establece expresamente que se podrá leer *parte o partes* del precedente disconforme, con lo cual la norma discurre sobre la idea de una lectura *siempre parcial* de las declaraciones previas. Esta normativa nos parece adecuada en tanto con la lectura total de la declaración previa se corre el riesgo cierto de introducir subrepticamente al juicio oral el contenido íntegro de declaraciones previas cuyo conocimiento está vedado al tribunal sentenciador, especialmente porque tal declaración puede hacer referencia a otros aspectos extraños al punto divergente que se trata de superar mediante la confrontación, produciendo impresiones en el ánimo de los sentenciadores que, ya hemos señalado, son difíciles de ser controladas y eliminadas<sup>1400</sup>.

Realizamos las mismas advertencias finales que hicimos con ocasión del estudio del artículo 714 LECRIM. En primer término que, si bien la lectura parcial del precedente disconforme puede ocasionar la *descontextualización* de los dichos del deponente, creemos que el defecto que generaría esa probable descontextualización es menor ante el grave riesgo que supone introducir subrepticamente material impertinente proveniente de fases anteriores al juicio oral. Lo segundo, es señalar que

---

<sup>1400</sup> En este sentido se pronuncian también ILLUMINATI, Giulio, “Ammissione...”, en *La prova...*, cit., pág. 119-21; y GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità...”, en *La prova...*, cit., págs. 193-95.

en el caso chileno también creemos que la extensión de la lectura es una cuestión de hecho que, en último término, debe ser resuelta por el TJOP con base en las argumentaciones de las partes, salvo que no se pueda proceder a una lectura parcial al ser imposible delimitar los fragmentos de la declaración que resultan útiles para la confrontación que dispone el artículo 332 CPPCh<sup>1401</sup>.

#### **D) Explicaciones del deponente acerca de la divergencia**

Recordemos que sobre este punto el artículo 714 LECRIM es bastante explícito al disponer que:

“Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.”

La norma chilena no es nada explícita al respecto, sin embargo no se puede olvidar que la lectura que la misma autoriza de los precedentes disconformes del deponente se realiza para cumplir las tres finalidades que prevé: ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes, finalidades que sólo pueden alcanzarse oyendo las explicaciones del deponente.

De esta manera, lo lógico es que al concluir la lectura del precedente disconforme el deponente proceda a dar las explicaciones que estime pertinentes para justificar el olvido, para superar la contradicción o para aclarar los puntos oscuros de sus declaraciones, sea por la vía de señalar que lo dicho en el precedente era lo correcto o que, por el contrario, lo declarado en el juicio es realmente lo que corresponde.

---

<sup>1401</sup> En el mismo sentido, ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 193.

En este sentido la jurisprudencia chilena ha señalado que el artículo 332 CPPCh posee un doble aspecto, porque por un lado constituye una norma de litigación puesta al servicio de las partes para que desarrollen un adecuado interrogatorio a la luz de lo que ellas estiman más adecuado para sus respectivas teorías del caso y demostración de las mismas a través de la prueba que rinde; y, por otro, la norma tiene una segunda fase, asociada al objetivo de la misma, cual es la de constituir una instrucción para el sentenciador en cuanto a que frente a situaciones complejas y contradictorias *debe instar por la su superación* de la misma<sup>1402</sup>.

En nuestra opinión, la tarea de requerir al testigo, acusado o perito las explicaciones pertinentes corresponde prioritariamente a las partes en el sistema chileno, según el cual el debate y la prueba son cuestiones entregadas exclusivamente a las partes cumpliendo el tribunal un rol pasivo a su respecto. Sin embargo, no consideramos que se quebrante el principio acusatorio ni la imparcialidad del órgano jurisdiccional si, *ante la pasividad de las partes* tras la lectura del precedente disconforme, sea el tribunal el que requiera las explicaciones o aclaraciones al deponente para así completar el procedimiento de confrontaciones que establece el artículo 332 CPPCh. A mayor abundamiento, tal facultad se podría perfectamente incardinar dentro de la potestad que tiene el tribunal de efectuar preguntas aclaratorias al testigo o perito acerca de sus dichos del inciso cuarto del artículo 329 CPPCh.

Sin embargo, la Corte Suprema parece entregar el mecanismo del artículo 332 CPPCh al entero actuar de las partes litigantes, relegando al

---

<sup>1402</sup> SCA de Santiago, 15 junio 2010, Rol CA N° 650-2010, Redactor Ministro señor Raúl Héctor Rocha Pérez, Cdo. 14°.

tribunal a un rol puramente pasivo. Tal pronunciamiento fue emitido por el Alto Tribunal conociendo de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado por el motivo del artículo 373 letra a) CPPCh, por haberse infringido la presunción de inocencia, el debido proceso y el artículo 340 CPPCh, en lo relativo a que el tribunal formará su convicción sobre la prueba rendida en el juicio oral. Según el recurrente el acusado fue condenado exclusivamente con el mérito de la declaración prestada por la víctima en etapas previas al juicio oral y leída en éste a través del mecanismo del artículo 332 CPPCh. Concretamente, el recurrente señala que en su declaración del juicio la víctima señaló no recordar al acusado, razón por la cual el fiscal solicitó se leyera su declaración previa para refrescar la memoria de la testigo donde sí se había referido al acusado<sup>1403</sup>. Sin embargo, tras la lectura del precedente disconforme, el fiscal a cargo de su interrogatorio no procedió a preguntarle a la víctima acerca de esta contradicción u olvido y derechamente pasó a otro tema. Siendo así, el recurrente alega que se dio por cierto aquello que fue leído en el juicio oral y no la declaración del juicio de la víctima.

Ante este reclamo, la Corte Suprema señaló que aún siendo verdadero que el fiscal no interrogó a la víctima acerca de la divergencia u olvido, correspondía al ahora recurrente haber incidentado de inmediato el juicio oral y haber reclamado por el hecho que la víctima hubiese guardado silencio luego de leer su declaración previa, sin que se

---

<sup>1403</sup> Tal olvido era factible ya que el delito por el que se condenó al acusado era el contemplado en el artículo 367 *ter* CPCh: “El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro”.

le permitiera cambiar esa versión o pretextar algún motivo para aseverar algo diferente en ese momento, en el del juicio, cuando todos los intervinientes la escuchaban. Concluyó la Corte desechando el recurso por considerar que:

“Si el defensor recurrente no lo hizo en ese momento, no puede hacerlo ahora, porque ello repugna al ordenamiento jurídico, en cuanto el objeto de la exigencia de preparación de un recurso es precisamente que aquéllas cuestiones que no sean correctas o que no queden claras en instantes determinados del procedimiento, puedan ser reparadas de inmediato y no que sean «guardadas» para ser hechas valer con posterioridad”<sup>1404</sup>.

Sobre esta sentencia volveremos más adelante, en tanto la Corte Suprema elude pronunciarse sobre el tema de fondo denunciado en torno a la valoración positiva efectuada por el TJOP del precedente disconforme leído *ex* artículo 332 CPPCh, pero anotemos en esta sede que no concordamos con un proceder tan pasivo de los tribunales de instancia, puesto que el mecanismo del artículo 332 CPPCh está dirigido a cumplir alguno de los objetivos que el mismo prevé, los que únicamente se pueden lograr oyendo las explicaciones del testigo, por lo que, reiteramos, ante la pasividad de las partes, creemos que nada obsta a que sea el propio tribunal en requiera tales explicaciones, instando con ello a que el procedimiento de confrontación se complete y cumpla su finalidad.

Finalmente apuntamos que la necesidad de que el deponente proceda a proporcionar explicaciones dirigidas a superar la contradicción,

---

<sup>1404</sup> SCS, 8 agosto 2011, Rol CS N° 1141-2011, Redactor Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo, Cdo. 24°. (El entrecomillado es de la sentencia).



confusión u olvido son necesarias no solamente por una cuestión procedimental, sino especialmente porque los olvidos, contradicciones o confusiones no sólo se pueden deber a la mendacidad del testigo sino, tal como ya lo hemos señalado en este trabajo, a muchas otras causas propias de la psicología del testimonio, derivadas en algunos casos del excesivo transcurso de tiempo entre los hechos enjuiciados y el juicio oral; en ampliaciones o precisiones que libremente efectúa el propio declarante; en la forma en la que se desarrolla el interrogatorio del testigo, que puede requerir de quien declara mayor o menor precisión<sup>1405</sup>; en la posible existencia de presiones externas sobre el testigo, del miedo o de las tensiones que puede provocar la vista oral y pública en personas ajenas a la práctica judicial<sup>1406</sup>; y también en problemas de comunicación y lenguaje, derivadas de diferencias entre lo que se quiere decir y lo que se dice o lo que interpreta el que lee u oye la declaración escrita o en soporte de audio<sup>1407</sup>.

De ahí que las explicaciones que pueda proporcionar el testigo sea una cuestión crucial para completar el procedimiento de confrontaciones del artículo 332 CPPCh, en tanto sólo contando con estas explicaciones se puede aseverar que el contradictorio en la formación de esta prueba ha logrado su objetivo de hacer “saltar la chispa de la verdad”, usando terminología carneltuttiana<sup>1408</sup>, a la vez que se puede evaluar correctamente la credibilidad del testimonio prestado en el juicio.

---

<sup>1405</sup> STS 911/2008, (Sala Penal), 23 diciembre, FJ. 1º, Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez De Luarca.

<sup>1406</sup> Cfr. ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 190.

<sup>1407</sup> Cfr. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, 2ª ed., cit., pág. 214.

<sup>1408</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil. Derecho y proceso*, vol. I, cit., pág. 113.

## **8. Valor probatorio de las declaraciones leídas al amparo del artículo 332 CPPCh**

### **A) Declaraciones anteriores de testigos o acusados**

En esta materia lo cierto es que el artículo 332 CPPCh, al igual que el 714 LECRIM y a diferencia del 500.2 CPPi, no se pronuncia sobre el eventual valor probatorio del precedente disconforme leído a su amparo y ello pese a que, tal como ya lo señalamos, el tema fue advertido por los juristas extranjeros consultados en los trabajos parlamentarios del Código chileno en referencia, donde el Magistrado italiano Giovanni Salvi, recordando la experiencia italiana, señaló que era preciso que la norma chilena se pronunciara sobre el valor probatorio del precedente disconforme, ya sea otorgándosele o no, en tanto se trataba de una opción que había que tomar en forma muy consciente, porque de ella podía derivar el completo cambio de significado de la indagación preliminar<sup>1409</sup>.

En la doctrina nacional, hasta donde sabemos, no existen trabajos monográficos sobre la materia, emitiéndose las opiniones en el marco de manuales o estudios generales acerca del nuevo procedimiento penal chileno. Entre éstos últimos existen opiniones con las que concordamos, tales como la de Baytelman, quien señala que las lecturas que el artículo 332 CPPCh autoriza son legítimas, pero en el entendido de que la información proveniente de la lectura no constituye prueba, debiendo ser considerada por el tribunal sentenciador sólo para evaluar la credibilidad

---

<sup>1409</sup> *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Discusión General, 1.9: Consultas a los invitados extranjeros sobre el valor de las pruebas reunidas durante la investigación y otras materias, Intervención Fiscal Sr. diario de sesiones del Senado, págs. 66-67. (la cursiva es nuestra).

actual del testigo, pero en ningún caso como fundamento de su decisión en la sentencia<sup>1410</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Horvitz, al señalar que sólo constituye prueba la declaración del testigo que, confrontada a su declaración anterior, intenta aclarar o superar contradicciones, inconsistencias u omisiones, pero en ningún modo el contenido de la declaración anterior, sirviendo el mecanismo consagrado en el artículo 332 CPPCh sólo para reafirmar el contenido de la declaración prestada en el juicio o para introducir dudas respecto de la veracidad de la misma<sup>1411</sup>.

Sobre este punto nos hemos referido latamente con ocasión del estudio del artículo 714 LECRIM, remitiéndonos a las conclusiones que ahí expusimos por considerarlas completamente aplicables al mecanismo de confrontación establecido en el artículo 332 CPPCh, por lo que en esta sede sólo reiteraremos algunas ideas que nos parecen esenciales.

Lo primero es señalar que es preciso entender que fruto de la confrontación que establece el artículo 332 CPPCh se contará con dos elementos plenamente valorables por el tribunal sentenciador a efectos de la sentencia: la declaración pura y simple prestada en el juicio oral y las explicaciones que el deponente proporcione para salvar la contradicción, olvido o confusión.

Que en el caso que el deponente, confrontado con su declaración previa, proceda a admitir el precedente disconforme y a incorporar el contenido de este último a su declaración del juicio, aún cuando se mantenga la divergencia, estamos frente a lo que hemos denominado

---

<sup>1410</sup> BAYTELMAN A., Andrés, “El juicio oral”, en *Nuevo proceso penal*, cit., pág. 267.

<sup>1411</sup> HORVITZ LENNON, María I., “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., págs. 323-24.

teoría de la *prueba compleja atenuada*, pudiendo el tribunal en este caso valorar el contenido del precedente disconforme *pero sólo en la medida* que fue admitido e incorporado expresamente a la declaración del juicio. Bien mirada esta situación no plantea una excepción a la regla de centralidad del juicio oral en la producción de la prueba, en tanto ese precedente disconforme, con la admisión e incorporación expresa que efectuó el deponente, pasa a integrar la declaración del juicio oral siendo, en consecuencia, esta última declaración la que se valora.

En todos los demás casos, o sea cuando el deponente niega haber efectuado la declaración previa o niega haberla efectuado del modo que señala el acta leída, persistiendo de este modo la divergencia, el precedente disconforme leído sólo debe actuar como *prueba negativa* de lo declarado en el juicio, constituyendo un instrumento para medir la credibilidad de tal declaración, pero en caso alguno puede actuar como prueba positiva de los hechos narrados en el precedente disconforme.

En este punto nos reiteramos en lo pertinente en los argumentos ya expuestos para sustentar esta opinión con ocasión del análisis del artículo 714 LECRIM, destacando en esta sede tan sólo uno: la posibilidad de otorgar eficacia probatoria a efectos de la sentencia constituye una excepción a la regla de centralidad del juicio oral en la formación de la prueba consagrada en los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh, razón por la cual requeriría, en todo caso, de una norma expresa que así lo disponga. Como tal norma no existe sencillamente no cabe otorgar a las declaraciones anteriores leídas *ex* artículo 332 CPPCh eficacia probatoria a efectos de la sentencia, limitándose su rol exclusivamente a actuar en clave crítica de la declaración del juicio y de las explicaciones que en esta oportunidad el deponente proporcione, o sea, como un instrumento para medir la credibilidad del testigo o

acusado, pero en caso alguno como prueba positiva de los hechos narrados en el precedente. Lo anterior lo sostenemos incluso teniendo presente el tenor literal del inciso primero del artículo 334 CPPCh, puesto que entendemos que esta norma tiene un carácter genérico al contemplar varias hipótesis de prohibición, como son la de incorporar o invocar como medios de prueba y la de dar lectura a registros y documentos de la investigación realizados por la policía o el ministerio público, pero no es una norma que regule específicamente el valor probatorio de aquello que se lee o reproduce al amparo de los artículos 331 y 332.

Pero si se quiere adicionar argumentos más específicos en relación al sistema chileno para restar todo valor probatorio al precedente disconforme no admitido ni incorporado a la declaración del juicio por el propio deponente, hemos de consignar que ni el artículo 332 CPPCh ni, en especial, la jurisprudencia nacional exigen que dicho precedente se haya prestado rodeado de un mínimo de garantías procesales, que de alguna manera garanticen su legítima obtención. El asunto podría llegar a ser aún más grave si se considera, tal como lo hemos constatado en este trabajo, que buena parte de la jurisprudencia chilena incorpora dentro de las lecturas permitidas por el artículo 332 CPPCh a las declaraciones prestadas ante la policía, incluso los registros de diligencias policiales, con lo cual la posibilidad de otorgar eficacia probatoria a esta clase de “precedentes” no sólo vulnera las normas de los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh, sino también el contradictorio en la formación de la prueba y la *impermeabilidad* que impone el sistema acusatorio entre las fases de investigación y juicio oral.

Sin embargo, tras analizar diversos fallos emitidos por los Altos Tribunales chilenos referidos específicamente al artículo 332 CPPCh,

hemos también constatado la existencia de una cierta tendencia jurisprudencial en orden a otorgar valor probatorio a efectos de la sentencia al precedente disconforme leído al amparo de la indicada norma o, lo que es igualmente preocupante, a no considerar que tal valoración constituye una vulneración al debido proceso, al principio de contradicción en la formación de la prueba procesal y, si es la única prueba de cargo, al derecho a la presunción de inocencia.

Partamos por citar nuevamente la sentencia emitida por la Corte Suprema, de 8 de agosto de 2011<sup>1412</sup>, por la cual rechaza un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado por la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, por haberse infringido la presunción de inocencia, el debido proceso y el artículo 340 CPPCh, en tanto el fiscal no habría interrogado a la víctima acerca de la contradicción detectada en su declaración tras la lectura efectuada de su precedente disconforme al amparo del artículo 332 CPPCh y haberse basado la condena exclusivamente en dicho precedente.

Recordemos que ante esta queja efectuada por el recurrente, la Corte Suprema decidió no dar lugar al recurso aduciendo su falta de preparación en conformidad al artículo 377 CPPCh, considerando que la falta de interrogación acerca de la divergencia tras la lectura de la declaración previa se trató de un vicio de procedimiento que debió ser alegado inmediatamente durante la audiencia del juicio oral. Sin embargo, olvidó la Corte la segunda y más esencial queja del recurrente, consistente en que la condena se había basado exclusivamente en el mérito de la declaración anterior de la víctima. Respecto de esta última

---

<sup>1412</sup> SCS, 8 agosto 2011, Rol CS N° 1141-2011, Redactor Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo, Cdo. 24°.

queja no cabe el argumento relativo a la falta de preparación del recurso, en tanto la indebida valoración como prueba positiva del precedente disconforme se produjo en el pronunciamiento del fallo, tipo de vicio que el inciso segundo del artículo 377 exime de preparar por ser esta preparación jurídicamente imposible. Siendo así, debió la Corte Suprema verificar si efectivamente se había valorado como prueba positiva el precedente disconforme y si efectivamente la condena se había basado exclusivamente en él, situaciones que de haber sido comprobadas habrían importado la vulneración del debido proceso en general y de la presunción de inocencia en especial, procediendo acoger el recurso.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 18 de junio de 2009, expresamente señala que la confesión del imputado introducida al juicio mediante el mecanismo del artículo 332 CPPCh:

“[C]onfigura una *prueba expresamente reglada*, como todas las producidas en el proceso penal, por lo que *debe ser valorada* con arreglo a las normas de la sana crítica racional, del modo que lo exige el artículo 297 del Código Procesal Penal”<sup>1413</sup>.

A mayor abundamiento, esta sentencia termina por acoger el recurso de nulidad por considerar que la sentencia impugnada carecía de la motivación suficiente que exige el artículo 297 en relación a la letra c) del artículo 342, ambos del CPPCh, en tanto señala la Corte, en el considerando séptimo de su sentencia, que en parte alguna del fallo impugnado se hace mención a la contradicción que se advierte al haber confesado el acusado, en fases anteriores del procedimiento, su participación en el delito atribuido declarando tener pleno conocimiento

---

<sup>1413</sup> SCA de Santiago, 18 junio 2009, Rol CA N° 719-2009, Redactor Abogado Integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga, Cdo. 6°. (La cursiva es nuestra).

del carácter ilícito de la sustancia que transportó, por una parte, y la justificación que para exonerarse de la imputación dio en la audiencia del juicio oral, por otra, en donde señaló que lo declarado en el precedente se debió a que creía que confesando saldría en libertad. Acogiendo el recurso por la indicada falta de motivación, termina declarando la Corte, en el considerando octavo de su sentencia:

“Que una contradicción de tal entidad exigía a los jueces del TJOP explicarla y razonar en torno a la misma”.

Es decir, según entendemos, la Corte en referencia no sólo considera que el precedente disconforme es plenamente valorable en la sentencia, en igualdad de condiciones que la prueba rendida en el juicio oral, sino que, además, exige al tribunal sentenciador exponer en la motivación del fallo las razones por las cuales decide otorgar valor al precedente disconforme sobre la declaración prestada en el juicio y las declaraciones dadas por el deponente para justificar la contradicción.

La misma Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 15 de junio de 2010, vuelve sobre este tema exigiendo que la opción entre otorgar mérito probatorio al precedente disconforme leído *ex* artículo 332 CPPCh u otorgárselo a la declaración y explicaciones prestadas por el deponente en el juicio oral debe ser realizada a la luz de los demás elementos probatorios del juicio, señalando expresamente que:

“[F]rente a una manifiesta contradicción, generada probatoriamente en virtud del uso de la facultad del artículo 332 del Código Procesal Penal, el sentenciador no puede simplemente anular el valor probatorio de dicha prueba como única vía de solución o sin dar mayores explicaciones que la simple contradicción, y no puede hacerlo por un problema de lógica, pues la resolución de la contradicción siempre importa adoptar una decisión, decisión que por cierto no puede ser



tomada en virtud del mismo elemento que se está valorando, pues ahí el resultado siempre será cero. En definitiva, la opción debe ser tomada a la luz de los demás elementos probatorios que se hayan rendido en el juicio (...), cuestión que no necesariamente importa no anular el valor probatorio, pero si ese es el resultado, que lo sea a la luz de otras pruebas”<sup>1414</sup>.

## **B) Informe pericial**

Tal como lo hemos señalado, la confrontación que establece el artículo 332 CPPCh en torno a la prueba pericial, lo es entre la declaración prestada por el perito en el juicio oral y “partes del informe que él hubiere elaborado”.

Dado que la prueba pericial en el sistema chileno está constituida por la declaración personal que el perito efectúa en el juicio oral sobre el contenido de su informe previamente elaborado, tal como se desprende del artículo 329 CPPCh, creemos que todo lo dicho en torno a la ineficacia probatoria del precedente disconforme del testigo o acusado resulta aplicable al informe pericial leído *ex* artículo 332 CPPCh. Siendo así el informe pericial previamente elaborado por el perito, sólo ingresa al acervo probatorio a través de la declaración que el perito efectúa en el juicio oral y, eventualmente, a través de la admisión e incorporación expresa que el perito realiza en su declaración del juicio de aquella parte o partes que le fueron leídas de conformidad al artículo 332 CPPCh<sup>1415</sup>, o sea, en la hipótesis de lo que hemos llamado prueba compleja atenuada.

---

<sup>1414</sup> Sic., SCA de Santiago, 15 junio 2010, Rol CA N° 650-2010, Redactor Ministro señor Raúl Héctor Rocha Pérez, Cdo. 14°.

<sup>1415</sup> En el mismo sentido, HORVITZ LENNON, María I., “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., pág. 303.

Es más, la misma jurisprudencia, en sentencia de 23 de abril de 2008, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, ha señalado que la única función que cumple el informe pericial escrito presentado en la audiencia de preparación del juicio oral de conformidad al artículo 315 CPPCh, es permitir a las partes *preparar la litigación en el juicio* posibilitando, por un lado, a la parte que presenta al perito estructurar su examen directo sobre la base del conocimiento que tenga de las opiniones del perito vertidas en dicho informe, encajándolas en el relato general para acreditar su teoría del caso y, por otro, a la contraparte preparar su contraexamen o, aún antes, producir información propia que pueda controvertir en juicio a la que aportará el perito. Continúa esta sentencia señalando que:

“En el juicio mismo, el informe escrito *es equivalente a una declaración previa* del perito, en consecuencia, puede ser utilizado legítimamente para dos fines: refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales con el informe, según lo regula de manera expresa el artículo 332 del Código”<sup>1416</sup>.

## **9. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda***

Con base al estudio que hemos efectuado del mecanismo contemplado en el artículo 332 CPPCh, podemos llegar a las siguientes conclusiones y propuestas:

a) Al igual que lo sostuvimos con ocasión del análisis del artículo 714

---

<sup>1416</sup> SCA de Copiapó, 23 abril 2008, Rol CA N° 83-2008, Redactor Ministro señor Álvaro Carrasco Labra, Cdo. 4°. (La cursiva es nuestra). En sentido similar, HORVITZ LENNON, María I., “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal...*, T. II, cit., págs. 296 y 301-03.

LECRIM, el mecanismo contemplado en el artículo 332 CPPCh no constituye una excepción a la regla general de la centralidad del juicio oral en la producción de la prueba procesal destructora de la presunción de inocencia, consagrada en los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh. El precedente disconforme leído a su amparo sólo puede ser utilizado en clave crítica de la declaración prestada en el juicio y de las explicaciones que proporcione el deponente, constituyendo sólo un instrumento para medir la credibilidad de éste.

b) En cuanto a la teoría de la *prueba compleja atenuada*, ya hemos explicado que en realidad no constituye una excepción a la regla indicada, en tanto lo que se valora sigue siendo la declaración y explicaciones prestadas por el deponente en el juicio, sólo que en virtud de la admisión e incorporación expresa que éste efectúa de su precedente declaración, esta última pasa a integrar la declaración del juicio y sólo en esa medida es valorable por el tribunal.

c) En cuanto a los defectos procedimentales que hemos detectado estudiando la jurisprudencia chilena referida específicamente al artículo 332 CPPCh, sin perjuicio de considerar que el CPPCh contiene los instrumentos legales para superarlos, tal como en cada caso lo fuimos señalando, lo cierto es que sería conveniente que la norma en estudio incluyera expresamente referencias relativas a quiénes pueden solicitar las lecturas que la norma prevé; a la necesidad de que la solicitud de lectura sea fundada; a quién puede o debe efectuar materialmente la lectura; y, especialmente, a quién corresponde solicitar al testigo las

correspondientes explicaciones: si sólo a las partes o también al tribunal del juicio.

d) En materia jurisprudencial nos preocupa la tendencia detectada en la misma en torno a ampliar indebidamente el ámbito objetivo de aplicación del artículo 332 CPPCh, admitiendo la lectura de declaraciones prestadas ante la policía y de incluso atestados o informes policiales, por considerar que dicha ampliación se sustenta sobre una interpretación *contra legem* en razón de los argumentos que en su oportunidad expusimos.

e) Finalmente, nos preocupa de manera especial la tendencia jurisprudencial detectada en torno a otorgar eficacia probatoria a efectos de la sentencia al precedente disconforme leído *ex artículo 332 CPPCh*. Es de esperar que esta tendencia no se consolide porque, tal como hemos dicho, el otorgar tal eficacia al precedente disconforme no es un asunto que vulnere sólo los principios de contradicción e inmediación en la formación de la prueba procesal, sino que principalmente afecta a la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad del acusado. Lo anterior porque, precisamente, se valora como prueba unas declaraciones que en caso alguno alcanzan el *status* de prueba procesal en los términos exigidos por el mismo CPPCh, esto es, practicada en el juicio oral con respeto a los principios de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

f) Pero, además, esta preocupante tendencia jurisprudencial que otorga eficacia probatoria al precedente disconforme leído al amparo del artículo 332 CPPCh, afecta a la totalidad del *modelo acusatorio*, una de cuyos ejes centrales está constituido por la estricta separación entre las fases de investigación y de juicio oral, confiadas en Chile incluso a dos órganos

estatales distintos (MP y TJOP, respectivamente) y con la intrevención de dos órganos jurisdiccionales diversos (JG y TJOP, respectivamente), correspondiendo desarrollar la actividad probatoria, tanto en su formación como en lo relativo a su valoración, exclusivamente en el juicio oral, con plena actuación del contradictorio, oralidad, inmediación y publicidad. Coincidimos con Igartua Salaverría en señalar que otorgar rango de prueba de cargo a una declaración gestada en un contexto con tan graves y plurales carencias (de contradicción, de inmediación y de publicidad) “implica la bancarrota del modelo acusatorio”<sup>1417</sup>.

---

<sup>1417</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “El nombre...”, en *La Ley*, cit., pág. 1733.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** *El derecho a la presunción de inocencia sólo puede ser destruido por una auténtica prueba procesal.*

Esta afirmación constituye la premisa básica de que parte la noción de presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio penal fáctico e impone una serie de reglas que disciplinan prácticamente todo el procedimiento probatorio, desde la recogida de las fuentes de prueba, pasando por su admisión y práctica rodeada de las garantías legales y constitucionales hasta llegar incluso a la fase de valoración de la prueba a través del control de la racionalidad de la misma. Desde esta perspectiva, la prueba procesal debe considerarse como aquella obtenida y practicada con estricto respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales durante el curso del juicio oral y bajo el imperio de los principios de igualdad, contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

**SEGUNDA.** *La presunción de inocencia impone la prohibición de utilizar fuentes de prueba obtenidas y medios de pruebas practicados con vulneración de derechos fundamentales. Concepto de la prueba ilícita sensu stricto.*

Entendemos de manera general por prueba ilícita *sensu stricto* aquella obtenida o practicada con infracción de derechos y libertades fundamentales de rango constitucional. Con ello pretendemos diferenciarla de la prueba ilegal, que es aquella en cuya obtención o práctica se han infringido la legalidad procesal ordinaria o derechos constitucionales pero, en ambos casos, sin llegar a vulnerar derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución. Estas definiciones resultan más coherentes con el sistema procesal penal español, toda vez

que el legislador chileno amplió el ámbito de operatividad propio de la nulidad procesal, constituido principalmente por infracciones a la legalidad ordinaria, al ámbito de la vulneración de garantías y derechos reconocidos en la Constitución y demás leyes de la República (artículo 160 CPPCh). Si bien esta ampliación del ámbito de operatividad de la nulidad procesal en Chile puede merecer reparos desde el punto de vista dogmático, lo cierto es que a los efectos de la práctica procesal la consecuencia de esta clase de nulidad termina por ser idéntica a la prohibición de la prueba ilícita *sensu stricto*, toda vez que el inciso tercero del artículo 276 CPPCh dispone que en la audiencia de preparación del juicio oral se excluirán las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales y también las que “provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas”.

**TERCERA.** *Naturaleza jurídica de la prohibición de la prueba ilícita más coherente con el derecho a la presunción de inocencia.*

En general entendemos que la prohibición de la prueba ilícita significa de manera prioritaria una prohibición de admisión de la misma, y sólo si por alguna causa esta prueba logra traspasar dicha fase, por ejemplo, por ser desconocida para entonces la ilicitud, la misma no debe practicarse en el juicio oral, y, de haber sido practicada, la prueba no debe ser valorada, obrando entonces la prohibición en este último caso como una prohibición de valoración, lo cual significa que la prueba ilícita no producirá el efecto propio de la prueba entendida como *resultado*, cual es el de contribuir a formar la convicción judicial.

En el sistema español los posibles cauces procesales para inadmitir la prueba ilícita que reconocen un mayor apoyo jurisprudencial y doctrinal se encuentran constituidos por la aplicación supletoria al

procedimiento ordinario de la normativa específica que al respecto contempla el abreviado (artículo 786.2 LECRIM), todo ello mediante una interpretación sistemática de la LECRIM o, bien de la normativa específica que sobre este punto contempla la LEC en su artículo 287, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la misma ley. Si, en cambio, el tema de la ilicitud de la prueba no fue planteado antes por ser, por ejemplo, desconocido, logrando ser practicada dicha prueba, la única opción coherente con el respeto de los derechos fundamentales, será que el juez de manera unilateral tenga por no admitida ni practicada la prueba, solución que se impone para el juzgador incluso sin contradicción de las partes, entendiéndose que la contradicción sólo sufre una postergación hasta el momento de la interposición de los respectivos recursos procesales contra la sentencia definitiva. Finalmente, si el tribunal sentenciador hubiese infringido la prohibición de valorar la prueba ilícitamente obtenida del artículo 11.1 LOPJ, tomando en cuenta dicha prueba para formar su convicción, el único camino posible será combatir la sentencia definitiva así pronunciada a través de los recursos que resulten procedentes.

En el sistema chileno, la inadmisión la prueba ilícita debe ser discutida contradictoriamente en la audiencia de preparación del juicio oral de acuerdo al inciso tercero del artículo 276 CPPCh. Sin embargo, abogamos por que se conceda un recurso de apelación a la defensa para posibilitar la revisión por un tribunal superior sobre la decisión del JG de admitir en el auto de apertura del juicio oral prueba de cargo tachada de ilicitud por la defensa, pero cuya tacha no fue acogida por dicho tribunal, recurso que actualmente el artículo 277 CPPCh no contempla. Lo anterior porque, una vez admitida la prueba de cargo tachada de ilícita por la defensa, la doctrina científica y la jurisprudencia mayoritaria de



Chile señalan como único camino posible el deber del TJOP de valorar dicha prueba para fundar su sentencia, remediándose tan grave falta sólo a través del eventual acogimiento de un ulterior recurso de nulidad del juicio oral y de la sentencia en virtud del artículo 373 letra a) CPPCh. Esta solución nos parece completamente irracional, puesto que respecto de la ilicitud de una prueba bien pueden aparecer nuevos antecedentes con posterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral que permitan acreditarla o la misma quedar de manifiesto en la propia audiencia del juicio oral. Siendo así, creemos imprescindible que la jurisprudencia admita que en estos casos se abra en la audiencia del juicio, y en lo posible antes de la práctica de la prueba para evitar el efecto contaminante o psicológico en los jueces del TJOP, un incidente contradictorio dirigido a discutir la ilicitud y eventual exclusión del medio de prueba cuestionado, al amparo de los actuales artículos 290 y 334 inciso segundo CPPCh, solución que hasta la fecha no encuentra acogida por los tribunales chilenos. Sin perjuicio de ello, proponemos la introducción de una norma expresa que admita en el juicio oral la promoción de un incidente contradictorio, incluso restringido y, si se quiere, para casos excepcionales, destinado a ventilar la eventual ilicitud de un medio de prueba, o bien se incorpore una norma que autorice al tribunal de oficio para decretar la exclusión de una prueba ilícita a semejanza del artículo 192.2 CPPi.

**CUARTA.** *La presunción de inocencia que impone la prohibición de utilizar fuentes de prueba obtenidas y medios de pruebas practicados con vulneración de derechos fundamentales también abarca a aquellas pruebas derivadas de una primigenia ilicitud. Doctrina de los*

*frutos del árbol envenenado.*

Tanto en España como en Chile existe amplia acogida jurisprudencial a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, entendiendo que la presunción de inocencia no sólo impide admitir, practicar o, en su caso, valorar la prueba ilícitamente obtenida, sino también aquellas que se derivan de una primigenia ilicitud. Esta conclusión encuentra sustento en España en la expresión “indirectamente” utilizada por el artículo 11.1 LOPJ y, tanto en España como en Chile, en el lugar preeminente que ocupan los derechos fundamentales en ambos sistemas, que imponen la no utilización de las pruebas ilícitas a los efectos de la sentencia, por cuanto admitir como válidas las pruebas derivadas de una primigenia vulneración de derechos fundamentales equivaldría a reconocer a la prueba ilícita en general una mera ineficacia formal, sin trascendencia en la práctica. En cuanto a la intensidad del nexo causal, dada la dificultad de una indagación dirigida a confirmar la conexión entre la ilicitud originaria y la prueba lícita pero derivada de la anterior y la compleja probanza de la misma, resulta más acorde con el derecho a la presunción de inocencia considerar que basta la “simple probabilidad” de existencia de este nexo para aplicar la regla de exclusión, sin que sea necesaria una prueba absoluta de la conexión causal, prueba que en muchos supuestos devendría imposible.

**QUINTA.** *En cuanto a las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado.*

En España y Chile tales excepciones han sido desarrolladas sólo por vía jurisprudencial. Dentro de las acogidas por la jurisprudencia española encontramos la excepción de la fuente independiente, que no la consideramos una excepción sino más bien una consecuencia lógica de la

falta de nexo causal que exige la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita; la excepción del nexo causal atenuado, que consideramos no resulta aplicable en el sistema procesal penal español en razón del fundamento constitucional que reconoce la ineficacia de la prueba ilícita en dicho sistema; y la doctrina de la conexión de antijuridicidad. Esta última doctrina postula que la prueba, para considerarse derivada de una previa vulneración de derechos fundamentales y así quedar excluida del proceso por aplicación del artículo 11.1 LOPJ conforme a la teoría de los frutos del árbol envenenado, no sólo debía poseer con ésta una conexión o nexo causal natural, material o fáctico, sino que además debía reconocer una conexión jurídica con la misma. Sólo así la antijuridicidad de la primigenia vulneración de derechos fundamentales se entendería transmitida a la prueba refleja o derivada de ella. Para precisar la aplicación de esta teoría, la doctrina de los Altos Tribunales españoles ha establecido dos criterios, uno interno y otro externo, que en cierta medida no hacen sino recoger algunas de las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado creadas por la jurisprudencia norteamericana y cuya aplicación en el sistema español puede ser cuestionable atendido el fundamento constitucional que la prohibición de la prueba ilícita reconoce en este sistema. De esta forma consideramos que mediante el criterio interno se recogen las excepciones del nexo causal atenuado y la del descubrimiento inevitable, mientras que en el criterio externo se hace otro tanto con la excepción de buena fe.

Por su parte, la jurisprudencia chilena acepta, sin mayores argumentos y reflexiones, cuatro excepciones a los efectos reflejos de la prueba ilícita: a) La *buena fe*, que no es una excepción a tales efectos sino a la prohibición de la prueba primigeniamente ilícita y que, en todo caso, no tiene cabida en el sistema chileno o al menos no debiera tenerlo

dado el fundamento constitucional de esta prohibición; b) La *judicialización del asunto*, excepción de creación jurisprudencial con la que no concordamos porque tiene pretensión de operar automáticamente a partir de la formalización de la investigación y con total prescindencia del análisis del nexo causal entre la original ilicitud y sus posibles derivaciones y porque también parece un intento velado de incorporar al sistema chileno la excepción de buena fe; c) El *descubrimiento inevitable*; y d) El *nexo causal atenuado*; excepciones estas dos últimas que no debieran tener aplicación dado el fundamento constitucional de la ineficacia de la prueba ilícita en Chile que impone el respeto irrestricto a los derechos fundamentales en la obtención del material probatorio en que puede fundarse una sentencia penal.

**SEXTA.** *La presunción de inocencia como fundamento último de la prohibición de valorar la prueba ilícita y fundar en ella una sentencia de condena.*

Si bien consideramos que en ambos sistemas procesales penales el fundamento último de la prohibición de la prueba ilícita, sea en cuanto a su admisión, práctica o valoración, debiera ser el derecho a la presunción de inocencia en su faceta de regla probatoria, lo cierto es que la cuestión no es tan clara en el plano jurisprudencial. En España, el TC, en su sentencia 81/1998, desplazó el fundamento de esta prohibición desde el derecho a la presunción de inocencia a la infracción a un proceso con todas las garantías y sólo secundariamente al de la presunción de inocencia, es decir, para el evento que la condena se haya basado exclusivamente en la prueba ilícita, sin que existan en la causa otras pruebas válidas e independientes para fundar dicha condena. Esta doctrina ha conducido a que se considere, en sede de casación y amparo, vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y, pese a ello,

el recurso no sea acogido por no haberse infringido la presunción de inocencia al existir en la causa otras pruebas válidas e independientes en las que se funda también la sentencia. Creemos que este cambio de fundamentación, si bien podría considerarse innecesario y redundante, lo cierto es que en el plano jurisprudencial el mismo no ha ocasionado alguna merma en el control de la observancia de la prohibición de valorar a los efectos de la sentencia la prueba ilícita y, por tanto, en el examen del tribunal superior del respeto del derecho a la presunción de inocencia. Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia española, enfrentada a recursos fundados en valoración de prueba ilícita, ha continuado analizando si tal valoración ha sido fundamento exclusivo de la sentencia, con lo cual, el análisis jurisprudencial sigue centrándose en la presunción de inocencia. En consecuencia, creemos que en el sistema español podría considerarse la propuesta de volver a reconducir la valoración de la prueba ilícitamente obtenida y practicada a la infracción al derecho a la presunción de inocencia que, consideramos, es su cauce natural, pero no porque este cambio de fundamento haya mermado la cabal revisión efectuada por los Altos Tribunales españoles sobre el respeto a este último derecho, sino porque el mismo ha convertido al derecho a un proceso con todas las garantías en un derecho meramente formal, cuya infracción no acarrea consecuencias procesales en torno a la validez de la sentencia.

En el sistema chileno, los recursos de nulidad interpuestos por la defensa en razón de haberse valorado una prueba ilícita, que hemos estudiado en este trabajo, se han fundado en la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, incardinándola específica y exclusivamente en la vulneración del artículo 19 núm. 3 inciso sexto CCH, esto es, en haberse infringido el derecho a un procedimiento y una investigación racionales y

justos, sin mencionar la posible infracción del derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio penal. Si nos adscribimos, como resulta válido hacerlo ante la parquedad de la CCh en materia de garantías procesales, a la tesis de que el derecho a un debido y justo proceso en Chile no tiene otra posibilidad que encontrarse integrado por todas aquellas garantías que no encuentran un reconocimiento expreso en la Constitución, podríamos concluir que la presunción de inocencia integraría también este amplísimo derecho a un debido y justo proceso. Sin embargo, la exclusión de la presunción de inocencia como fundamento directo del recurso de nulidad por la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, estimamos que deja la puerta abierta para terminar por considerar que la infracción a este amplísimo derecho a un debido y justo proceso no posee consecuencias procesales en aquellos casos en que existan en la causa otras pruebas válidas e independientes de la prueba ilícita indebidamente valorada en las cuales fundamentar la sentencia, a semejanza de lo que ocurre en el sistema español. De ahí que abogemos por la utilización directa del derecho a la presunción de inocencia como fundamento de esta clase de recursos, toda vez que este derecho tiene reconocimiento expreso en los tratados internacionales y la causa del artículo 373 letra a) CPPCh también contempla la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, de derechos o garantías asegurados “por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Con ello la ineficacia de la prueba ilícita en Chile reconocería como fundamento directo el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de prueba y de formación del juicio penal y no un amplísimo e indeterminado derecho a un justo proceso.

**SÉPTIMA.** *La actividad probatoria capaz de destruir el derecho a la presunción de inocencia es, por regla general, sólo aquella practicada en el juicio oral con respeto a las garantías procesales de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad y con respeto a las normas procesales que regulan la actividad probatoria en general y la práctica de cada medio probatorio en particular.*

Sólo en la audiencia del juicio se puede garantizar la plena actuación de los principios de contradicción, igualdad, oralidad, inmediación, concentración y publicidad en la formación de la prueba. Esta regla, además, permite distinguir con claridad los actos de prueba de aquellas actuaciones de investigación realizadas durante la fase sumarial o de investigación del proceso penal que constituyen meros actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, cuya finalidad no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la sentencia y que sólo tienen por objetivo la preparación del juicio oral, permitiendo su apertura, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para fundar las respectivas tesis de la acusación y la defensa y, en concreto en el caso chileno, fundar la convicción acusatoria del ministerio público para formular la acusación.

**OCTAVA.** *Resulta acorde con el derecho a la presunción de inocencia el establecimiento de hipótesis legales de excepción a la práctica de la prueba en el juicio oral.*

Resulta imprescindible buscar un equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el garantismo, equilibrio que necesariamente ha de fundarse sobre los caracteres de *taxatividad* y *excepcionalidad* y, por tanto, de interpretación restrictiva de las hipótesis legales que permiten introducir material formado fuera del contradictorio de las partes en el

juicio como elemento base de una sentencia penal, puesto que precisamente son la separación entre las fases de investigación y de juicio oral y el principio de formación de la prueba en esta última fase, mediante el método dialéctico que proporciona el contradictorio, los aspectos, tal vez los más relevantes, que caracterizan al proceso o juicio acusatorio penal. Tal equilibrio torna oportuno el establecimiento de diversas hipótesis legalmente previstas en que las *fuentes de pruebas* recogidas durante la instrucción o fase de investigación no están disponibles en el momento oportuno para introducirlas al juicio oral mediante la práctica del correspondiente *medio de prueba*, por causas de imposibilidad material absoluta de naturaleza previstas o previsibles racionalmente o imprevistas y sobrevenidas.

**NOVENA.** *La prueba anticipada constituye una actividad probatoria susceptible de destruir el derecho a la presunción de inocencia bajo ciertas condiciones previstas en la ley o dispuestas por la jurisprudencia.*

*En España.* La previsibilidad racional de la eventual indisponibilidad de la fuente de prueba para la audiencia de juicio oral permite aceptar en el ordenamiento procesal penal español la posibilidad de anticipar la prueba, aún en fase sumarial, pero a condición de que la misma se practique con pleno respeto al principio de contradicción, viéndose afectados solamente los de inmediación y concentración de la práctica de la prueba en el juicio oral. Dado que en la única fase procedimental en la que se verán afectadas estas dos últimas garantías de la práctica de la prueba es en la sumarial, consideramos que las diligencias solicitadas, admitidas y practicadas en esta fase con fines probatorios deben ser consideradas como las únicas hipótesis de anticipación probatoria que constituye una auténtica excepción a la regla



del artículo 741 LECRIM que erige al juicio oral como el momento central para la práctica de la prueba. Ello, porque en la práctica anticipada de prueba llevada a cabo en la fase intermedia, cuando proceda, y en la fase de juicio oral, sólo se ve afectada la garantía de concentración mas no la de inmediación judicial ni menos aún la de contradicción. Por su parte, cualquier diligencia o actuación realizada durante la fase de instrucción en cuya práctica no se ha dado cumplimiento al principio de contradicción por falta, por ejemplo, de imputado determinado o ausencia de letrado defensor, consideramos que no debe valer como prueba anticipada, pudiendo, en el mejor de los casos, sólo aspirar a ser introducida en el juicio oral por la vía del artículo 730 LECRIM y quedando condicionada la posible adquisición de valor probatorio a los requisitos establecidos por dicha norma y a un riguroso análisis por parte de la jurisprudencia de las garantías que rodearon la práctica de la diligencia cuya lectura se solicita.

Respecto de la regulación que admite esta prueba en la LECRIM entendemos que la misma requiere de algunas modificaciones tendentes a otorgarle un tratamiento sistemático que, por ejemplo, contemple algún catálogo de causas semejantes a las del incidente probatorio italiano reguladas taxativamente en el artículo 392 comas 1 y 1 *bis* CPPi, y ello a pesar de que los conceptos de imposibilidad o *irrepetibilidad* y de previsibilidad son muy elásticos y deben permanentemente ser completados por la jurisprudencia; pero, en la medida que exista esta regulación, entendemos que es más factible exigir una interpretación restrictiva de la misma y, con ello, disminuir los márgenes de discrecionalidad judicial en un tema tan sensible para el respeto al derecho a la presunción de inocencia, como es el de las excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral. Pese a ello, creemos que

mayoritariamente la jurisprudencia española presta especial atención al cumplimiento del principio de contradicción en la práctica de la prueba anticipada sumarial, estableciendo como regla que esta clase de prueba sólo es admisible en la medida que se haya previsto la imposibilidad de su práctica en el juicio oral y siempre que en su producción se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, con lo cual creemos se protege adecuadamente la presunción de inocencia, en tanto ésta impone que la prueba procesal apta para destruirla es, por regla general, la practicada en el juicio oral con respeto a todas las garantías legales y constitucionales.

*En Chile.* En Chile no cabe sino adscribirse a una noción amplia de la prueba anticipada, en tanto el CPPCh la regula de manera expresa, prescribiendo que su práctica puede producirse en la fase de investigación una vez formalizada la misma, en la fase de preparación del juicio oral y en la de juicio oral propiamente antes del inicio de las sesiones del juicio, y en cualquiera de estos casos en el marco de una audiencia contradictoria ventilada ante el JG, con lo cual no se afectan los principios de oralidad y de contradicción en la formación de la prueba, pero sí se sacrifican la inmediación del tribunal sentenciador y la concentración del juicio oral.

En torno al régimen legal de la prueba anticipada en Chile, podemos apuntar como las principales ventajas o puntos positivos los siguientes: a) La expresa exigencia formulada por el legislador chileno en torno a que la prueba anticipada debe producirse de acuerdo a las reglas que rigen la práctica de la prueba en el juicio oral, con lo cual el respeto por el principio de contradicción en la formación de esta clase de probanza viene garantizada por el propio legislador; b) La regulación expresa a partir del año 2008 en el artículo 191 *bis* CPPCh como

hipótesis de anticipación probatoria, es decir, como causa racionalmente previsible de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, la condición de víctima menor de edad de los delitos sexuales que la norma prescribe, en tanto esta regulación es coherente con el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989; y c) La exigencia que se desprende con cierta claridad de la letra a) del artículo 331 CPPCh en orden a que la lectura o reproducción de las declaraciones prestadas bajo el régimen de prueba anticipada queda condicionada al mantenimiento o materialización de la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, en tanto creemos que esta previsión legal ha permitido configurar a la anticipación de prueba en Chile como una clara excepción a la regla de que la prueba que debe servir de base a la sentencia es, por regla general, la practicada en el juicio oral de los artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh, aminorando, al menos en el plano legislativo, el riesgo de que la excepción pueda convertirse en la regla general.

Como aspectos deficientes de esta regulación legal y de su somero tratamiento jurisprudencial podemos consignar tres cuestiones que nos parecen esenciales:

a) El principal defecto que encontramos a la regulación chilena de la anticipación probatoria es el innecesario sacrificio de la inmediación judicial en la práctica de la prueba anticipada en la fase de preparación del juicio oral y en la de juicio oral, al verificarse ambas ante el JG y no ante el TJOP competente. Si bien es totalmente aceptable que, por imperativo del principio acusatorio que supone la hermética separación entre las fases de investigación y la del juicio oral mediante la intervención de dos órganos jurisdiccionales distintos, la prueba anticipada practicada en la fase de investigación se efectúe ante el JG

respectivo, no resulta igualmente aceptable ni entendible que la practicada en la fase intermedia y en la de juicio oral lo continúe siendo ante el JG. Ni en los trabajos parlamentarios del CPPCH ni en los de la ley 20.253 de 2008 encontramos argumentos sólidos para sustentar la regulación actual de esta materia, en tanto el argumento dado con ocasión de los trabajos parlamentarios del primero en orden a proteger la inmediación ante eventuales cambios de integración del TJOP competente para conocer del juicio oral, no nos parece en absoluto convincente ni lógico al considerar que la opción adoptada implicó reemplazar un *posible* sacrificio de la inmediación del tribunal sentenciador por un sacrificio *definitivo y cierto* de dicho principio en la práctica anticipada del respectivo medio de prueba, sacrificio que bien pudo evitarse al menos en la fase de juicio oral permitiendo que en esta última la prueba anticipada fuera practicada ante el TJOP competente.

b) En la audiencia del juicio oral los jueces del TJOP deben comprobar e interpretar restrictivamente si se dan los requisitos del artículo 331 letra a) CPPCh para proceder a dar lectura o a reproducir los registros de la prueba anticipada practicada en fases procedimentales anteriores, cuestión que no se deriva de la lectura de los diversos fallos analizados sobre la materia.

Lo anterior resulta especialmente relevante con miras al cumplimiento del requisito de preparación del recurso de nulidad exigido en el artículo 377 CPPCh, especialmente para la defensa del acusado que pretende fundar un futuro recurso de nulidad por haberse valorado una prueba anticipada de cargo respecto de la cual estima que no se daban algunos de los requisitos legales, fundamentalmente en lo relativo al mantenimiento o materialización de la causa de indisponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral.

No hemos detectado en los fallos analizados que haya existido alguna incidencia en el juicio oral destinada a discutir la concurrencia del requisito apuntado. Más bien lo que hemos apreciado es que, habiéndose practicado prueba anticipada, su introducción a este último, mediante la lectura o reproducción de los registros en que conste la diligencia, deviene *automática*, sin que se constate si la causa de indisponibilidad de la respectiva fuente de prueba se materializó o, al menos, se mantiene, con lo cual creemos que la estricta regulación dada por la letra a) del artículo 331 CPPCh está siendo desatendida por la jurisprudencia nacional, quien no está otorgando a esta disposición legal la interpretación estricta que impone su carácter de excepción a la práctica de la prueba en el juicio oral.

c) Finalmente, creemos que la lectura o reproducción *efectiva e integra* del registro de la prueba anticipada constituye un presupuesto imprescindible para la correcta incorporación de la prueba anticipada. Siendo así, creemos que la norma que faculta al tribunal, con el acuerdo de las partes, a autorizar lecturas parciales o resumidas de prueba documental o registros audiovisuales u otros medios electrónicos (artículo 333 CPPCh) debe ser considerada por la jurisprudencia como inaplicable para el caso de la prueba anticipada en tanto se trata de una norma que regula de manera genérica las lecturas de documentos o reproducciones de registros de audio presentados como medios de prueba y no específica de la prueba anticipada. Además de lo anterior, las lecturas o reproducciones parciales son susceptibles de ocasionar la descontextualización de los dichos del deponente a la vez que constituyen una metodología que termina por privar al TJOP del cabal conocimiento de dicha prueba y por afectar el derecho de las partes al debido contradictorio *sobre* la prueba.

**DÉCIMA.** *La presunción de inocencia puede ser destruida por diligencias de instrucción judicial o de investigación leídas al amparo del artículo 730 LECRIM o del artículo 331 letras b, c y d CPPCh.*

*En España.*

*A) Eficacia probatoria.* La diligencia de instrucción judicial leída *ex artículo 730 LECRIM* puede ingresar al acervo probatorio y tornarse en un elemento valorable por el tribunal sentenciador para fundar una condena y con ello destruir la presunción de inocencia, siempre que se cumplan rigurosamente y se interpreten de manera estricta los requisitos de forma y fondo establecidos por la ley y la jurisprudencia para proceder a tal lectura, especialmente en lo que dice relación con la contradicción en la práctica de la diligencia sumarial y la lectura efectiva de la respectiva acta. Esto por cuanto todos estos requisitos precisamente apuntan a otorgar validez a la diligencia sumarial para así dotarla de una eficacia probatoria de la que originariamente carece, debiendo descartarse la lectura en todos aquellos eventos en que parece dudosa la concurrencia de alguno o algunos de tales requisitos.

*B) Incidencia de la incorrecta aplicación del artículo 730 LECRIM en el derecho a la presunción de inocencia.* En cuanto a la incidencia en la presunción de inocencia de la valoración de una diligencia sumarial sin que se haya dado estricto cumplimiento a todos los requisitos que impone esta norma, debemos señalar que, según la jurisprudencia, una vez constatada tal deficiencia la lectura se torna inválida y el contenido de la diligencia necesariamente debe excluirse del acervo probatorio por considerarse vulnerado el *derecho a un proceso con todas las garantías*. Sin embargo, la presunción de inocencia sólo se verá vulnerada si la condena se hubiese basado exclusivamente en

aquella diligencia sumarial, debiendo el tribunal revisor efectuar un segundo análisis en orden a determinar si la prueba excluida era o no esencial o era la única prueba de cargo y así establecer si en la causa existió o no una mínima actividad probatoria de cargo. Si la prueba excluida era esencial o la única, la sentencia se anulará por vulnerar la presunción de inocencia al no ser suficiente la prueba de cargo o existir derechamente un vacío probatorio, respectivamente, cuestión que el TC considera que puede ser perfectamente establecido por el Alto Tribunal, sin necesidad de reenvío a la jurisdicción ordinaria cuando la entidad de dicha prueba se derive claramente de la motivación de la resolución judicial que indebidamente la valoró. Al igual que en el caso de la valoración de prueba ilícita, nuevamente en el sistema español se produce la redundante invocación del derecho a un proceso con todas las garantías, cuya vulneración puede no ocasionar consecuencias procesales, limitándose sólo a tener efectos meramente declarativos si es que en la causa no se estima vulnerada la presunción de inocencia por existir otras pruebas válidas en que fundar la sentencia.

#### *En Chile*

*A) Carencia de regulación expresa en el CPPCh acerca de declaraciones de fuentes de pruebas personales o coimputados que se encuentren afectados por una causa absoluta de indisponibilidad para el juicio oral pero de carácter imprevista e imprevisible racionalmente y que no sea la rebeldía del coimputado.* Este supuesto no encuentra en el CPPCh regulación expresa ni un cauce procesal específico, que posibilite el eventual ingreso de este material al acervo probatorio en el que el tribunal puede fundar su convicción. Tal posibilidad la admitimos únicamente en el caso en el que dichas declaraciones se hayan prestado con las debidas garantías procesales, al menos en materia de

contradictorio en su formación. El riesgo de esta falta de regulación expresa deviene de la circunstancia de que tal supuesto, de acaecimiento relativamente normal en los procesos judiciales, pueda comenzar por ser admitido por la vía meramente jurisprudencial, estableciéndose al margen de la ley una tan importante “excepción” a la regla de que la prueba procesal capaz de destruir la presunción de inocencia debe ser la practicada en el juicio oral.

*B) Carencia de exigencia expresa, legal o jurisprudencial, del agotamiento previo de los medios legales para obtener la comparecencia de los testigos, peritos o coimputados para proceder a las lecturas de las letras c y d del artículo 331 CPPCh.* Salvo el caso de la letra b) de este artículo, que es el de la incorporación consensuada, creemos que la circunstancia de que se hayan agotado todos los medios legales para obtener la comparecencia de los testigos, peritos o coimputados constituye un presupuesto para proceder a las lecturas que la norma autoriza. Pese a que el CPPCh no lo exige expresamente, consideramos que la jurisprudencia debiera verificar este presupuesto atendido el carácter excepcional de la norma, a la vez que dejar constancia en la motivación de las sentencias, al menos en su parte expositiva, de las diligencias efectuadas por las partes y el tribunal para obtener la comparecencia de estas fuentes personales de prueba o coimputados, constancia que en todos los casos analizados en este trabajo no aparece en las sentencias por lo que su cumplimiento es incierto. Ya hemos advertido que con la falta de esta previsión se corre el riesgo de que en la práctica el sistema vaya desvirtuándose al punto de convertir a las excepciones en la regla general.

*C) Falta de exigencia legal y jurisprudencial en torno a que la declaración leída haya sido prestada en su oportunidad con la debida*



*contradicción.* Ni el CPPCh ni la jurisprudencia chilena exigen de manera expresa que en los casos de las letras b) a d) del artículo 331 CPPCh la declaración anterior del testigo, perito o coimputado, según el caso, haya sido rendida contradictoriamente, es decir, que la defensa del acusado haya tenido una oportunidad efectiva de formular su conainterrogatorio, aunque por negligencia o libre elección haya decidido no ejercer este derecho. En el caso de la letra b) la falta de contradictorio tiene el contrapeso en la exigencia del consenso de todas las partes en la incorporación de la declaración previa y en la aprobación judicial, y en el caso de la letra c) puede entenderse que la posibilidad de lectura, pese a la falta de contradictorio, de declaraciones de testigos, peritos o coimputados cuya incomparecencia en el juicio fuere imputable al acusado, constituye una verdadera sanción procesal para el acusado, siempre que se compruebe fehacientemente que la incomparecencia le fue realmente imputable. Sin embargo, la falta de exigencia de contradicción en las declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el JG susceptibles de ser leídas en el juicio oral al amparo de letra d) del artículo 331 CPPCh no encuentra remedio ni por la vía legal ni por la jurisprudencial, según hemos constatado. De ahí que propongamos reformas legislativas y una mayor preocupación de la jurisprudencia destinadas a garantizar de manera expresa el contradictorio en la formación de la prueba, especialmente en el caso de la letra d de la citada disposición.

**UNDÉCIMA.** *Lectura de declaraciones sumariales o de investigación para superar contradicciones, olvidos o confusiones de conformidad a los artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh y su falso carácter de excepción a la regla de que la presunción de inocencia sólo puede ser destruida por la prueba practicada en el juicio oral.*

Para llegar a esta conclusión resulta prioritario precisar de manera previa cuál es el eventual valor probatorio que le atribuimos al precedente disconforme leído al amparo de los artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh. Para dilucidar este punto creemos oportuno distinguir, al menos, dos situaciones diversas: A) Aquellos casos en que el precedente es admitido por el deponente e incorporado expresamente a su declaración del juicio oral, aún cuando se mantenga la divergencia. En tales supuestos nos parece que el precedente pasa a integrar la declaración del juicio oral, pudiendo ser valorado por el tribunal sentenciador en igualdad de condiciones que la declaración misma del juicio oral y las explicaciones o excusas de olvido dadas en éste por el deponente. Siendo así, somos partidarios de la tesis de la *prueba compleja atenuada*. Con todo, este supuesto en realidad no constituye una excepción a la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba procesal, en tanto lo que se valora sigue siendo la declaración y explicaciones prestadas por el deponente en el juicio, sólo que, en virtud de la admisión e incorporación expresa que éste efectúa de su precedente declaración, esta última pasa a integrar la declaración del juicio y sólo en esa medida es valorable por el tribunal. B) Aquellos casos en que el deponente niega haber efectuado la declaración previa o niega haberla efectuado del modo que señala el acta leída o registro reproducido, persistiendo de este modo la divergencia y siempre que las explicaciones dadas por el deponente no resulten satisfactorias para justificarla. En estos casos, el precedente disconforme debe actuar como *prueba negativa* de lo declarado en el juicio, constituyendo un instrumento dirigido sólo a medir la credibilidad de tal declaración, pero no puede actuar a la vez como prueba positiva de los hechos en él narrados.

La anterior conclusión encuentra asidero en la circunstancia de que ambas disposiciones, artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh, nada establecen en torno a la eficacia probatoria del precedente disconforme, por lo que, dado su carácter excepcional, sólo admiten una interpretación restrictiva. Contribuyen a alcanzar la misma conclusión la interpretación sistemática de los artículos 714, 715, 954.3 y 741 LECRIM y de los artículos 190 inciso primero, 296, 334 y 340 inciso segundo CPPCh, disposiciones todas que apuntan a la ineficacia probatoria a efectos de la sentencia del precedente disconforme y a fortalecer el principio de la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba. En el caso específico de España, se suma la circunstancia de que cuando el legislador español tuvo oportunidad de pronunciarse expresamente sobre el punto en el artículo 46.5 párrafo segundo LOTJ de 1995, lo hizo en términos de negar eficacia probatoria al precedente disconforme.

**DUODÉCIMA.** *Tendencia jurisprudencial a otorgar eficacia probatoria al precedente disconforme leído al amparo de los artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh.*

Hemos detectado una mayoritaria tendencia jurisprudencial tanto en España como en Chile que contradice la conclusión arriba expuesta, otorgando eficacia probatoria a los efectos de la sentencia al precedente disconforme negado o no admitido en la audiencia del juicio oral por el respectivo deponente.

La situación en Chile es aún más grave al efectuar la jurisprudencia chilena una interpretación *contra legem* que amplía indebidamente el ámbito objetivo de aplicación del artículo 332 CPPCh, admitiendo la lectura de declaraciones prestadas ante la policía y de incluso atestados o informes policiales.

Es de esperar que esta tendencia no continúe consolidándose en tanto otorgar tal eficacia al precedente disconforme no es un asunto que vulnere sólo los principios de contradicción e inmediación en la formación de la prueba procesal, sino que principalmente afecta a la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio acerca de los hechos determinantes de la responsabilidad del acusado, al sustentar una condena sobre un material que en caso alguno alcanza el *status* de prueba procesal, esto es, practicada en el juicio oral con respeto a los principios de contradicción, oralidad, inmediación, concentración y publicidad. Pero, además, porque tal postura jurisprudencial afecta una de las exigencias que más claramente impone el principio acusatorio en torno a la separación e *impermeabilidad* del proceso de formación de la prueba respecto al material recogido en ausencia de la dialéctica de las partes en las fase de investigación, a la vez que no es coherente con el correcto entendimiento del principio del libre convencimiento que supone libertad para apreciar sólo aquellos elementos que realmente poseen la calidad de prueba procesal, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.

**DÉCIMO TERCERA.** *Necesidad de establecer legalmente algunas hipótesis y condiciones generales en que el precedente disconforme leído al amparo de los artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh sí puede poseer eficacia probatoria a los efectos de la sentencia de condena.*

Estas propuestas las formulamos a la luz de la regulación contenida en el artículo 500 coma 4 y 6 CPPi: a) Como excepción a la ineficacia probatoria del precedente disconforme podría incluirse de manera general aquellos casos en los que se acredite, con datos objetivos, la concurrencia de presiones, amenazas u ofertas de premios a los

testigos para no atestiguar o hacerlo en falso durante las sesiones del juicio oral; y b) Como condiciones generales para que el precedente disconforme pueda llegar a tener eficacia probatoria, creemos que el mismo debe haberse producido en la fase sumarial o de investigación con contradicción y plena intervención de la defensa del acusado y, en el caso específico de este último, cuando su declaración fue prestada sólo una vez que haya adquirido la calidad de imputado o procesado y se le haya efectuado la advertencia de que todo lo que declare puede ser utilizado en su contra durante el juicio oral, advertencia esta última que no es contemplada por la LECRIM ni por el CPPCh dentro de los derechos del imputado. Además de ello, estimamos imprescindible que las lecturas que autorizan los artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh, en los casos del acusado o de un testigo, no procedan cuando éstos decidan ejercer en el juicio oral, respectivamente, su derecho a guardar silencio o alguna dispensa legal para no declarar en juicio. Ello porque admitir la eficacia probatoria del precedente disconforme en estos dos casos, aún cuando haya sido producido en condiciones de plena contradicción, implica a nuestro juicio vaciar de contenido a tales derechos y tornar ilusorio su ejercicio, amén de que el carácter neutral del silencio no es apto para generar la contradicción real y efectiva ni es una hipótesis de olvido o confusión que exige el mecanismo regulado en los artículos 714 LECRIM y 332 CPPCh.

**DÉCIMO CUARTA.** *Improcedencia de la prueba testifical de referencia ante el silencio del acusado en el juicio oral.*

Hemos detectado que en Chile existe la clara tendencia del MP de ofrecer como prueba testifical de referencia a funcionarios policiales o administrativos del mismo órgano persecutor para testificar en el juicio oral acerca de lo que oyeron declarar al acusado en etapas muy

preliminares de la investigación, antes de que la misma haya sido formalizada ante el JG y, por tanto, algunas veces antes de que el acusado haya adquirido siquiera la condición de imputado. En nuestra opinión el testimonio referencial de una declaración meramente policial o ante la fiscalía, máxime si existen dudas acerca de su regularidad, en ningún caso debe ser incorporada al juicio dado que no corresponde a una declaración judicial ni ha sido prestada con las garantías de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad ni corresponde a los casos que la ley regula como excepciones a la prueba rendida en el juicio oral como fundamento de la convicción del tribunal en, entre otros, los artículos 331 y 332 CPPCh. Pero, además, porque no resulta aceptable que la prueba testifical de referencia pueda *preconstituirse* mediante el llamado expreso e intencionado del respectivo fiscal a un funcionario administrativo del MP para que presencie la declaración del entonces imputado con el preciso objeto de poder luego ofrecer su testimonio como una testifical de referencia.

Esta tendencia se agrava aún más cuando tales testificales de referencia se practican en el juicio oral como única prueba de los dichos del acusado que ha ejercido su derecho a guardar silencio durante el mismo y cuando la jurisprudencia chilena, en sentencias que hemos citado, considera que la declaración en sede policial o ante la fiscalía constituye un medio de prueba que puede ser valorado en el juicio oral para fundamentar el fallo de condena, incluso indirectamente a través del testimonio referencial de quienes la presenciaron.

A los argumentos ya expuestos en contra de esta práctica del MP chileno, que es claramente aceptada y acogida por la jurisprudencia, se puede agregar que la misma vacía de contenido y vulnera directamente el derecho a guardar silencio que el acusado ha decidido ejercer en la

audiencia de juicio oral y, en general, contribuye a dismantelar la estructura misma del nuevo sistema procesal penal chileno por medio de la vulneración del derecho de defensa del acusado y, desde luego, del de la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria.

**DECIMOQUINTA.** *La aplicación desde el punto de vista jurisprudencial de la doctrina de la presunción de inocencia elaborada por el Tribunal Constitucional español en el nuevo sistema procesal penal chileno.*

No obstante encontrarse desde el punto de vista positivo las bases suficientes en las normas constitucionales, de los tratados internacionales que resultan aplicables y en las normas del propio CPPCh para entender plenamente aplicable la doctrina de la presunción de inocencia como regla probatoria y de formación del juicio penal en el sistema procesal penal chileno, lo cierto es que este derecho fundamental no es invocado en los recursos de nulidad por infracciones relativas a los aspectos probatorios en los que éste incide ni los mismos son resueltos por los tribunales al amparo de este derecho fundamental. De todos los recursos de nulidad analizados, sólo en uno se invocó la infracción a la presunción de inocencia a través de la causa del artículo 373 letra a) CPPCh, además del debido proceso y el artículo 340 CPPCh, en lo relativo a que el tribunal formará su convicción sobre la prueba rendida en el juicio oral, esgrimiendo el recurrente que la convicción condenatoria del tribunal se había basado exclusivamente en el mérito de la declaración prestada por la víctima en etapas previas al juicio oral y leída en éste a través del mecanismo del artículo 332 CPPCh. Desafortunadamente dicho recurso fue finalmente rechazado por falta de preparación de conformidad al artículo 377 CPPCh (SCS, 8 agosto 2011, Rol CS N° 1141-2011, Redactor Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo, Cdo. 24°), sin que

pudiéramos obtener un pronunciamiento expreso y específico del más alto Tribunal chileno sobre esta materia.

Sin perjuicio de esta falta de invocación formal al derecho a la presunción de inocencia en los recursos de nulidad fundados en infracciones probatorias, lo cierto es que consideramos que los postulados centrales de la presunción de inocencia como regla probatoria estudiados en este trabajo son substancial y mayoritariamente observados por la jurisprudencia nacional, pero con base en la cita desarticulada de varias normas relevantes como son las que establecen la centralidad del juicio oral en la práctica de la prueba y la contradicción, inmediación y concentración en su formación (artículos 296 y 340 inciso segundo CPPCh), la prohibición de lectura de los registros de investigación durante el juicio oral (artículo 334 CPPCh), la libre pero racional valoración de la prueba (artículo 340 CPPCh), amén de las normas que regulan la anticipación probatoria y los artículos 331 y 332 CPPCh, considerando a todas estas normas como contenedoras de garantías que integran un genérico y amplísimo debido proceso, optándose por fundar los respectivos recursos de nulidad interpuestos por la defensa del acusado en esta genérica garantía a través de la letra a) del artículo 373 CPPCh. Postulamos finalmente que la recepción en Chile de la doctrina de la presunción de inocencia contribuiría a dar coherencia y a sistematizar las quejas en torno a las vulneraciones de elementos esenciales del sistema probatorio instaurado en el CPPCh, proporcionando premisas básicas que permitirían a jueces y abogados efectuar una interpretación más estricta y uniforme a problemas probatorios de común ocurrencia que afectan directa y específicamente a este derecho fundamental y que permitiría comprender, además, los



verdaderos alcances de la concepción racional de la libre valoración de la prueba que este Código consagró.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUDO ZAMORA, Miguel J., *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2001.

AGUILAR ARANELA, Cristián, *La prueba en el proceso penal oral*, Santiago (Chile), Metropolitana Ediciones, 2003.

AGUILÓ MONJO, Miguel A., “La publicidad de las actuaciones judiciales”, en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1987, págs. 847-56.

ALAMILLO CANILLAS, Fernando, “La presunción de inocencia y el recurso de casación penal”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, 1983, págs. 1146-52.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, T. II: núms. 12-30, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho civil*, T. III, redactado y puesto al día por Vodanovic H., Antonio, Santiago (Chile), Ed. Nascimento, [19-?].

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando, *Curso de Derecho procesal. Reglas comunes a todo procedimiento y del juicio ordinario*, redactado por Vodanovic H., Antonio, Santiago (Chile), Imprenta El Esfuerzo, 1934.

ALLENA, Gianni, “Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, págs. 506-28.

ALMAGRO NOSETE, José, “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 17-48.

— *Consideraciones de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1988.

ALVARADO PLANAS, Javier, *Temas de historia del Derecho y de las instituciones*, con MONTES SALGUERO, PÉREZ MARCOS y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Parte II, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Estados Unidos de América ¿Justicia postergada y también denegada”. Juicios con arreglo a la Ley de Comisiones Militares”, *Informe de 22 de marzo de 2007*, en <http://web.amnesty.org>

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 29, Madrid, CGPJ, 1993, págs. 215-42.

— “Sobre prueba y proceso penal”, en *Discusiones*, núm. 3, 2003, págs. 55-66.

— “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, págs.57-66.

ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, 3ª ed., Madrid, Rubi, Artes Gráficas, 1981.

— *Derecho procesal civil*, con GUASP, Jaime, T. I, 7ª ed., Navarra, Aranzadi, 2004.

ARZAMENA LASO, Cristina, “Prueba ilícita y control en vía casacional”, en *Actualidad Penal*, núm. 31, 28 de agosto a 3 de septiembre de 2000, págs. 155-71.

ASENCIO MELLADO, José María, “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, en *Revista Valenciana d’Estudis Autonomics*, núm. 1, 1985, págs. 289-96.

— “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2”, en *Poder Judicial*, núm. 4, 2ª época, diciembre, 1986, págs. 33-47.

— “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional. Comentario a las sentencias de 3, 4, 28 y 30 de octubre de 1985”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 2, 1986, págs. 988-97.

— *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium S.A., 1989.

— “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Madrid, CGPJ, 1995, págs. 353-399.

ASÍS ROIG, Rafael De, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael, T. II: siglo XVIII, vol. III, Madrid, Dykinson, 2001, págs. 35-114.

BACIGALUPO, Enrique, “Presunción de inocencia, «in dubio pro reo» y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, fasc. I, enero-abril, 1988, págs. 365-86.

BALSAMO, Antonio, “L’inserimento nella Carta Costituzionale dei principi del «Giusto Processo» e la valenza probatoria delle contestazioni nell’esame dibattimentale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 45, nuova serie, anno XLV, 2002, págs. 471-94.

BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “La presunción de inocencia en los textos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre (Comunicación a la ponencia núm. 24)”, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, Presidencia del Tribunal Supremo, 1983, págs. 651-53.

BARONA VILLAR, Silvia, “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, con GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto (†) y MONTERO AROCA, Juan, vol. II, 19ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 300-19.

BARRERA CARVAJAL, Iris de la, “La prueba de testigos en el juicio criminal”, en *Memorias de licenciados Derecho procesal penal*, vol. XXI, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 1952.

BAYARRI GARCÍA, Clara E., “La prueba ilícita y sus efectos”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 29, CGPJ, 1993, págs. 421-504.

BAYTELMAN A., Andrés, “El juicio oral”, en *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 2000, págs. 227-295.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas. Voltaire: Comentario al libro “De los delitos y de las penas”*, trad. Juan Antonio de las Casas y notas de Juan Antonio Delval, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980.

BELING, Ernst von, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau, Schletter'sche Buchhandlung, 1903.

— *Derecho procesal penal*, trad. cast. y notas de Miguel Fenech, Barcelona, Ed. Labor, 1943.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto, “El derecho a la presunción de inocencia”, con GUERRA SAN MARTÍN, José y TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, Enrique, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, Tomo 4, 1982, págs. 1183-1205.

— “Algunas precisiones en torno a la «presunción de inocencia»”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 22, enero-febrero, 1985, págs. 67-92.

— “La prueba indiciaria”, en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 13, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 27-93.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. cast. Osorio Florit, Granada, Comares, 2001.

BETTIOL, Giuseppe, “La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937, págs. 241-54.

— *Instituzioni di Diritto e procedura penale*, con BETTIOL, Rodolfo, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1993.

BOLLO AROCENA, Mª Dolores, “*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, 14 de septiembre de 2006, <http://www.reei.org>

BONET NAVARRO, José, “La instrucción previa: aspectos generales”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, págs. 244-79.

— “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil”, en *Diario La Ley*, núm. 7256, 6 de octubre de 2009, año XXX, págs. 1-34.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, en *La prueba en el proceso penal II*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, Madrid, CGPJ, 1996, págs. 13-53.

— “La prueba debe practicarse en el juicio oral: titubeos y dificultades para observar el derecho a ser presumido inocente en el proceso penal”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 7, julio 1997, págs. 727-46.

BURÓN BARBA, Luis Antonio, “Castigar y juzgar (Notas para un centenario)”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 4, septiembre 1982, págs. 105-12.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

BUZZELLI, Silvia, “Il contributo dell’imputato alla ricostruzione del fatto”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Giulio Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, págs. 79-108.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio”, en *Justicia*, núm. 3, 1991, págs. 565-91.

— *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Trivium S.A., 1992.

CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione del fatto notorio”, en *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani Già “Litotipo”, 1930 (Versión española: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1961).

— “El carácter dialéctico del proceso”, en *Proceso y democracia*, Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, trad. cast. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, págs. 147-73.

— “El respeto de la personalidad en el proceso”, en *Proceso y democracia*, Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, trad. cast. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, págs. 174-201.

— “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. cast. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1961 (Publicado en la *Rivista critica de scienze sociale* [Firenze],

num. 5 de 1914 y reproducido en *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani Già “Litotipo”, 1930).

— “Oralità nel processo”, en *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Mauro, volume Primo, Napoli, Morano Editore, 1965, págs. 450-55.

— “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. cast. Sentís Melendo, T. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

— *Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo código*, trad. cast. Sentís Melendo, T. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973 (*Istituzioni di Diritto Processuale civile, secondo il nuovo codice*, Parte seconda, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1944).

CALDERÓN CUADRADO, M<sup>a</sup> Pía, “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, págs. 153-78.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Notas sobre el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales a los veinticinco años de la vigencia de la Constitución de 1978”, en *XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas*, Málaga, CEDMA, 2004, págs. 183-214.

CAMON, Alberto, “Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, págs. 1518-24.

CAMPS ZELLER, José L., *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro, “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de las parte”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas



Europa-América, 1972, págs. 137-65 (Estudio publicado en *Rivista di Diritto Civile*, VII, 1961, I, págs. 556-75 y destinado a la colección de *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, II, Milano, Giuffrè, 1963, págs. 173-202).

— “Valor actual del principio de la oralidad”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, págs. 84-95 (*Relación presentada al 2º Congreso Latinoamericano de derecho procesal*, Ciudad de México, febrero de 1969, publicada en *Giurisprudenza italiana*, CXII, 1969, IV, columnas 89-95).

— *Giustizia e Società*, seconda edizione, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

CARBALLO ARMAS, Pedro, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004.

CARMONA, Miguel, “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 25, marzo 1996, págs. 95-9.

CARNELUTTI, Francesco, “Pruebas civiles y pruebas penales”, en *Estudios de Derecho procesal*, vol. II, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952 (*Studi di Diritto processuale*, vol. I a IV, Padova, CEDAM, 1925-1939).

— “Illecita produzione di documenti”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1935, págs. 63-70.

— *Sistema de Derecho procesal civil*, T. II, trad. cast. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Uteha Argentina, 1944.

— *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. I, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950 (*Lezioni sul processo penale*, I, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1946).

— “Confutazione logica del proscioglimento per insufficienza di prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1963, págs. 1-4.

— “Verità, dubbio, certezza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, págs. 4-9.

— *Derecho procesal civil. Derecho y proceso*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1971 (*Diritto e processo*, Nápoli, Moranó Editore, 1958).

— *La prueba civil*, trad. cast. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1982 (*La prova civile*, 2ª ed. italiana, Roma, So. Gra. Ro., 1947).

CAROCCA PÉREZ, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, en *Ius et Praxis*, año 4, núm. 2, Talca, 1998, págs. 301-22.

— *Manual el nuevo sistema procesal penal*, Santiago (Chile), Ed. LexisNexis, 2005.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, trad. cast. Ortega Torres, José J. y Guerrero, Jorge, Bogotá, vol. II, Temis, 1988 (*Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa*).

CASABO RUIZ, José R., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, II, mayo-agosto 1969, págs. 313-42.

CASÁS FERNÁNDEZ, M, *Voltaire criminalista. Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, Madrid, Reus, 1931.

CAVALLARI, Vincenzo, “Contraddittorio b) Diritto processuale penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. IX, Milano, Giuffrè Editore, 1961, págs. 728-38.

CAZORLA PRIETO, Soledad, “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, Madrid, CGPJ, 1998, págs. 171-202.

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

CEDEÑO HERNÁN, Marina, “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, págs. 203-14.

CESARI, Claudia, “«Giusto processo», contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, págs. 56-87.

— “Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, págs. 1447-69.

CLIMENT DURÁN, Carlos, “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida”, en *Revista General de Derecho*, núm. 559, abril 1991, págs. 2547-54.

— *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

— *La prueba penal*, 2ª ed., vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros, “Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, Dir. CONDE-

PUMPIDO FERREIRO, Cándido, vol. III (Arts. 649 a 749), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 2557-740.

CONTI, Carlotta, “Le nuove norme sull’interrogatorio dell’indagato (art. 64 C.P.P.)”, en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1º marzo 2001, n. 63)*, a cura di PAOLO TONINI, Padova, CEDAM, 2001, págs. 192-217.

CORBETTA, Stefano, “Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell’esame dibattimentale (Artt. 499, 500, 503 C.P.P.)”, en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1º marzo 2001, n. 63)*, a cura di PAOLO TONINI, Padova, CEDAM, 2001, págs. 460-93.

CORDERO, Franco, “Prove illecite nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, págs. 32-55.

— *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Dott. A. Giuffrè- Editore, 1963.

— *Procedura penale*, 7ª edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2003.

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho procesal civil*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978.

— *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 4ª ed., Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2002.

COLOMA CORREA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Coord. COLOMA CORREA, Rodrigo, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003, págs. 5-34.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, págs. 35-62.

CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Navarra, Aranzadi, 2003.

CUERDA ARNAU, María Luisa, “El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 129-76.

CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho procesal civil*, T. II, trad. cast. José Casais y Santaló, con notas de Alfredo Salvador, Madrid, Reus, S.A., 2000 (*Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1923).

— “L’oralità e la prova”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, T. I, 1924, págs. 5-32.

— *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. III, trad. cast. E. Gómez Orbaneja, 1ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1940.

CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español”, en *Problemas actuales del proceso penal iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, vol. I, Málaga, CEDAM, 2006, págs. 453-62.

DAMIÁN MORENO, Juan, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 13-27.

DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos: contratos, testamentos, etc.*, 3ª ed. adaptada al Derecho español por Francisco Bonet Ramón, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, en *Revista Justicia*, vol. I, 1988, págs. 103-38.

— “La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares: La prueba dactiloscópica”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 425-449.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto del sumario”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, págs. 17-43.

— “La prueba civil”, en *Derecho procesal civil*, con DÍEZ- PICAZO, Ignacio, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, págs. 285-310.

— “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, agosto-septiembre 2003, págs. 1-12.

DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1975.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Prueba ilícita en particular (I)”, en *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, CGPJ, 1996, págs. 211-92.

— “B) El artículo 11.1 de la LOPJ: breve examen” y “C) Tratamiento procesal de la prueba ilícita”, en *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, con TORRES MORATO, M. Ángel, 3ª ed., Navarra, Ed. Aranzadi, 2003, págs. 41-56 y 57-61.

DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, T. Segundo, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856.

DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, 6ª ed., Bogotá, Librería Editorial Temis, 1961.

DELVAL, Juan Antonio, *Cesare Beccaria: De los delitos y de las penas. Voltaire: Comentario al libro “De los delitos y de las penas”*, trad. Juan Antonio de las Casas y notas de Juan Antonio Delval, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980.

DENTI, Vittorio, *Estudios de Derecho probatorio*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, N° 1, 1966, págs. 9- 63.

— *Tratado de Derecho procesal civil*, T. VI, Bogotá, Ed. Temis, 1969.

— *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía-Editor, 1970.

— “Principios fundamentales del derecho procesal penal”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, N° 4, 1982, págs. 537-606.

DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, CGPJ, 1993.

— *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, Ed. Comares, 1996.

— *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, con MARTÍN MORALES, Ricardo, Madrid, Civitas, 2001.

— “Teoría de la conexión de antijuridicidad”, con MARTÍN MORALES, Ricardo, en *Jueces para la Democracia*, núm. 43, marzo 2002, págs. 39-49.

DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Coord. COLOMA CORREA, Rodrigo, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003, págs. 129-60.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, 1987, págs. 41-49.

DÍEZ –PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 6, junio 1998, págs. 615-25.

DÖHRING, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso*, trad. cast. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972 (*Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess Beweiserhebung und Beweiswürdigung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1964).

DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz, *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

DOSI, Ettore, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, Università de Parma, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 1957.

DOMINIONI, Oreste, “Un nuovo *idolum theatri*: il principio di non dispersione probatoria”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, págs. 736-73.

DUCE J., Mauricio, “La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo Código procesal penal”, en *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 2000, págs. 139-71.

— *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, con RIEGO R., Cristián, vol. 1, Santiago, Universidad Diego Portales, 2002.

ECHARRI CASI, Fermín J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, primer trimestre 2003, págs. 1-31.



FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.

— “Ideas y textos sobre el principio de publicidad”, en *Temas del ordenamiento procesal*, T. I, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 565-603.

— “Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre”, en *Temas del ordenamiento procesal*, T. III, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 1357-80.

— *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, 2ª ed., Valencia, Caixa d'estalvis de Valencia, 1988.

— *Doctrina general del Derecho procesal (Hacia una teoría y ley procesal generales)*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.

FENECH, Miguel, *Derecho procesal penal*, vol. I, 3ª ed., Barcelona, Ed. Labor, 1960.

— *El proceso penal*, 4ª ed., Madrid, Ageda, 1982.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 7, septiembre de 1989, págs. 21-33.

— “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, págs. 55-211.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio F., “Dos respuestas frente al terrorismo: los modelos europeo y estadounidense”, en *Anuario del Centro de Investigación para la Paz*, 2004, págs. 87-95.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 3º ed., Madrid, Ed. Trotta, 1998 (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza & Figli, 1989).

— “Garantías”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio 2000, págs. 39-46.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

FERRI, Enrico, *Principios de Derecho criminal*, trad. cast. Rodríguez Muñoz, José Arturo, 1ª ed., Madrid, Reus, 1933.

— *Sociología criminal*, trad. cast. Antonio Soto y Hernández, T. II, Madrid, Centro Editorial Góngora, 1908.

FERRUA, Paolo, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, Giuffrè Editore, 1981.

— “Imputato e difensore nel nuovo processo penale”, en *Profili del nuovo processo penale*, Coord. GARAVOGLIA, Mario, Padova, CEDAM, 1988.

— “Una garanzia «finale» a tutela del contraddittorio: il nuovo art. 526 comma 1-Bis C.P.P.”, en *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1º marzo 2001, n. 63)*, a cura di TONINI, Paolo, Padova, CEDAM, 2001, págs. 521-29.

— “L'indagine entra in dibattito solo attraverso il contraddittorio (il C. P. P ritrova lo spirito accusatorio)”, en *Rivista Diritto e Giustizia*, 2001, 7, págs. 8-9.

FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

— “La regla de exclusión de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 5, mayo 2003, págs. 21-35.

FLORIÁN, Eugenio, “Le due prove (civili e penali)”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, T. I, 1926, págs. 221-30.

— *Elementos de Derecho procesal penal*, trad. cast. Prieto-Castro, L., Barcelona, Librería Bosch, 1934.

— *De las pruebas penales*, T. I, trad. cast. Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1995 (*Delle prove penali*, 3ª ed., Varese-Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961).

FOSCHINI, Gaetano, “Dibattimento”, a) Diritto processuale penale, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XII, Milano, Giuffrè Editore, 1964, págs. 342-68.

FRAGALI, Michele, “Garanzia”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XVIII, Milano, Giuffrè Editore, 1969, págs. 446-66.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, T. I, Madrid, La España Moderna, 1894.

FUENTES SORIANO, Olga, “Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Coord. SANZ HERMIDA, Ágata, Madrid, Colex, 2006, págs. 245-64.

FURNO, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, trad. cast. González Collado, Sergio, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, (*Contributo alla teoria della prova legale*, Padua, Sedam, 1940).

GABRIELLI, Chiara, “Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2006, págs. 284-97.

GAETA, Piero, “Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195, comma 4 C.P.P.)”, en *Giusto Processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (lege 1º marzo 2001, n. 63)*, a cura di TONINI, Paolo, Padova, CEDAM, 2001, págs. 235-79.

GALEOTTI, Serio, “Garanzia costituzionale”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XVIII, Milano, Giuffrè Editore, 1969, págs. 490-511.

GALLO, Filippo, “Pubblicità a) Diritto romano”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Milano, Giuffrè Editore, 1988, págs. 966-74.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2003.

GARCÍA CARRERO, M., “La apreciación de la prueba en conciencia en el proceso penal y la protección constitucional de la presunción de inocencia”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, 1982, págs. 67-72.

GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, María Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Córdoba, El Almendro, 1987.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael, T. II: siglo XVIII, vol. III, Madrid, Dykinson, 2001, págs. 217-394.

GARCÍA QUESADA, María Teresa, “El miedo de los testigos”, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 393-402.

GARCÍA TORRES, Jesús, “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 10, junio 1988, págs. 11-33.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “¿‘Freedom of proof’? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 52, marzo 2005, págs. 75-85.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control de la fiabilidad probatoria: “Prueba sobre la prueba” en el proceso penal*, Valencia, Ediciones Revista General del Derecho, 1999.

GIANINI, Massimo S., “Certezza pubblica”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. VI, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1960, págs. 769-92.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid, Ed. Civitas, S.A., 1981.

— “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 4, 1984, págs. 1102-10.

— “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, vol. 2, 1996, págs. 1617-24.

— “Los principios del proceso”, Lección 21, en *Introducción al Derecho procesal*, con MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Madrid, Colex, 1996, págs. 291-301.

— “Los actos de prueba”, en *Derecho procesal civil*, con MORENILLA ALLARD, Pablo, Madrid, Ed. Colex, 2004.

— *Derecho procesal penal*, Madrid, Editorial Colex, 2004.

GOLDSCHMIDT, James, *Principios generales del proceso*, vol. II, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961 (Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935).

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, vol. I, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1979.

— *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, Vicente, 10ª ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones S.A., 1986.

GONZÁLEZ CAMPOS, Eleuterio, “Suspensión del juicio oral”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, vol. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 2825-857.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 29-74.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1990, págs. 29-44.

— “Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita”, en *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, Ed. Gonzáles Montes, Granada, Universidad de Granada, 1994, págs. 95-106.

GORPHE, François, *Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense*, trad. cast. Alcalá-Zamora y Castillo, Luis, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953 (*Les décisions de justice- étude psychologique et judiciaire*, París, Recueil Sirey, 22 Rue Soufflot, 1952 y Presses Universitaires de France, 7 Place de la Sorbonne)

GÖSSEL, Kart Heinz, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991, trad. cast. Miguel Polaino Navarrete, págs. 673-93.

GRIFANTINI, Fabio Maria, “Utilizzabilità in dibattito degli atti provenienti dalle fasi anteriori”, en *La prova nel dibattito penale*, terza edizione, Torino, G.Giappichelli Editore, 2007, págs. 157-292.

GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. y notas Dr. Constancio Bernardo de Quirós, Puebla (México), Ed. José M. Cajica Jr., 1952.

GUASP, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona. Bosch, 1943.

— “Administración de justicia y derechos de la personalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. IX, 1944, págs. 75-145.

— *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, vol. 1, 2ª parte, Madrid, Aguilar, 1947.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino, “La valoración de la prueba penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1975, págs. 805-41.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1974.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. cast. y notas Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Santiago (Chile), Colección de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2005.

HERRERO HERRERO, César, *La Justicia Penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.

HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica*, T. I, Valladolid, Lex Nova, 1989.

HÖPFEL, Frank, “Nuevas formas de cooperación internacional en materia penal”, en *El Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2001, págs. 227-250.

HORVITZ LENNON, María I., “La etapa intermedia o de preparación del juicio”, en *Derecho procesal penal chileno*, con LÓPEZ MASLE, Julián, T. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, págs. 9-63.

— “La etapa del juicio oral”, en *Derecho procesal penal chileno*, con LÓPEZ MASLE, Julián, T. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, págs. 229-346.

HUERTAS MARÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, Bosch Editor, 1999.

ICHINO, Giovanna, “Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Giulio, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, págs. 109-68.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

— “El nombre de la «inmediación» en vano”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 2 (D-98), 2003, págs. 1726-35.

— *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, Madrid, Civitas Ediciones SL, 2004.

ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 6ª ed., Bologna, Zanichelli, 1984.

— “Giudizio”, en *Compendio di procedura penale*, a cura di GIOVANNI CONSO e VITTORIO GREVI, 3ª edizione, Padova, CEDAM, 2006, págs. 651-732.



— “Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale”, en *La prova nel dibattimento penale*, terza edizione, Torino, G.Giappichelli Editore, 2007, págs. 71-156.

IRIBARREN, Juan Antonio, *Historia general del Derecho*, Santiago de Chile, Ed. Nacimiento, 1938.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Akal, 1987.

JÄGER, Christian, *Problemas fundamentales de Derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2003.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, vol. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1950.

— “Concepción técnico jurídica de la instrucción criminal”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, núm. 4, 1960, págs. 575-606.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, T. I, 4ª ed., Buenos Aires, Losada, 1977.

— *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1997.

JORQUERA LORCA, René, *Curso de Derecho procesal penal chileno*, con HERRERA FUENZALIDA, Paola, T. II, 2ª ed. actualizada, Santiago (Chile), Ed. Jurídica La Ley, 2001.

JUANES PECES, Ángel, “El principio de la presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción”, en *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989, pág. 143-51.

— “La prueba prohibida. Análisis de la sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, en

*Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 353, año VIII, 30 de julio de 1998, págs.1-4.

LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo, T. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963 (*Trattato di Diritto processuale penale*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961).

LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en Derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.*, trad. cast. Enrique Aguilera de Paz, T. I, Madrid, Hijos de Reus, 1897.

LIBERATI, Gianfranco “Publicità a) Diritto intermedio”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Milano, Giuffrè Editore, 1988, págs. 975-96.

LLOBET RODRÍGUEZ LL. M., Javier, “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, en *Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*, núm. 2, 1995, págs. 547-71.

LORENTE HURTADO, Fernando., “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. 1, 1986, págs. 59-70.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1989.

— *Tratado de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.

LÓPEZ MASLE, Julián, “La prueba” y “Los recursos”, en *Derecho procesal penal chileno*, con HORVITZ LENNON, María I., T. II, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2005, págs. 65-228 y 347-457.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999, págs.123-44.

LOZZI, Gilberto, *Favor rei e processo penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

— *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 1995.

— “I principio dell’oralità e del contraddittorio nel processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, págs.669-93.

— “Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, págs. 1087-92.

— *Lineamenti di procedura penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003.

LUZÓN CUESTA, José María, “La presunción de inocencia ante la casación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 12, 1988, págs. 147-67.

— *La presunción de inocencia ante la casación*, Madrid, Colex, 1991.

MADDALENA, Marcello, “L’incidente probatorio”, en *Profili del nuovo processo penale*, Coord. GARAVOGLIA, Mario, Padova, CEDAM, 1988, págs. 104-14.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, T. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, T. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951 (*Trattato di Diritto Processuale Penale italiano*, terza edizione aggiornata e accresciuta, Volume primo, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese [già Ditta Pomba], 1949).

— *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. cast. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, T. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952 (*Trattato di Diritto processuale penale*, terza edizione aggiornata e accresciuta, volume terzo, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese [già Ditta Pomba], 1949).

MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, en *Actualidad Penal*, núm. 7, 16 a 22 febrero 1998, págs. 146-67.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba anticipada en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2001, págs. 471-554.

MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originalmente ilícita”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2003, págs. 75-100.

— “Una nueva doctrina de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 104 (3), 2005, págs. 735-52.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio, “Valor de las pruebas ilícitamente obtenidas en el proceso penal”, en *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989, págs. 119-36.

MARTÍN PASTOR, José, “«Mínima actividad probatoria» y fuentes de prueba obtenidas con violación de derechos fundamentales” y “«Mínima actividad probatoria» y medios o instrumentos que pueden ser utilizados por el Tribunal para formar su convicción”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, págs. 587-653 y 655-845.

— *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

MARTÍNEZ ARAGÓN, Ana, *La revolución francesa en sus textos*, Madrid, Tecnos, 1989.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, en *Recursos en el orden*

*jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 21, Madrid, CGPJ, 1995, págs. 25-63.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

MARTÍNEZ VAL, José María, *El principio “in dubio pro reo”*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1956, págs. 3-28.

MASCARELL NAVARRO, María José, “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Justicia*, núm. III, 1987, págs. 603-43.

MASSA, Carlo, “Il principio dell’immediatezza processuale”, en *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, T. II, Milano, Giuffrè Editore, 1972, págs. 1119-150.

MESTRE DELGADO, Esteban, “Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*”, T. XXXVIII, fasc. I, enero-abril, 1985, págs. 723-46.

MILL DE PEREYRA, Rita, “Prueba y sucedáneos de prueba en el proceso penal”, en *Problemas actuales del proceso penal iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, vol. II, Málaga, CEDMA, 2006, págs. 335-66.

MINI MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago (Chile), Ed. Metropolitana, 2005.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Madrid, CGPJ, 1995, págs. 473-536.

— *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1997.

— *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2004.

MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, adicionado y puesto al día por Aragonese Alonso, Pedro, 11ª ed., Madrid, Reus, 2004.

MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961 (*L'onere della prova*, Padova, CEDAM, 1942).

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Imputabilidad del «incumplimiento resolutorio», carga de la prueba y de presunción de inocencia: en especial el juicio de culpabilidad por el ilícito laboral ex artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. (Reflexiones críticas sobre una ambigua e incierta jurisprudencia constitucional)”, en *Revista General del Derecho*, núms. 604-05, año LI, enero-febrero, 1995, págs. 59-124.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Trabajos de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1988, págs. 529-74.

— “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, con ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, vol. II, Barcelona, Bosch, 1991, págs. 204-24.

— *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

— “Nociones generales sobre la prueba (Entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2000, págs. 15-66.

— “Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)”, en *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2000, págs. 281-313.

— *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002.

— “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, con GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto (†) y BARONA VILAR, Silvia, vol. II, 19ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 249-67.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1993 (*De l'esprit des lois*).

MONTÓN REDONDO, Alberto, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso: (con especial referencia a las grabaciones magnetofónicas y a la eficacia de las pruebas ilícitamente conseguidas)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1977.

MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos: ámbito, órganos y procedimientos*, Colección Temas Constitucionales, 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

— “Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Jornadas sobre la Justicia Penal en España*, en *Poder Judicial*, núm. especial II, Madrid, 1987, págs. 191-216.

MORENO CATENA, Víctor, “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. especial II: “Justicia Penal”, 1988, págs. 131-72.

— “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en *Derecho procesal penal*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 363-87.

MORENO MENGÍBAR, Andrés, “Estudio preliminar”, en LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas (1782)*, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2001.

MORTE GÓMEZ, Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

MUERZA ESPARZA, Julio J., “Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 abril [RTC 1998, 81]”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, “Índices y Estudios”, T. IV, núm. 16, 1998, págs. 509-18.

MUÑOZ SABATE, Luis, “El mito de la verdad formal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, págs. 255-57.

— “Réquiem por la tesis de la verdad formal en el proceso civil”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, págs. 871-73.

— *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Praxis, 1983.

NIEVA FENOLL, Jorge, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2000.

NOBILI, Massimo, “Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice”, en *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1971, págs. 256-96.

— *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, T. I, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2001.

NUVOLONE, Pietro, “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, págs. 442-75.

ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, núms. II-III, abril-septiembre de 1982, págs. 365- 427.



— “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1990, págs. 223-59.

— “La prueba”, (I), en *Derecho jurisdiccional*, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, vol. III, Barcelona, Bosch, 1991, págs. 316-43.

— “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6 del Convenio Europeo en el proceso penal”, en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 11, Madrid, CGPJ, 1993, págs. 175-213.

— *El proceso penal abreviado*, Granada, Ed. Comares, 1997.

— “La prueba. Valor de las diligencias sumariales. Ley, práctica judicial y consideraciones *lege ferenda*”, en *La Ley del Jurado. Problemas de aplicación práctica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 241-305.

— “Derecho a la presunción de inocencia (I): Cuestiones generales” y “Derecho a la presunción de inocencia (III): «mínima actividad probatoria» como resultado probatorio. Regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional”, en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, Navarra, Aranzadi, 2005, págs. 571-87 y 847-977.

— “La prueba”, Cap. 14, en *Derecho procesal civil*, 10ª ed., Navarra, Aranzadi, 2010, págs. 343-79.

— “Los principios del proceso”, (I) y (II), con ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, en *Introducción al Derecho procesal*, Dir. y Coord. ORTELLS RAMOS, Manuel, 2ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, págs. 311-69.

OVEJERO PUENTE, Ana María, *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

PAILLÁS, Enrique, *La prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1982.

— *Estudios de Derecho probatorio*, 2ª ed., Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2002.

PASTOR BORGONÓN, Blanca, “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Revista Justicia*, núm. 2, 1986, págs. 337-68.

— “La prueba ilegalmente obtenida”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 29, CGPJ, 1993, págs. 183-214.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael, T. II: siglo XVIII, vol. III, Madrid, Dykinson, 2001.

— *Textos básicos de derechos humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, con LLAMAS CASCÓN, Ángel y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, Navarra, Aranzadi, 2001.

PECES MORATE, Jesús E., “Publicidad y secreto sumarial”, en *El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad*, *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989, págs. 131-47.

— “Publicidad y secreto sumarial”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 7, septiembre 1989, págs. 51-7.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Notas sobre publicidad y proceso”, en *El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad*, *Poder Judicial*, núm. Especial XI, 1989, págs. 115-30.

— “Notas sobre publicidad y proceso”, en *Constitución y proceso*, Madrid, Akal, 1990, págs. 203-26.

— “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 3, Madrid, CGPJ, 1998, págs. 11-62.

PENÍN ALEGRE, Clara, “Nuevos instrumentos de cooperación jurídica internacional con Iberoamérica”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Coord. SÁNZ HERMIDA, Ágata, Madrid, Colex, 2006, págs. 379-414.

PÉREZ CEBADERA, M. Ángeles, “La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre”, en *Tribunales de Justicia*, Nº 11, noviembre 2002, págs. 1-11.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xuio, “La protección de la víctima en la vista del juicio oral”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Coord. SÁNZ HERMIDA, Ágata, Madrid, Colex, 2006, págs. 283-302.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, 2ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan, “La protección del derecho a la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1993, págs. 147-71.

— *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch Editor, 1996.

— *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997.

— “Estudio comparado de la iniciativa probatoria del juez penal en el juicio oral. Reflexiones sobre el caso español”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, T. II, Dir. ROBLES GARZÓN, Juan Antonio y ORTELLS RAMOS, Manuel, Málaga, CEDMA, 2006, págs. 601-14.

PISANI, Mario, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1959.

PISAPIA, Gian Domenico, *Lineamenti del nuovo processo penale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1989.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, “Los hechos en la casación. (Líneas generales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1944, págs. 631-53.

— *Tratado de Derecho procesal civil*, vol. I, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1985.

— *Derecho procesal penal*, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1989.

— *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1989.

PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Madrid, Tecnos, 1974.

QUEZADA MELÉNDEZ, José, *El nuevo proceso penal chileno*, Santiago (Chile), Ediar Conosur Ltda., 1991.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Problemas de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, págs. 241-52.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, T. I, 5ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1992.

— *El proceso penal. Lectura constitucional*, 3ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1993.

RICCI, Francisco, *Tratado de las pruebas*, T. I, trad. cast. Adolfo Buylla y Adolfo Posada, reimpresión facsímil, Navarra, Analecta, 2005.

RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba de testigos en la jurisprudencia penal*, Madrid, Edijus, 2003.

ROCA MARTÍNEZ, José María, “Eficacia probatoria del atestado policial en el proceso penal”, en *Revista General de Derecho*, Año L, núms. 598-599, julio-agosto 1994, págs. 8155-8177.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. Luis, *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, Barcelona, Bosch, 2005.

RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio, “Notas sobre la presunción de inocencia”, en *Poder Judicial*, núm. 39, 2ª época, septiembre 1995, págs. 287-333.

RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Granada, Ed. Comares, 1998.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, “La sentencia definitiva en el Código procesal penal”, en *Reforma procesal penal. Doctrina y jurisprudencia*, Dir. ABUTER CAMPOS, Alejandro, vol. II, Concepción (Chile), Universidad de Concepción, 2002, págs. 203-29.

ROMBI, Natalia, “Prova penale”, en *Aggiornamenti Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana fondato da Giovanni Treccani S.p.A, 2003.

ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, trad. cast. Ernesto Krotoschin, 2ª ed. cast., Buenos Aires, Julio César Faira-Editor, 2002 (*Die Beweislast*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951).

— *Tratado de Derecho procesal civil*, T. II, trad. cast. Ángela Romera Vera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955 (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 5ª ed., München und Berlin, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1951).

ROXIN, Claus, “¿Tiene futuro el Derecho penal?”, en *Poder Judicial*, núm. 49, (I), 3ª época, 1998, págs. 373-92.

— *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, (*Strafverfahrensrecht*, Munich, Ed. Beck, 1998).

— “La protección de la persona en el derecho procesal alemán”, en *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, trad. cast. Carmen Gómez Rivero y María García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 121-58.

RUIZ VADILLO, Enrique, *Estudios de Derecho procesal*, Granada, Ed. Comares, 1995.

SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús, *Enjuiciamiento criminal: comentarios prácticos a la L. E. CRIM. referidos a la Ley de Urgencia*, Madrid, Santillana, 1962.

— *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, T. IV, vol. II, Madrid, Santillana, 1968.

SALAS CALERO, Luis, “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho procesal de los Estado Unidos”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, II, 2002, págs. 367-409.

— “La Ley Patriótica USA”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CHUSCA, José-Luis, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 255-309.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Madrid, Editora Nacional, 1982.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Estudio comparado e histórico de la protección internacional de los derechos humanos”, en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983.

SANZ MARQUES, Luis, “Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal”, con ALMELA VICH, Carlos, en *Actualidad Penal*, núm. 33, septiembre 1996, págs. 628-29.

SARACENO, Pasquale, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1940.

SASTRE ARIZA, Santiago, “Derecho y garantías”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 38, julio 2000, págs. 47-55.

SCAPARONE, Metello, “Indagini preliminari e udienza preliminare”, en *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, Giovanni e GREVI, Vittorio, 3ª edizione, Padova, Cedam, 2006, págs.467-561.

SCELLA, Andrea, “L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 1, 1992, págs. 203-19.

SCHÖNKE, Adolf, “Límites de la prueba en el derecho procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1955, págs. 373-78.

SENTÍS MELENDO, Santiago, “In dubio pro reo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1971, págs. 503-72.

— “Qué es la prueba (Naturaleza de la prueba)”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1973, núms. 2-3, págs. 257-381.

— *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa –América, 1978.

SERENA VELLOSO, Cecilio, “Sobre la esencia del proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. 4, septiembre 1982, págs.83-86.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Contribución al estudio de la prueba”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, págs. 317-30.

— *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, Ediciones Nauta, S. A., 1963.

— *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969.

— *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Dir. ALBALADEJO, Manuel, T. XVI, vol. 2º, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981.

— “Prólogo”, en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2004, págs. 9-11.

SERRANO HOYO, Gregorio, “La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (La Ley)*, T. 2, 1993, págs. 862-74.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional. La Constitución de 1980, antecedentes y génesis*, T. III, 2ª ed., Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1997.

SILVA MELERO, Valentín, “Presunciones e indicios en el proceso penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, año 1944, págs. 526-551.

— *La prueba procesal*, T. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.

— *La prueba procesal*, T. II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964.

SIRACUSANO, Delfino, “La prova penale”, en *Elementi di Diritto processuale penale*, con TRANCHITA, Giovanni y ZAPALA, Enzo, Milano, Giuffrè Editore, 2003.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, trad. cast. Andrés De La Oliva Santos, reimpresión 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1999.

STRUENSEE, Eberhard Y MAIER, Julio B. J., “Introducción”, en *Las reformas procesales penales en América latina*, Coord. MAIER, Julio J.M.,



AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan, Buenos Aires, Ad – Hoc S.R.L., 2000, págs. 17-32.

TARSKI, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. cast. Emilio Colombo, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1972 (“The semantic conception of truth”, en *Philosophy and phenomenological research*, 4, 1944).

TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, CEDAM- Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970.

— “Note per una riforma del diritto delle prove”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, págs. 237-292.

— “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, págs. 420-48.

— “Libero convincimento del giudice”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVIII, T. 2, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1990, págs. 1-8.

— *La prueba de los hechos*, trad. cast. Ferrer Beltrán, Jordi, Madrid, Ed. Trotta, 2002 (*La prova dei fatti giuridice*, Milano, Dott. a. Giuffrè Editore, 1992).

— “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones*, núm. 3, 2003, págs. 81-97.

— “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2003, págs. 163-84.

— “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 52, marzo 2005, págs. 63-73.

— “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, núm. 2, 2009, págs. 551-69.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “De la prueba. Sistema probatorio. Medios de prueba. Valor probatorio”, en *El nuevo proceso penal chileno*, Concepción (Chile), Universidad de Concepción, 2000, págs. 137-56.

— “La audiencia de preparación del juicio oral”, en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, núm. 20, 2005, págs. 369-76.

— *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago (Chile), Ed. Jurídica de Chile, 2005.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI- XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969.

— “«In dubio pro reo», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Año 7, mayo-agosto 1987, págs. 9-34.

— “Presentación”, en *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Cto. Publicaciones Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional- Ministerio de Cultura, 1993, págs. IX-XLI.

— *La tortura en España*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994.

— *Manual de historia del Derecho español*, 4ª ed. 1983, 8ª reimpresión, Madrid, Tecnos, 1997.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio, “Fase Decisoria (II). La prueba”, en *Derecho procesal penal*, 7ª ed., con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA, y MUERZA ESPARZA, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004, págs. 463-98.

TONINI, Paolo, “Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, núm. 3, págs. 1137-41.

— *Lineamenti di diritto processuale penale*, terza edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

TORIO, Ángel, “Beccaria y la Inquisición española”, en *Anuario de Derecho Penal*, T. XXIV, I, enero-abril 1971, págs. 391-415.

UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

— “La ricerca della verità giudiziale”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Giulio, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, págs. 1-38.

— *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, UTET Libreria, 1995.

URIARTE VALIENTE, Luis M., “El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE 15 octubre 2003)”, en *Estudios Jurídicos*, [www.cej.justicia.es](http://www.cej.justicia.es), 2004, págs. 3199-3236.

VASSALLI, Giuliano, “La protección de la esfera de la personalidad en la era de la técnica”, separata de *Revista de la Facultad de Derecho de Caracas*, 1964, págs. 9-53.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Presunción de inocencia» del imputado e «íntima convicción» del Tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español), Barcelona, Bosch, 1984.

— “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 5, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 103-137.

VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Doctrina y limitaciones a la teoría del «fruto del árbol envenenado» en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, en *Revista General del Derecho*, año LII, núm. 624, septiembre 1996, págs. 10.150-173.

— “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del «fruto del árbol envenenado»: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, Madrid, CGPJ, 1996, págs. 425-63.

VERGER GRAU, Joan, “Las pruebas ante el Tribunal del Jurado”, en *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, Madrid, CGPJ, 1995, págs. 401-71.

VÉSCOVI, Enrique, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, núm. 2, 1970, págs. 341-70.

VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, págs. 64-73.

VILLAGÓMEZ, Marco, “Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso penal: análisis jurisprudencial”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 5, 2001, págs. 89- 108.

— “Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en el proceso penal”, en *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, 2004, págs. 1785-804.

VIVES ANTÓN, Tomás S., *La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

WACH, Adolf, *Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana*, trad. Krotoschin, Ernesto, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958 (*Vorträge über die Reichs – Civilprozessordnung*, Bonn, Bei Adolf Marcus, 1879).

ZAPATA GARCÍA, María F., *La prueba ilícita*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2004.



## **RESEÑA JURISPRUDENCIAL**

### **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

- STEDH, 27 junio 1968, (asunto Wemhoff contra República Federal Alemana) [BDA m. TEDH 1968\1]
- STEDH, 27 junio 1968, (asunto Neumeister contra República de Austria ) [BDA m. TEDH 1968\3]
- STEDH, 16 julio 1971, (asunto Ringeisen contra República de Austria) [BDA m. TEDH 1971\2]
- STEDH, 22 febrero 1975, (asunto Golder contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte) [BDA m. TEDH 1975\1]
- STEDH, 8 junio 1976, (asunto Engel y otros contra el Reino de Holanda) [BDA m. TEDH 1976\3]
- STEDH, 27 febrero 1980, (asunto Dewer contra Reino de Bélgica) [BDA m. TEDH 1980\1]
- STEDH, 13 mayo 1980, (asunto Artico contra la República de Italia) [BDA m. TEDH 1980\4]
- STEDH, 26 marzo 1982, (asunto Adolf contra República de Austria) [BDA m. TEDH 1982\2]
- STEDH, 25 abril 1983, (asunto Minelli contra Confederación Suiza) [BDA m. TEDH 1983\5]
- STEDH, 8 diciembre 1983, (asunto Pretto contra la República de Italia) [BDA m. TEDH 1983\14]
- STEDH, 21 febrero 1984, (asunto Öztürk contra República Federal de Alemania) [BDA m. TEDH 1984\2]

- STEDH, 22 febrero 1984, (asunto Sutter contra Confederación Suiza) [BDA m. TEDH 1984\3]
- STEDH, 28 junio 1984, (asunto Campbell y Fell contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte) [BDA m. TEDH 1984\9]
- STEDH, 24 noviembre 1986, (asunto Unterpertinger contra la República de Austria) [BDA m. TEDH 1986\14]
- STEDH, 25 agosto 1987, (asunto Nölkenbockhoff contra República Federal de Alemania) [BDA m. TEDH 1987\19]
- STEDH, 12 julio 1988, (asunto Schenk contra Confederación Suiza) [BDA m. TEDH 1988\4]
- STEDH, 7 octubre 1988, (asunto Salabiaku contra la República de Francia) [BDA m. TEDH 1988\20]
- STEDH, 6 diciembre 1988, (asunto Barberà, Messegué y Jabardo contra el Reino de España) [BDA m. TEDH 1988\1]
- STEDH, 20 noviembre 1989, (asunto Kostovski contra Reino de los Países Bajos) [BDA m. TEDH 1989\21]
- STEDH, 27 septiembre 1990, (asunto Windisch contra la República de Austria) [BDA m. TEDH 1990\21]
- STEDH, 19 diciembre 1990, (asunto Delta contra la República de Francia) [BDA m. TEDH 1990\30]
- STEDH, 27 agosto 1991, (asunto Demicoli contra la República de Malta) [BDA m. TEDH 1991\38]
- STEDH, 19 febrero 1991, (asunto Isgrò contra la República de Italia) [BDA m. TEDH 1991\23]
- STEDH, 20 septiembre 1993, (asunto Saïdi contra la República de Francia) [BDA m. TEDH 1993\38]

- STEDH, 24 febrero 1994, (asunto Bendenoun contra la República de Francia) [BDA m. TEDH 1994\12]
- STEDH, 10 febrero 1995, (asunto Allenet de Ribemont contra la República de Francia) [BDA m. TEDH 1995\7]
- STEDH, 8 febrero 1996, (asunto John Murray contra Reino Unido) [BDA m. TEDH 7\1996]
- STEDH, 29 agosto 1997, (asunto A. P., M. P. y T.P. contra Suiza) [TOL 147.632 ©www.tirantonline.com Sanm\_2424]
- STEDH 907, 2 septiembre 1998, (asunto Lauko contra la República de Eslovaquia) [BDA m. TEDH 1998\43]
- STEDH, 21 marzo 2000, (asunto Asan Rushiti contra la República de Austria) [BDA m. TEDH 2000\100]
- STEDH, 2 mayo 2000, (asunto Condrón contra Reino Unido) [BDA m. TEDH 129\2000]
- STEDH, 27 febrero 2001, (asunto Lucà contra Italia) [BDA m. TEDH 2001\96]
- STEDH, 5 julio 2001, (asunto Phillips contra el Reino Unido) [BDA m. TEDH 2001\435]
- STEDH, 5 noviembre 2002, (asunto Demir contra la República de Austria) [BDA m. TEDH 2002\62]
- STEDH, 11 febrero 2003, (asunto Y. contra el Reino de Noruega) [BDA m. TEDH 2003\49150]
- STEDH, 10 noviembre 2005, (asunto Bocos-Cuesta contra Reino de los Países Bajos) [BDA m. TEDH 2005\123]

#### **JURISPRUDENCIA ITALIANA**

- Ordenanza 255/1992, Corte Costituzionale de Italia, 18 mayo 1992, Giudice relatore Mauro Ferri, en <http://www.cortecostituzionale.it>



- Ordinanza 37/2002, Corte Costituzionale de Italia, 14 febrero 2002, Giudice relatore Giovanni Maria Flick, en <http://www.cortecostituzionale.it>

## **JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

### **1- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

#### **A) AUTOS**

- ATC 213 (Sección Tercera), 9 junio 1982 [BDA m. RTC 1982\213 AUTO]
- ATC 173, (Sala Primera), 21 marzo 1984 [BDA m. RTC 1984\173 AUTO]
- ATC 289, (Sala Primera), 16 mayo 1984 [BDA m. RTC 1984\289 AUTO]
- ATC 349 (Sala Segunda), 16 marzo 1988 [BDA m. RTC 1988\349 AUTO]
- ATC 123, (Sala Segunda), 13 marzo 1989 [BDA m. RTC 1989\123 AUTO]
- ATC 282, (Sala Segunda), 20 septiembre 1993 [BDA m. RTC 1993\282 AUTO]
- ATC 295, (Sala Primera), 4 octubre 1993 [BDA m. RTC 1993\295 AUTO]
- ATC 245, (Sala Primera), 23 julio 2008, Ponente D. [BDA m. RTC 2008\245]

#### **B) SENTENCIAS**

- STC 18, (Sala Primera), 8 junio 1981, Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant [BDA m. RTC 1981\18]

- STC 25, (Pleno), 14 julio 1981, Ponente D. Antonio Truyol Serra [BDA m. RTC 1981\25]
- STC 31, (Sala Primera), 28 julio 1981, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón D. [BDA m. RTC 1981\31 ]
- STC 13, (Sala Primera), 1 abril 1982, Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo [BDA m. RTC 1982\13]
- STC 30, (Sala Segunda), 1 junio 1982, Ponente D. Antonio Truyol Serra [BDA m. RTC 1982\30]
- STC 55, (Sala Segunda), 26 julio 1982, Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra [BDA m. RTC 1982\55]
- STC 107, (Sala Primera), 29 noviembre 1983, Ponente D. Ángel Escudero del Corral [BDA m. RTC 1983\107]
- STC 116, (Sala Segunda), 7 diciembre 1983, Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra [BDA m. RTC 1983\116]
- STC 124, (Sala Segunda), 21 diciembre 1983, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente [BDA m. RTC 1983\124]
- STC 9, (Sala Primera), 30 enero 1984, Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo [BDA m. RTC 1984\9]
- STC 17, (Sala Primera), 17 febrero 1984, Ponente D. Ángel Latorre Segura [BDA m. RTC 1984\17]
- STC 24, (Sala Segunda), 23 febrero 1984, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente [BDA m. RTC 1984\24]
- STC 62, (Sala Primera), 21 mayo 1984, Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo [BDA m. RTC 1984\62]
- STC 114, (Sala Segunda), 29 noviembre 1984, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León [BDA m. RTC 1984\114]

- STC 13, (Sala Segunda), 31 enero 1985, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente [BDA m. RTC 1985\13]
- STC 36, (Sala Primera), 8 marzo 1985, Ponente D. Ángel Latorre Segura [BDA m. RTC 1985\36]
- STC 37, (Sala Primera), 8 marzo 1985, Ponente D. Manuel Díez de Velasco Vallejo [BDA m. RTC 1985\37]
- STC 62, (Sala Segunda), 10 mayo 1985, Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra [BDA m. RTC 1985\62]
- STC 100, (Sala Primera), 3 octubre 1985, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León [BDA m. RTC 1985\100]
- STC 101, (Sala Primera), 4 octubre 1985, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón [BDA m. RTC 1985\101]
- STC 103, (Sala Segunda), 4 octubre 1985, Ponente D. Jerónimo Arozamena Sierra [BDA m. RTC 1985\103]
- STC 107, (Sala Segunda), 7 octubre 1985, Ponente D. Francisco Rubio Llorente [BDA m. RTC 1985\107]
- STC 145, (Sala Primera), 28 octubre 1985, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón [BDA m. RTC 1985\145]
- STC 159, (Sala Segunda), 27 noviembre 1985, Ponente D. Francisco Rubio Llorente [BDA m. RTC 1985\159]
- STC 173, (Sala Segunda), 16 diciembre 1985, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente [BDA m. RTC 1985\173]
- STC 175, (Sala Primera), 17 diciembre 1985, Ponente D. Rafael Gómez-Ferrer Morant [BDA m. RTC 1985\175]
- STC 4, (Sala Segunda), 20 enero 1986, Ponente D. Antonio Truyol Serra [BDA m. RTC 1986\4]

- STC 49, (Sala Primera), 23 abril 1986, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil [BDA m. RTC 1986\49]
- STC 64, (Sala Primera), 21 mayo 1986, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León [BDA m. RJ 1986\64]
- STC 109, (Sala Primera), 24 septiembre 1986, Ponente D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León [BDA m. RTC 1986\109]
- STC 96, (Sala Primera), 10 junio 1987, Ponente D. Antonio Truyol Serra [BDA m. RTC 1987\96]
- STC 80, (Sala Primera), 17 junio 1986, Ponente D. Eugeni Díaz Eimil [BDA m. RTC 1986\80]
- STC 44, (Sala Primera), 9 abril 1987, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer [BDA m. RJ 1987\44]
- STC 150, (Sala Segunda), 1 octubre 1987, Ponente D. Carlos de la Vega Benayas [BDA m. RJ 1987\150]
- STC 22, (Sala Segunda), 18 febrero 1988, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral [BDA m. RTC 1988\22]
- STC 82, (Sala Primera), 23 febrero 1988, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer [BDA m. RTC 1988\82]
- STC 81, (Sala Primera), 28 abril 1988, Ponente D. Antonio Truyol Serra [BDA m. RTC 1988\81]
- STC 82, (Sala Primera), 28 abril 1988, Ponente D. Antonio Truyol Serra [BDA m. RTC 1988\82]
- STC 137, (Sala Segunda), 7 julio 1988, Ponente D. Jesús Leguina Villa [BDA m. RJ 1988\137]
- STC 176, (Sala Primera), 4 octubre 1988, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil [BDA m. RTC 1988\176]

- STC 254, (Sala Segunda), 21 diciembre 1988, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón [BDA m. RJ 1988\254]
- STC 5, (Sala Segunda), 19 enero 1989, Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral [BDA m. RJ 1989\5]
- STC 44, (Sala Primera), 20 febrero 1989, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer [BDA m. RTC 1989\44]
- STC 52, (Sala Segunda), 22 febrero 1989, Ponente D<sup>a</sup>. Gloria Begué Cantón Ponente D. [BDA m. RJ 1989\52]
- STC 135, (Sala Primera), 19 julio 1989, Ponente D. Francisco Tomás y Valiente [BDA m. RTC 1989\ 135]
- STC 182, (Sala Primera), 03 noviembre 1989, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RTC 1989\182]
- STC 201, (Sala Primera), 30 noviembre 1989, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RTC 1989\201]
- STC 217, (Sala Primera), 21 diciembre 1989, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RTC 1989\217]
- STC 3, (Sala Segunda), 15 enero 1990, Ponente D. Francisco Rubio Llorente [BDA m. RTC 1990\3]
- STC 76, (Pleno), 26 abril 1990, Ponente D. Jesús Leguina Villa [BDA m. RTC 1990\76]
- STC 84, (Sala Segunda), 4 mayo 1990, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil [BDA m. RJ 1990\84]
- STC 98, (Sala Segunda), 24 mayo 1990, Ponente D. Antonio Truyol Serra [BDA m. RTC 1990\98]
- STC 127, (Sala Primera), 5 julio 1990, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral [BDA m. RTC 1990\127]

- STC 161, (Sala Primera), 19 octubre 1990 , Ponente D. Luis López Guerra [BDA m. RTC 1990\161]
- STC 24, (Sala Segunda), 11 febrero 1991, Ponente D. Francisco Rubio Llorente [BDA m. RTC 1991\24]
- STC 41, (Sala Segunda), 25 febrero 1991, Ponente D. Álvaro Rodríguez Bereijo [BDA m. RTC 1991\41]
- STC 72, (Sala Segunda), 8 abril 1991, Ponente D. José Gabaldón López [BDA m. RTC 1991\72]
- STC 80, (Sala Primera), 15 abril 1991, Ponente D. Luis López Guerra [BDA m. RTC 1991\80]
- STC 10, (Sala Primera ), 16 enero 1992, Ponente D. Luis López Guerra [BDA m. RTC 1992\10]
- STC 30, (Sala Primera), 18 marzo 1992, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RTC 1992\30]
- STC 82, (Sala Primera), 28 mayo 1992, Ponente D. Luis López Guerra [BDA m. RTC 1992\82]
- STC 138, (Sala Primera), 13 octubre 1992, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende [BDA m. RTC 1992\138]
- STC 219, (Sala Segunda), 3 diciembre 1992, Ponente D. Julio Diego González Campos [BDA m. RTC 1992\219]
- STC 27, (Sala Segunda), 25 enero 1993, Ponente D. Julio Diego González Campos [BDA m. RTC 1993\27]
- STC 257, (Sala Primera), 20 julio 1993, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer [BDA m. RTC 1993\257]
- STC 303, (Sala Primera), 25 octubre 1993, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RTC 1993\303]

- STC 323, (Sala Primera), 8 noviembre 1993, Ponente D. Carlos de la Vega Benayas [BDA m. RTC 1993\323]
- STC 341, (Pleno), 18 noviembre 1993, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral [BDA m. RTC 1993\341]
- STC 367, (Sala Segunda), 13 diciembre 1993, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil [BDA m. RTC 1993\367]
- STC 79, (Sala Primera), 14 marzo 1994, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RJ 1994\79]
- STC 85, (Sala Primera), 14 marzo 1994, Ponente D. Fernando García-Mon y González Regueral [BDA m. RJ 1994\85]
- STC 283, (Sala Segunda), 24 octubre 1994, Ponente D. Julio Diego González Campos [BDA m. RJ 1994\283]
- STC 290, (Sala Primera), 27 de octubre 1994, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer [BDA m. RJ 1994\290]
- STC 328, (Sala Primera), 12 diciembre 1994, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral [BDA m. RTC 1994\328]
- STC 32, (Sala Primera), 6 febrero 1995, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral [BDA m. RTC 1995\32]
- STC 36, (Sala Primera), 6 febrero 1995, Ponente D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer [BDA m. RTC 1995\36]
- STC 51, (Sala Primera), 23 febrero 1995, Ponente D. Pedro Cruz Villalón [BDA m. RTC 1995\51]
- STC 86, (Sala Segunda), 6 junio 1995, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RJ 1995\86]
- STC 103, (Sala Segunda), 3 julio 1995, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende [BDA m. RTC 1995\103]

- STC 133, (Sala Segunda), 25 septiembre 1995, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende [BDA m. RJ 1995\133]
- STC 157, (Sala Segunda), 6 noviembre 1995, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende [BDA m. RTC 1995\157]
- STC 28, (Sala Segunda), 26 febrero 1996, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer [BDA m. RTC 1996\28]
- STC 34, (Sala Segunda), 11 marzo 1996, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende [BDA m. RTC 1996\34]
- STC 49, (Sala Segunda), 26 marzo 1996, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera [BDA m. RJ 1996\49]
- STC 59, (Sala Segunda), 15 abril 1996, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer [BDA m. RTC 1996\59]
- STC 127, (Sala Primera), 9 julio 1996, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera [BDA m. RJ 1996\127]
- STC 200, (Sala Primera), 3 diciembre 1996, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra [BDA m. RTC 1996\200]
- STC, (Sala Primera), 27 febrero 1997, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera [BDA m. RTC 1997\40]
- STC 45, (Sala Primera), 11 marzo 1997, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera [BDA m. RTC 1997\45]
- STC 153, (Sala Segunda), 29 septiembre 1997, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral [BDA m. RTC 1997\153]
- STC 49, (Sala Segunda), 2 marzo 1998, Ponente D. Fernando García-Mon y González-Regueral [BDA m. RTC 1998\49]
- STC 81, (Pleno), 2 abril 1998, Ponente D. Tomás S. Vives Antón [BDA m. RJ 1998\81]



- STC 115, (Sala Segunda), 1 junio 1998, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer [BDA m. RTC 1998\115]
- STC 121, (Sala Segunda), 15 junio 1998, Ponente D. Tomás S. Vives Antón [BDA m. RJ 1998\121]
- STC 151, (Sala Segunda), 13 julio 1998, Ponente D. José Gabaldón López [BDA m. RJ 1998\151]
- STC 169, (Sala Primera), 21 julio 1998, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera [BDA m. RTC 1998\169]
- STC 28, (Sala Primera), 8 marzo 1999, Ponente D. Pedro Cruz Villalón [BDA m. RTC 1999\28]
- STC 49, (Pleno), 5 abril 1999, Ponente D. Tomás S. Vives Antón [BDA m. RJ 1999\49]
- STC 94, (Sala Segunda), 31 mayo 1999, Ponente Tomás Vives Antón [BDA m. RJ 1999\94]
- STC 136, (Pleno), 20 julio 1999, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer [BDA m. RTC 1999\136]
- STC 138, (Sala Segunda), 22 julio 1999, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez [BDA m. RTC 1999\138]
- STC 139, (Sala Segunda), 22 julio 1999, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RJ 1999\139]
- STC 161, (Sala Segunda), 27 septiembre 1999, Ponente D. Tomás S. Vives Antón [BDA m. RJ 1999\161]
- STC 166, (Sala Primera), 27 septiembre 1999, Ponente D. Pablo García Manzano [BDA m. RJ 1999\166]
- STC 171, (Sala Segunda), 27 septiembre 1999, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer [BDA m. RJ 1999\171]

- STC 238, (Sala Primera), 20 diciembre 1999, Ponente D. Pablo Manuel Cachón Villar [BDA m. RJ 1999\238]
- STC 239, (Sala Primera), 20 diciembre 1999, Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde [BDA m. RJ 1999\239]
- STC 8, (Sala Primera), 17 enero 2000, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera [BDA m. RJ 2000\8]
- STC 16, (Sala Primera), 31 enero 2000, Ponente D. Fernando Garrido Falla [BDA m. RTC 2000\16]
- STC 21, (Sala Segunda), 31 enero 2000, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer [BDA m. RTC 2000\21]
- STC 50, (Sala Segunda), 28 febrero 2000, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende [BDA m. RJ 2000\50]
- STC 81, (Sala Segunda), 27 marzo 2000, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2000\81]
- STC 126, (Sala Segunda), 16 mayo 2000, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RJ 2000\126]
- STC 136, (Sala Primera), 29 mayo 2000, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera [BDA m. RJ 2000\136]
- STC 153, (Sala Primera), 12 junio 2000, Ponente D. Pablo García Manzano [BDA m. RTC 2000\153]
- STC 175, (Sala Segunda), 26 junio 2000, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2000\175]
- STC 188, (Sala Segunda), 10 julio 2000, Ponente D. Carles Viver i Pi-Sunyer [BDA m. RTC 2000\188]
- STC 202, (Sala Segunda), 24 julio 2000, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2000\202]

- STC 297, (Sala Segunda), 11 diciembre 2000, Ponente D. Tomás S. Vives Antón [BDA m. RTC 2000\297]
- STC 299, (Sala Segunda), 11 diciembre 2000, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RJ 2000\299]
- STC 141, (Sala Segunda), 18 junio 2001, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2001\141]
- STC 143, (Sala Segunda), 18 junio 2001, Ponente D. Tomás S. Vives Antón [BDA m. RTC 2001\143]
- STC 149, (Sala Primera), 27 junio 2001, Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde [BDA m. RJ 2001\149]
- STC 174, (Sala Primera), 26 julio 2001, Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde [BDA m. RTC 2001\174]
- STC 2, (Sala Segunda), 14 enero 2002, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RTC 2002\2]
- STC 12, (Sala Primera), 20 enero 2002, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel [BDA m. RTC 2002\12]
- STC 28, (Sala Segunda), 11 febrero 2002, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo [BDA m. RJ 2002\28]
- STC 52, (Sala Segunda), 25 febrero 2002, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2002\52]
- STC 57, (Sala Primera), 11 marzo 2002, Ponente D. Tomás Vives Antón [BDA m. RTC 2002\57]
- STC 94, (Sala Segunda), 22 abril 2002, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2002\94]
- STC 100, (Sala Segunda), 6 mayo 2002, Ponente D. Pablo Manuel Cachón Villar [BDA m. RTC 2002\100]

- STC 155, (Pleno), 22 julio 2002, Ponente D. Tomás Vives Antón [BDA m. RTC 2002\155]
- STC 167, (Pleno), 18 septiembre 2002, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RJ 2002\167]
- STC 195, (Sala Segunda), 28 octubre 2002, Ponente D. Pablo Manuel Cachón Villar [BDA m. RTC 2002\195]
- STC 198/2002, (Sala Segunda), 28 octubre 2002, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo [BDA m. RTC 2002\198]
- STC 205, (Sala Segunda), 11 noviembre 2002, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo [BDA m. RJ 2002\205]
- STC 212, (Sala ), 11 noviembre 2002, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez [BDA m. RTC 2002\212]
- STC 230, (Sala Segunda), 9 diciembre 2002, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2002\230]
- STC 25, (Sala Segunda), 10 febrero 2003, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RTC 2003\25]
- STC 38, (Sala Primera), 27 febrero 2003, Ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez [BDA m. RTC 2003\38]
- STC 41, (Sala Primera), 27 febrero 2003, Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y voto particular D. Roberto García-Calvo y Montiel [BDA m. RTC 2003\41]
- STC 80, (Sala Segunda), 28 abril 2003, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez [BDA m. RTC 2003\80]
- STC 142, (Sala Segunda), 14 julio 2003 , Ponente D. Pablo Cachón Villar [BDA m. RTC 2003\142]
- STC 187, (Sala Primera), 27 octubre 2003, Ponente D. Pablo García Manzano [BDA m. RTC 2003\187]

- STC 206, (Sala Primera), 1 diciembre 2003, Ponente D. Javier Delgado Barrio [BDA m. RTC 2003\206]
- STC 209, (Sala Segunda), 1 diciembre 2003, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez [BDA m. RTC 2003\209]
- STC 7, (Sala Primera), 9 febrero 2004, Ponente D. Pablo García Manzano [BDA m. RTC 2004\7]
- STC 54, (Pleno), 15 de abril 2004, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RTC 2004\54]
- STC 197, (Sala Primera), 15 noviembre 2004, Ponente D. Manuel Aragón Reyes [BDA m. RTC 2004\197]
- STC 61, (Sala Segunda), 14 marzo 2005, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo [BDA m. RTC 2005\61]
- STC 113, (Sala Primera), 9 mayo 2005, Ponente no indica [BDA m. RTC 2005\113]
- STC 137, (Sala Segunda), 23 mayo 2005, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2005\137]
- STC 148, (Sala Segunda), 6 junio 2005, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo [BDA m. RTC 2005\148]
- STC 164, (Sala Segunda), 20 junio 2005, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo [BDA m. RTC 2005\164]
- STC 199, (Sala Primera), 18 julio 2005, Ponente D. Javier Delgado Barrio [BDA m. RTC 2005\199]
- STC 205, (Sala Segunda), 18 julio 2005, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RJ 2005\205]
- STC 259, (Sala Primera), 24 octubre 2005, Ponente D. Javier Delgado Barrio [BDA m. RJ 2005\259]

- STC 261, (Sala Segunda), 24 octubre 2005, Ponente D. Eugeni Gay Montalvo [BDA m. RJ 2005\261]
- STC 280, (Sala Primera), 7 noviembre 2005, Ponente D. Javier Delgado Barrio [BDA m. RTC 2005\280]
- STC 307, (Sala Segunda), 12 diciembre 2005, Ponente D. Ramón Rodríguez Arribas [BDA m. RTC 2005\307]
- STC 324, (Sala Primera), 12 diciembre 2005, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel [BDA m. RTC 2005\324]
- STC 1, (Sala Primera), 16 enero 2006, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel [BDA m. RTC 2006\1]
- STC 24, (Sala Primera), 30 enero 2006, Ponente D. Pablo Pérez Tremps [BDA m. RTC 2006\24]
- STC 53, (Sala Primera), 27 febrero 2006, Ponente D. Javier Delgado Barrio [BDA m. RTC 2006\53]
- STC 92, (Sala Segunda), 27 marzo 2006, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez [BDA m. RTC 2006\92]
- STC 91, (Sala Segunda), 27 marzo 2006, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RTC 2006\91]
- STC 95, (Sala Primera), 27 marzo 2006, Ponente D. Javier Delgado Barrio [BDA m. RTC 2006\95]
- STC 114, (Sala Primera), 5 abril 2006, Ponente D. Pablo Pérez Tremps [BDA m. RTC 2006\114]
- STC 116, (Sala Primera), 24 abril 2006, Ponente D. Pablo Pérez Tremps [BDA m. RTC 2006\116]
- STC 123, (Sala Segunda), 24 abril 2006, Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas [BDA m. RJ 2006\123]

- STC 136, (Sala Segunda), 8 mayo 2006, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RJ 2006\136]
- STC 198, (Sala Segunda), 3 julio 2006, Ponente D. Ramón Rodríguez Arribas [BDA m. RTC 2006\198]
- STC 199, (Sala Primera), 3 julio 2006, Ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez [BDA m. RTC 2006\199]
- STC 219, (Sala Primera), 3 julio 2006, Ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio [BDA m. RJ 2006\219]
- STC 220, (Sala Primera), 3 julio 2006, Ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio [BDA m. RJ 2006\220]
- STC 253, (Sala Primera), 11 septiembre 2006, Ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio [BDA m. RJ 2006\253]
- STC 317, (Sala Segunda), 15 noviembre 2006, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RTC 2006\317]
- STC 344, (Sala Primera), 11 diciembre 2006, Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde [BDA m. RTC 2006\344]
- STC 345, (Sala Segunda), 11 diciembre 2006, Ponente D. Pascual Sala Sánchez [BDA m. RTC 2006\345]
- STC 10, (Sala Primera), 15 enero 2007, Ponente D. Manuel Aragón Reyes [BDA m. RTC 2007\10]
- STC 63, (Sala Primera), 27 marzo 2007, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel [BDA m. RTC 2007\63]
- STC 66, (Sala Primera), 27 marzo 2007, Ponente D. Manuel Aragón Reyes [BDA m. RTC 2007\66]
- STC 139, (Sala Primera), 4 junio 2007, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel [BDA m. RTC 2007\139]

- STC 243, (Sala Segunda), 10 diciembre 2007, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez [BDA m. RTC 2007\243]
- STC 244, (Sala Primera), 10 diciembre 2007, Ponente D. Manuel Aragón Reyes [BDA m. RTC 2007\244]
- STC 29, (Sala Segunda), 20 febrero 2008, Ponente D. Pascual Sala Sánchez [BDA m. RTC 2008\29]
- STC 40, (Sala Primera), 10 marzo 2008, Ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez [BDA m. RTC 2008\40]
- STC 48, (Pleno), 11 marzo 2008, Ponente D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde [BDA m. RTC 2008\48]
- STC 68, (Sala Segunda), 23 junio 2008, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RTC 2008\68]
- STC 29, (Sala Segunda), 26 enero 2009, Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez [BDA m. RTC 2009\29]
- STC 129, (Sala Primera), 1 junio 2009, Ponente D. Pablo Pérez Tremps [BDA m. RTC 2009\129]
- STC 147, (Sala Segunda), 15 junio 2009, Ponente D<sup>a</sup>. Elisa Pérez Vera [BDA m. RTC 2009\147]

## **2- TRIBUNAL SUPREMO**

### **A) AUTOS**

- ATS 1689/2009, (Sala Penal), 2 julio 2009, Ponente D. Juan Saavedra Ruiz [Cendoj ROJ ATS 10404\2009]
- ATS, (Sala Penal), 18 junio 1992, Ponente D. Enrique Ruíz Vadillo [BDA m. RJ 1992\6102]

### **B) SENTENCIAS**



- STS 697, (Sala Penal), 22 mayo 1982, Ponente D. Juan Latour Brotons [BDA m. RJ 1982\2702]
- STS 103, (Sala Penal), 31 enero 1983, Ponente D. Bernardo Francisco Castro Pérez [BDA m. RJ 1983\76]
- STS 110, (Sala Penal), 1 febrero 1983, Ponente D. Luis Vivas Marzal [BDA m. RJ 1983\703]
- STS 984, (Sala Penal), 21 junio 1983, Ponente D. Juan Latour Brotons [BDA m. RJ 1983\3566]
- STS 1263, (Sala Penal), 27 septiembre 1983, Ponente D. Luís Vivas Marzal [Cendoj ROJ 139\1983]
- STS 1528, (Sala Penal), 18 noviembre 1983, Ponente D. José Hermenegildo Moyna Menguez [Cendoj ROJ 547\1983]
- STS, (Sala de lo Social), 10 diciembre 1983, Ponente D. Enrique Ruíz Vadillo [BDA m. RJ 1983\6190]
- STS 1101, (Sala Penal), 7 julio 1984, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA m. RJ 1984\3831]
- STS 1404, (Sala Penal), 22 octubre 1984, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA m. RJ 1984\5022]
- STS 1767, (Sala Penal), 14 diciembre 1984, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA m. RJ 1984\6549]
- STS 1799, (Sala Penal), 19 diciembre 1984, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA m. RJ 1984\6585]
- STS 1620, (Sala de lo Social), 16 septiembre 1987, Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete [Cendoj ROJ 14309\1987]
- STS 2476, (Sala Penal), 14 diciembre 1987, Ponente D. José Jiménez Villarejo [BDA m. RJ 1987\9767]

- STS 20, (Sala Penal), 5 enero 1988, Ponente D. Fernando Díaz Palos [BDA m. RJ 1988\237]
- STS 844, (Sala Penal), 14 marzo 1989, Ponente D. Fernando Díaz Palos [Cendoj ROJ 1905\1989]
- STS 1277, (Sala de lo Social), 30 noviembre 1989, Ponente D. Luis Gil Suárez [Cendoj ROJ 11253\1989]
- STS 2943, (Sala Penal), 29 marzo 1990, Ponente D. Joaquín Delgado García [BDA m. RJ 1990\2647]
- STS 569, (Sala de lo Social), 9 abril 1990, Ponente D. Víctor Eladio Fuentes López [Cendoj ROJ 7087\1990]
- STS 86, (Sala de lo Civil), 8 febrero 1991, Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa [BDA m. RJ 1991\1157]
- STS 1021, (Sala Penal), 11 marzo 1991, Ponente D. Joaquín Delgado García [Cendoj ROJ 13774\1991]
- STS, (Sala Penal), 30 abril 1991, Ponente D. Enrique Ruíz Vadillo [BDA m. RJ 1991\2998]
- STS, (Sala Penal), 22 mayo 1991, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA, m. RJ 1991\3743]
- STS, (Sala Penal), 10 junio 1991, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA m. RJ 1991\4551]
- STS 2207, (Sala Penal), 15 junio 1991, Ponente D. Antonio Huerta y Álvarez de Lara [Cendoj ROJ 9840\1991]
- STS , (Sala Penal), 2 julio 1991, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA m. RJ 1991\5502]
- STS, (Sala Penal), 9 octubre 1991, Ponente D. Francisco Soto Nieto [BDA m. RJ 1991\7039]

- STS, (Sala Penal), 23 octubre 1991, Ponente D. Joaquín Delgado García [BDA m. RJ 1991\7355]
- STS, (Sala Penal), 8 noviembre 1991, Ponente D. Joaquín Delgado García [Cendoj ROJ 6096\1991]
- STS 3578, (Sala Penal), 13 noviembre 1991, Ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez [BDA m. RJ 1991\8122]
- STS, (Sala Penal), 22 enero 1992, Ponente D. Joaquín Delgado García [Cendoj ROJ 345\1992]
- STS 210, (Sala Penal), 7 febrero 1992, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1992\1108]
- STS 175, (Sala de lo Civil), 25 febrero 1992, Ponente D. Pedro González Poveda [BDA m. RJ 1992\1554]
- STS 1251, (Sala Penal), 25 mayo 1992, Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo [BDA m. RJ 1992\4334]
- STS 1953, (Sala Penal), 21 septiembre 1992, Ponente D. José Augusto de Vega Ruíz [BDA m. RJ 1992\7192]
- STS 1918, (Sala Penal), 22 septiembre 1992, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater [BDA m. RJ 1992\7215]
- STS 2003, (Sala Penal), 28 septiembre 1992, Ponente D. Carlos Granados Pérez [BDA m. RJ 1992\7468]
- STS, (Sala Penal), 2 noviembre 1992, Ponente D. Luis Román Puerta Luis [BDA m. RJ 1992\8861]
- STS 2480, (Sala Penal), 19 noviembre 1992, Ponente D. Fernando Díaz Palos [BDA m. RJ 1992\9608]
- STS 2593, (Sala Penal), 26 noviembre 1992, Ponente D. Carlos Granados Pérez [BDA m. RJ 1992\9531]

- STS, (Sala Penal), 1 diciembre 1992, Ponente D. Manuel García Miguel [Cendoj ROJ 8795\1992]
- STS, (Sala Penal), 2 diciembre 1992, Ponente D. Fernando Díaz Palos [Cendoj ROJ 8811\1992]
- STS 2663, (Sala Penal), 4 diciembre 1992, Ponente D. Joaquín Delgado García [BDA m. RJ 1992\9928]
- STS 2813, (Sala Penal), 17 diciembre 1992, Ponente D. Enrique Ruíz Vadillo [BDA m. RJ 1992\10308]
- STS 83, (Sala Penal), 27 enero 1993, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro [BDA m. RJ 1993\199]
- STS 84, (Sala Penal), 28 enero 1993, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro [BDA m. RJ 1993\213]
- STS, (Sala Penal), 12 febrero 1993, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro [Cendoj ROJ 605\1993]
- STS 476, (Sala Penal), 8 marzo 1993, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1993\1991]
- STS 635, (Sala Penal), 18 marzo 1993, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro [BDA m. RJ 1993\2419]
- STS 703, (Sala de lo Civil), 30 junio 1993, Ponente D. Teófilo Ortega Torres [BDA m. RJ 1993\5229]
- STS 3228, (Sala Penal), 2 octubre 1993, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater [Cendoj ROJ 14925\1993]
- STS, (Sala Penal), 9 octubre 1993, Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo [BDA m. RJ 1993\7304]
- STS 2444, (Sala Penal), 2 noviembre 1993, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro [BDA m. RJ 1993\8269]

- STS 2783, (Sala Penal), 13 diciembre 1993, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1993\9424]
- STS 298, (Sala Penal), 18 febrero 1994, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater [BDA m. RJ 1994\2314]
- STS 738, (Sala Penal), 5 abril 1994, Ponente D. José Hermenegildo Moyna Ménguez [BDA m. RJ 1994\2875]
- STS 1038, (Sala Penal), 20 mayo 1994, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1994\3942]
- STS 1284, (Sala Penal), 17 junio 1994, Ponente D. Luis Román Puerta Luis [BDA m. RJ 1994\5176]
- STS 1602, (Sala Penal), 20 septiembre 1994, Ponente D. Roberto Hernández Hernández [BDA m. RJ 1994\7010]
- STS 836, (Sala de lo Civil), 27 septiembre 1994, Ponente D. Jaime Santos Briz [Cendoj ROJ 6073\1994]
- STS 1733, (Sala Penal), 28 septiembre 1994, Ponente D. Enrique Ruiz Vadillo [BDA m. RJ 1994\7228]
- STS 1762, (Sala Penal), 11 octubre 1994, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro [BDA m. RJ 1994\8170]
- STS 2054, (Sala Penal), 26 noviembre 1994, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1994\8974]
- STS 2258, (Sala Penal), 15 diciembre 1994, Ponente D. Joaquín Martín Canivell [BDA m. RJ 1994\10153]
- STS 119, (Sala Penal), 6 febrero 1995, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1995\710]
- STS 467, (Sala Penal), 28 marzo 1995, Ponente D. José Augusto de Vega Ruiz [BDA m. RJ 1995\2246]

- STS 759, (Sala Penal), 3 junio 1995, Ponente D. José Augusto de Vega Ruiz [BDA m. RJ 1995\4534]
- STS 725, (Sala Penal), 5 junio 1995, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1995\4538]
- STS 937, (Sala Penal), 22 septiembre 1995, Ponente D. José Augusto de Vega Ruiz [BDA m. RJ 1995\6754]
- STS 1020, (Sala Penal), 19 octubre 1995, Ponente D. José Antonio Martín Pallín [BDA m. RJ 1995\7722]
- STS, (Sala Penal), 1 diciembre 1995, Ponente D. Fernando Cotta Marquez de Prado [Cendoj ROJ 6101\1995]
- STS, (Sala Penal), 1 diciembre 1995, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Touron [Cendoj ROJ 6100\1995]
- STS 111, (Sala Penal), 5 febrero 1996, Ponente D. José Augusto de Vega Ruiz [BDA m. RJ 1996\795]
- STS 515, (Sala Penal), 12 julio1996, Ponente D. Cándido-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 1996\6015]
- STS 667, (Sala Penal), 8 octubre 1996, Ponente D. Gregorio García Ancos [BDA m. RJ 1996\7136]
- STS 821, (Sala Penal), 4 noviembre 1996, Ponente D. Francisco Soto Nieto [Cendoj ROJ 6077\1996]
- STS 448, (Sala Penal), 4 marzo 1997, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 1997\2215]
- STS 472, (Sala Penal), 14 abril 1997, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 1997\3524]
- STS 538, (Sala Penal), 23 abril 1997, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 1997\3259]

- STS 599, (Sala Penal), 30 abril 1997, Ponente D. José Augusto De Vega Ruíz [Cendoj ROJ 3061\1997]
- STS 740, (Sala Penal), 26 mayo 1997, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1997\4133]
- STS 549, (Sala de lo Civil), 19 junio 1997, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz [Cendoj ROJ 4331\1997]
- STS 974, (Sala Penal), 4 julio 1997, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 1997\6008]
- STS 1016, (Sala Penal), 12 julio 1997, Ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez [BDA m. RJ 1997\6065]
- STS 692, (Sala Penal), 7 noviembre 1997, Ponente D. Francisco Soto Nieto [Cendoj ROJ 6660\1997]
- STS 1587, (Sala Penal), 17 diciembre 1997, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [Cendoj ROJ 7745\1997]
- STS 1563, (Sala Penal), 20 diciembre 1997, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater [Cendoj ROJ 1997\7896]
- STS 39, (Sala Penal), 24 enero 1998, Ponente D. Ramón Montero Fernández-Cid [BDA m. RJ 1998\88]
- STS 290, (Sala Penal), 17 febrero 1999, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 1999\865]
- STS 278, (Sala Penal), 19 febrero 1999, Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 1147\1999]
- STS 369, (Sala Penal), 13 marzo 1999, Ponente D. José Jiménez Villarejo [BDA m. RJ 1999\2105]
- STS 609, (Sala Penal), 15 abril 1999, Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 2515\1999]

- STS 806, (Sala Penal), 10 junio 1999, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar [BDA m. ROJ 4097\1999]
- STS 457, (Sala Penal), 19 junio 1999, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar [BDA m. RJ 1999\5659]
- STS 1428, (Sala Penal), 8 octubre 1999, Ponente D. José Augusto de Vega Ruiz [BDA m. RJ 1999\7604]
- STS 65, (Sala Penal), 31 enero 2000, Ponente D. Gregorio García Ancos [BDA m. RJ 2000\727]
- STS 279, (Sala Penal), 3 marzo 2000, Ponente D. José Jiménez Villarejo [BDA m. RJ 2000\1112]
- STS 489, (Sala Penal), 15 marzo 2000, Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 2093\2000]
- STS 779, (Sala Penal), 10 mayo 2000, Ponente D. Roberto García-Calvo y Montiel [BDA m. RJ 2000\5198]
- STS 1231, (Sala Penal), 3 julio 2000, Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 5447\2000]
- STS 1322, (Sala Penal), 17 julio 2000, Ponente D. Gregorio García Ancos [Cendoj ROJ 5940\2000]
- STS 1443, (Sala Penal), 20 septiembre 2000, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [BDA m. RJ 2000\8007]
- STS 1642, (Sala Penal), 23 octubre 2000, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [Cendoj ROJ 7637\2000]
- STS 306, (Sala Penal), 2 marzo 2001, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 1610\2001]
- STS, (Sala Penal), 17 marzo 2001, Ponente D. José Antonio Marañón Chavarri [Cendoj ROJ 2143\2001]



- STS 652, (Sala Penal), 16 abril 2001, Ponente D. Carlos Granados Pérez [BDA m. RJ 2001\10290]
- STS 1822, (Sala Penal), 10 octubre 2001, Ponente D. Carlos Granados Pérez [Cendoj ROJ 7773\2001]
- STS 123, (Sala Penal), 6 febrero 2002, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 2002\2236]
- STS 192, (Sala de lo Civil), 8 marzo 2002, Ponente D. Pedro González Poveda [Cendoj ROJ 1638\2002]
- STS 429, (Sala Penal), 8 marzo 2002, Ponente D. José Jiménez Villarejo [Cendoj ROJ 1652\2002]
- STS 588, (Sala Penal), 4 abril 2002, Ponente D. José Manuel Maza Martín [BDA m. RJ 2002\5445]
- STS 836, (Sala Penal), 10 mayo 2002, Ponente D. José Manuel Maza Martín [BDA m. RJ 2002\7157]
- STS 885, (Sala Penal), 21 mayo 2002, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater [BDA m. RJ 2002\7411]
- STS 1057, (Sala Penal), 3 junio 2002, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [BDA m. RJ 2002\7131]
- STS 1219, (Sala Penal), 27 junio 2002, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 4747\2002]
- STS 1203, (Sala Penal), 18 julio 2002, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 2002\7997]
- STS 1500, (Sala Penal), 18 septiembre 2002, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [BDA m. RJ 2002\8151]
- STS 1850, (Sala Penal), 3 diciembre 2002, Ponente D. Joaquín Delgado García [BDA m. RJ 2003\544]

- STS, (Sala Penal), 10 diciembre 2002, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 2003\473]
- STS 28, (Sala Penal), 17 enero 2003, Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez [BDA m. RJ 2003\926]
- STS 58, (Sala Penal), 22 enero 2003, Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez. [BDA m. RJ 2003\1130]
- STS 231, (Sala Penal), 7 febrero 2003, Ponente D. Eduardo Móner Muñoz [Cendoj ROJ 757\2003]
- STS 498, (Sala Penal), 24 abril 2003, Ponente D. Joaquín Giménez García [BDA m. RJ 2003\4231]
- STS 1451, (Sala Penal), 26 noviembre 2003, Ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón [BDA m. RJ 2003\9491]
- STS, (Sala Penal), 20 enero 2004, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer [Cendoj ROJ 164\2004]
- STS 87, (Sala Penal), 2 febrero 2004, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [BDA m. RJ 2004\2187]
- STS 35, (Sala de lo Civil), 27 enero 2004, Ponente D. José Almagro Nosete [Cendoj ROJ 393\2004]
- STS 106, (Sala Penal), 29 enero, FJ. 1º, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [Cendoj ROJ 426\2004]
- STS 205, (Sala Penal), 18 febrero 2004, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [BDA m. RJ 2004\1105]
- STS 274, (Sala Penal), 27 febrero 2004, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer [BDA m. RJ 2004\2528]
- STS 408, (Sala Penal), 24 marzo 2004, Ponente D. Joaquín Giménez García [BDA m. RJ 2004\1665]

- STS 590, (Sala Penal), 06 mayo 2004, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [BDA m. RJ 2004\5018]
- STS 643, (Sala Penal), 17 mayo 2004, Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda [Cendoj ROJ 3359\2004]
- STS 973, (Sala Penal), 22 julio 2004, Ponente D. Siro-Francisco García Pérez [Cendoj ROJ 5471\2004]
- STS 75, (Sala Penal), 25 enero 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 300\2005]
- STS 105, (Sala Penal), 29 enero 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 421\2005]
- STS 197, (Sala Penal), 15 febrero 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre [BDA m. RJ 2005\3255]
- STS 338, (Sala Penal), 16 marzo 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre [BDA m. RJ 2005\3555]
- STS 403, (Sala Penal), 23 marzo 2005, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [BDA m. RJ 2005\3574]
- STS 416, (Sala Penal), 31 marzo 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2005\3379]
- STS, (Sala de lo Social), 5 abril 2005, Ponente D. Víctor Eladio Fuentes López [Cendoj ROJ 2019\2005]
- STS 484, (Sala Penal), 14 abril 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2005\5134]
- STS 1033, (Sala Penal), 15 septiembre 2005, Ponente D. Joaquín Delgado García [BDA m. RJ 2005\7174]
- STS 1145, (Sala Penal), 11 octubre 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre [Cendoj ROJ 6033\2005]

- STS 1241, (Sala Penal), 27 octubre 2005, FJ. 2º, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 6544\2005]
- STS 1246, (Sala Penal), 31 octubre 2005, Ponente D. Miguel Colmenero Menéndez De Luarca [Cendoj ROJ 6648\2005]
- STS 1317, (Sala Penal), 11 noviembre 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2006\45]
- STS 1347, (Sala Penal), 16 noviembre 2005, Ponente D. Joaquín Delgado García [BDA m. RJ 2005\3708]
- STS 1487, (Sala Penal), 13 diciembre 2005, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2005\815]
- STS 1618, (Sala Penal), 22 diciembre 2005, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [BDA m. RJ 2005\591]
- STS, (Sala de lo Social), 16 enero 2006, Ponente D. Jesús Gullón Rodríguez [Cendoj ROJ 225\2006]
- STS 26, (Sala Penal), 20 enero 2006, Ponente D. José Manuel Maza Martín [BDA m. RJ 2006\979]
- 75, (Sala Penal), 3 febrero 2006, Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar [Cendoj ROJ 330\2006]
- STS 97, (Sala Penal), 8 febrero 2006, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [BDA m. RJ 2006\878]
- STS 179, (Sala Penal), 14 febrero 2006, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [BDA m. RJ 2006\717]
- STS 196, (Sala Penal), 14 febrero 2006, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer [Cendoj ROJ 1303\2006]
- STS 184, (Sala de lo Civil), 1 marzo 2006, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos [Cendoj ROJ 1468\2006]

- STS 261, (Sala Penal), 14 marzo 2006, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2006\8046]
- STS 335, (Sala Penal), 24 marzo 2006, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [BDA m. RJ 2006\2319]
- STS 381, (Sala Penal), 31 marzo 2006, Ponente D. Julián Sánchez Melgar [BDA m. RJ 2006\4884]
- STS 430, (Sala Penal), 12 abril 2006, Ponente D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez [Cendoj ROJ 2369\2006]
- STS 413, (Sala Penal), 13 abril 2006, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [BDA m. RJ 2006\5113]
- STS 539, (Sala Penal), 27 abril 2006, Ponente D. José Antonio Martín Pallín [BDA m. RJ 2006\4599]
- STS 778, (Sala Penal), 12 julio 2006, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2006\]
- STS 829, (Sala Penal), 20 julio 2006, Ponente D. Joaquín Giménez García. [BDA m. RJ 2006\6300]
- STS, (Sala de lo Social), 26 julio 2006, Ponente D. Luis Gil Suárez [Cendoj ROJ 5319\2006]
- STS 808, (Sala de lo Civil), 28 julio 2006, Ponente D. Vicente Luis Montes Penades [Cendoj ROJ 5306\2006]
- STS 870, (Sala de lo Civil), 21 septiembre 2006, Ponente D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trias [Cendoj ROJ 5307\2006]
- STS 926, (Sala Penal), 6 octubre 2006, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [Cendoj ROJ 5738\2006]
- STS 936, (Sala Penal), 10 octubre 2006, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2006\250745]

- STS 1091, (Sala Penal), 19 octubre 2006, Ponente D. José Antonio Martín Pallín [BDA m. RJ 2006\284144]
- STS 1151, (Sala de lo Civil), 14 noviembre 2006, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz [Cendoj ROJ 6770\2006]
- STS 1148, (Sala Penal), 22 noviembre 2006, Ponente D. José Manuel Maza Martín [BDA m. RJ 2006\7928]
- STS 1594, (Sala Penal), 23 diciembre 2006, Ponente D. Luis Román Puerta Luis [BDA m. RJ 2006\1422]
- STS 90, (Sala Penal), 23 enero 2007, Ponente D. Joaquín Giménez García [BDA m. RJ 2007\625]
- STS 24, (Sala Penal), 25 enero 2007, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 772\2007]
- STS, (Sala Penal), 31 enero 2007, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [BDA m. RJ 2007\1651]
- STS 111, (Sala Penal), 5 febrero 2007, Ponente D. Carlos Granados Pérez [BDA m. RJ 2007\3250]
- STS, (Sala Social), 7 febrero 2007, Ponente D. Ponente D. Manuel Iglesias Cabero [Cendoj ROJ 1747\2007]
- STS 144, (Sala Penal), 22 febrero 2007, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [BDA m. RJ 2007\2611]
- STS 151, (Sala Penal), 28 febrero 2007, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 1585\2007]
- STS 203, (Sala Penal), 13 marzo 2007, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [Cendoj ROJ 1479\2007]
- STS 227, (Sala Penal), 15 marzo 2007, Ponente D. Joaquín Giménez García [BDA m. RJ 2007\2246]

- STS 225, (Sala Penal), 21 marzo 2007, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 1583\2007]
- STS 244, (Sala Penal), 22 marzo 2007, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [BDA m. RJ 2007\2665]
- STS 278, (Sala Penal), 10 abril 2007, Ponente D. Perfecto Andrés Ibáñez [BDA m. RJ 2007\3135]
- STS 303, (Sala Penal), 10 abril, FJ. 2º, Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar [Cendoj ROJ 2395\2007]
- STS 486, (Sala Penal), 30 mayo 2007, Ponente D. Manuel Marchena Gómez [Cendoj ROJ 4934\2007]
- STS 733, (Sala Penal), 17 septiembre 2007, Ponente D. Joaquín Delgado García [Cendoj ROJ 6188\2007]
- STS 1067, (Sala de lo Civil), 19 octubre 2007, Ponente D. Vicente Luis Montes Penades [Cendoj ROJ 6426\2007]
- STS, (Sala de lo Social), 4 diciembre 2007, Ponente D. José Luis Gilolmo López [Cendoj ROJ 8999\2007]
- STS 1329, (Sala de lo Civil), 14 diciembre 2007, Ponente D. Jesús Corbal Fernández [Cendoj ROJ 8278\2007]
- STS 3, (Sala Penal), 11 enero 2008, Ponente D. Carlos Granados Pérez [Cendoj ROJ 125\2008]
- STS 22, (Sala Penal), 17 enero 2008, Ponente D. Manuel Marchena Gómez [Cendoj ROJ 585\2008]
- STS 48, (Sala Penal), 22 enero 2008, Ponente D. Luis Román Puerta Luis [Cendoj ROJ 1034\2008]
- STS, (Sala de lo Social), 22 enero 2008, Ponente D. Joaquín Samper Juan [Cendoj ROJ 1839\2008]

- STS 58, (Sala Penal), 25 enero 2008, Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar [Cendoj ROJ 681\2008]
- STS 25, (Sala Penal), 29 enero 2008, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre [Cendoj ROJ 669\2008]
- STS 187, (Sala de lo Civil), 28 febrero 2008, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz [Cendoj ROJ 4143\2008]
- STS 169, (Sala Penal), 8 abril 2008, Ponente D. Enrique Bacigalupo Zapater [Cendoj ROJ 2958\2008]
- STS 168, (Sala Penal), 29 abril 2008, Ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 1598\2008]
- STS 336, (Sala de lo Civil), 30 abril 2008, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz [Cendoj ROJ 2026\2008]
- STS 347, (Sala de lo Civil), 30 abril 2008, Ponente D. José Almagro Nosete [Cendoj ROJ 1526\2008]
- STS 241, (Sala Penal), 14 mayo 2008, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [Cendoj ROJ 1955\2008]
- STS 277, (Sala Penal), 14 mayo 2008, Ponente D. Manuel Marchena Gómez [Cendoj ROJ 2450\2008]
- STS 300, (Sala Penal), 28 mayo 2008 , Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 2947\2008]
- STS 319, (Sala Penal), 04 junio 2008, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [Cendoj ROJ 2754\2008]
- STS 304, (Sala Penal), 05 junio 2008, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre [Cendoj ROJ 2890\2008]
- STS 335, (Sala Penal), 10 junio 2008, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 2633\2008]



- STS 421, (Sala Penal), 17 junio 2008, Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 4004\2008]
- STS 373, (Sala Penal), 24 junio 2008, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 3400\2008]
- STS 435, (Sala Penal), 25 junio 2008, Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 3769\2008]
- STS 485, (Sala Penal), 14 julio 2008, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 3984\08]
- STS 512, (Sala Penal), 17 julio 2008, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 4001\2008]
- STS 510, (Sala Penal), 21 julio 2008, Ponente D. Julian Artemio Sánchez Melgar [Cendoj ROJ 4022\2008]
- STS 575, (Sala Penal), 7 octubre 2008, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre [Cendoj ROJ 5041\2008]
- STS, (Sala de lo Social), 7 octubre 2008, Ponente D. Antonio Martín Valverde [Cendoj ROJ 7506\2008]
- STS 627, (Sala Penal), 15 octubre 2008, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 5775\2008]
- STS 654, (Sala Penal), 30 octubre 2008, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 6100\2008]
- STS 999, (Sala de lo Civil), 6 noviembre 2008, Ponente D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trias [Cendoj ROJ 5806\2008]
- STS 740, (Sala Penal), 18 noviembre 2008, Ponente D. Adolfo Prego De Oliver Tolivar [Cendoj ROJ 7118\2008]
- STS 768, (Sala Penal), 21 noviembre 2008, Ponente D. Adolfo Prego De Oliver Tolivar [Cendoj ROJ 6641\2008]

- STS 882, (Sala Penal), 17 diciembre 2008, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [Cendoj ROJ 6731\2008]
- STS 911, (Sala Penal), 23 diciembre 2008, Ponente D. Miguel Colmenero Menendez De Luarca [Cendoj ROJ 7515\2008]
- STS 31, (Sala Penal), 27 enero 2009, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar [Cendoj ROJ 135\2009]
- STS 56, (Sala Penal), 3 febrero 2009, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre [Cendoj ROJ 132\2009]
- STS 106, (Sala Penal), 4 febrero 2009, Ponente D. Manuel Marchena Gómez [Cendoj ROJ 495\2009]
- STS 81, (Sala Penal), 10 febrero 2009, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [Cendoj ROJ 281\2009]
- STS 91, (Sala de lo Civil), 12 febrero 2009, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta [Cendoj ROJ 598\2009]
- STS 124, (Sala Penal), 13 febrero 2009, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [Cendoj ROJ 963\2009]
- STS 129, (Sala Penal), 10 febrero 2009, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar [Cendoj ROJ 629\2009]
- STS 121, (Sala Penal), 12 febrero 2009, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [Cendoj ROJ 921\2009]
- STS 192, (Sala Penal), 24 febrero 2009, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar [Cendoj ROJ 977\2009]
- STS 225, (Sala Penal), 2 marzo 2009, Ponente D. Luciano Varela Castro [Cendoj ROJ 1631\2009]
- STS 204, (Sala Penal), 4 marzo 2009, Ponente D. Andrés Martínez Arrieta [Cendoj ROJ 1254\2009]

- STS 238, (Sala Penal), 6 marzo 2009, Ponente D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez [Cendoj ROJ 1290\2009]
- STS 96, (Sala Penal), 10 marzo 2009, Ponente D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar [Cendoj ROJ 1804\2009]
- STS 319, (Sala Penal), 23 marzo 2009, Ponente D. Manuel Marchena Gómez [Cendoj ROJ 2139\2009]
- STS 379, (Sala Penal), 13 abril 2009, Ponente D. Luciano Varela Castro [Cendoj ROJ 2415\2009]
- STS, (Sala de lo Social), 20 abril 2009, Ponente D. Fernando Salinas Molina [Cendoj ROJ 3675\2009]
- STS 431, (Sala Penal), 29 abril 2009, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [Cendoj ROJ 2834\2009]
- STS 448, (Sala Penal), 29 abril 2009, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer [Cendoj ROJ 3013\2009]
- STS, (Sala de lo Social), 26 mayo 2009, Ponente D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol [Cendoj ROJ 4395\2009]
- STS 419, (Sala de lo Civil), 17 junio 2009, Ponente D. Jesús Corbal Fernández [Cendoj ROJ 3888\2009]
- STS 704, (Sala Penal), 29 junio 2009, Ponente D. José Ramón Soriano Soriano [Cendoj ROJ 3932\2009]
- STS 765, (Sala Penal), 9 julio 2009, Ponente D. Diego Antonio Ramos Gancedo [Cendoj ROJ 4832\2009]
- STS 935, (Sala Penal), 30 septiembre 2009, Ponente D. Francisco Monterde Ferrer [Cendoj ROJ 6081\2009]
- STS 619, (Sala de lo Civil), 7 octubre 2009, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos [Cendoj ROJ 6773\2009]

- STS 647, (Sala de lo Civil), 14 octubre 2009, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos [Cendoj ROJ 6477\2009]
- STS 637, (Sala de lo Civil), 15 octubre 2009, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos [Cendoj ROJ 6157\2009]
- STS 1058, (Sala Penal), 29 octubre 2009, Ponente D. Joaquín Giménez García [Cendoj ROJ 6975\2009]
- STS 746, (Sala de lo Civil), 13 noviembre 2009, Ponente D. Francisco Marín Castan [Cendoj ROJ 7212\2009]
- STS 208, (Sala Penal), 18 marzo 2010, Ponente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [Cendoj ROJ 1488\2010]
- STS 561, (Sala de lo Civil), 13 septiembre 2010, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz [Cendoj ROJ 5810\2010]
- STS 636, (Sala de lo Civil), 13 octubre 2010, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos [Cendoj ROJ 5542\2010]
- STS 719, (Sala de lo Civil), 10 noviembre 2010, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos [Cendoj ROJ 6060\2010]
- STS 733, (Sala de lo Civil), 11 noviembre 2010, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos [Cendoj ROJ 6360\2010]
- STS 551, (Sala de lo Civil), 20 diciembre 2010, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz [Cendoj ROJ 7668\2010]

## **JURISPRUDENCIA CHILENA**

### **1- CORTE SUPREMA**

- SCS, 30 septiembre 2002, Rol CS N° 2538-2002, Redactor Ministro señor Alberto Chaigneau del Campo y voto disidente del Ministro señor José Luis Pérez Z. [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 13 enero 2005, Rol CS N° 5154-2005, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [<http://www.legalpublishing.cl>]

- SCS, 14 septiembre 2005, Rol CS N° 3666-2005, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 23 septiembre 2005, Rol CS N° 3297-2005, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 27 octubre 2005, Rol CS N° 4011-2005, Redactor Abogado Integrante señor Fernando Castro Alamos [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 12 septiembre 2006, Rol CS N° 4453-2006, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 20 septiembre 2006, Rol CS N° 3570-2006, Redactor Ministro señor Rubén Ballesteros C. [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 11 junio 2007, Rol CS N° 1836-2007, Redactor Ministro señor Nivaldo Segura Peña [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 6 agosto 2007, Rol CS N° 2926-2007, Redactor Ministro señor Alberto Chaigneau del Campo [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 7 agosto 2007, Rol CS N° 2958-2007, Redactor Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 11 diciembre 2007, Rol CS N° 5435-2007, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 3 abril 2008, Rol CS N° 1094-2008, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 28 julio 2008, Rol CS N° 2521-2008, Redactor Abogado Integrante señor Óscar Carrasco A. [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 19 mayo 2009, Rol CS N° 1414-2009, Redactor Abogado Integrante señor Ricardo Peralta Valenzuela [<http://www.legalpublishing.cl>]

- SCS, 20 octubre 2009, Rol CS N° 5203, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 11 diciembre 2009, Rol CS N° 5435-2007, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 22 diciembre 2009, Rol CS N° 6751-2009, Redactor Ministro señor Nivaldo Segura Peña [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 31 mayo 2010, Rol CS N° 1618-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 18 octubre 2010, Rol CS N° 5507-2010, Redactor Ministro señor Carlos Kunsemuller L. [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 21 diciembre 2010, Rol CS N° 7918-2010, Redactor Abogado Integrante señor Domingo Hernández E. [GT N° 366, pág. 178]
- SCS 24 enero 2011, Rol CS N° 9171-2010, Redactor Ministro señor Jaime Rodríguez Espoz [GT N° 367, pág. 174]
- SCS, 2 mayo 2011, Rol CS N° 2095-2011, Redactor Abogado Integrante señor Jorge Lagos G. [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCS, 8 agosto 2011, Rol CS N° 1141-2011, Redactor Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo [<http://www.legalpublishing.cl>]

## **2- CORTES DE APELACIONES**

- SCA de Antofagasta, 13 octubre 2002, Rol CA N° 323-2003, Redactor Ministro señor Óscar Clavería Guzmán [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de La Serena, 12 noviembre 2003, Rol CA N° 565-2003, Redactor Abogado Integrante señor Jaime Oda Ottone [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Talca, 15 diciembre 2003, Rol CA N° 1191-2003, Redactor Ministro señor Víctor Stenger Larenas [<http://www.legalpublishing.cl>]

- SCA de Punta Arenas, 23 julio 2004, Rol CA N° 88-2004, Redactor no indica [BJMP N° 20, septiembre 2004]
- SCA de Arica, 25 octubre 2004, Rol CA N° 130-2004, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Rancagua, 22 noviembre 2004, Rol CA N° 141-2004, Redactor Ministro señor Raúl Mera Muñoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Arica, 13 diciembre 2004, Rol CA N° 161-2004, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Valparaíso, 29 junio 2005, Rol CA N° 5557-2005, Redactor Ministro señora Carmen Salinas Guajardo [BJMP N° 25, diciembre 2005]
- SCA de Arica, 21 agosto 2006, Rol CA N° 273-2006, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 17 noviembre 2006, Rol CA N° 1989-2006, Redactor Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 14 junio 2007, Rol CA N° 1144-2007, Redactor Abogado Integrante señor Nelson Pozo Silva [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Rancagua, 14 junio 2007, Rol CA N° 216-2007, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Antofagasta, 12 julio 2007, Rol CA N° 142-2007, Redactor Abogado Integrante señor Bernardo Andrés Julio Contreras [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Concepción, 5 noviembre 2007, Rol CA N° 497-07, Redactor Abogado Integrante señor Marcelo Torres Daffau [<http://www.legalpublishing.cl>]

- SCA de Santiago, 29 noviembre 2007, Rol CA N° 2490-2007, Redactor Abogado Integrante señor Nelson Pozo Silva [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Talca, 21 enero 2008, Rol CA N° 18-2008, Redactor Ministro señor Eduardo Meins Olivares [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 10 marzo 2008, Rol CA N° 2699-2008, Redactor Abogado Integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Puerto Montt, 17 marzo 2008, Rol CA N° 30-2008, Redactor Ministro señor Hernán Crisosto Greisse [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de San Miguel, 14 abril de 2008, Rol CA N° 320-2008, Redactor Ministro señor Claudio Pavez Ahumada [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Copiapó, 23 abril 2008, Rol CA N° 83-2008, Redactor Ministro señor Álvaro Carrasco Labra [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 30 abril 2008, Rol CA N° 619-2008, Redactor Abogado Integrante señor Carlos López Dawson [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 16 mayo 2008, Rol CA N° 851-2008, Redactor Ministro señor Jorge Zepeda Arancibia [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Antofagasta, 19 mayo 2008, Rol CA N° 92-2008, Redactor Ministro señor Enrique Álvarez Giralt [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Temuco, 26 mayo 2008, Rol CA N° 400-2008, Redactor Ministro señor Fernando Carreño Ortega [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Valdivia, 6 junio 2008, Rol CA N° 178-2008, Redactor Ministro señor Patricio Abrego Diamanti [<http://www.legalpublishing.cl>]



- SCA de Copiapó, 7 julio 2008, Rol CA N° 96-2008, Redactor Ministra señora Luisa López Troncoso [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 23 julio 2008, Rol CA N° 1345-2008, Redactor Abogado Integrante señor Manuel Hazbún Comandari [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Arica, 4 agosto 2008, Rol CA N° 63-2008, Redactor Ministro señor Eduardo Camus Mesa [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de San Miguel, 28 agosto 2008, Rol CA N° 1247-2007, Redactor Ministro señora Rosa Egnem Saldías [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de San Miguel, 18 noviembre 2008, Rol CA N° 1428-2008, Redactor Ministro señor Héctor Solís Montiel [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Concepción, 21 noviembre 2008, Rol CA N° 480-2008, Redactor Ministro señor Claudio Gutiérrez Garrido [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de San Miguel, 29 diciembre 2008, Rol CA N° 1505-2008, Redactor Ministro señora María Soledad Espina Otero [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Puerto Montt, 3 abril 2009, Rol CA N° 36-2009, Redactor Fiscal Judicial señora Mirta Zurita Gajardo [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 28 abril 2009, Rol CA N° 523-2009, Redactor Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 18 junio 2009, Rol CA N° 719-2009, Redactor Abogado Integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga [<http://www.legalpublishing.cl>]

- SCA de Copiapó, 9 octubre 2009, Rol CA N° 150-2007, Redactor Ministro señor Dinko Franulic Cetinic [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 10 octubre 2009, Rol CA N° 1076-2009, Redactor Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de Santiago, 15 junio 2010, Rol CA N° 650-2010, Redactor Ministro señor Raúl Héctor Rocha Pérez [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SCA de San Miguel, 9 junio 2011, Rol CA N° 734-2011, Redactor Ministro señor Ricardo Blanco Herrera [<http://www.legalpublishing.cl>]

### **3- TRIBUNALES DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL**

- STJOP de Angol, 25 mayo 2001, RIT N°1-2001, Redactor Magistrado señora Isabel Salas Castro [BJMP N° 2, junio 2001]
- STJOP de Temuco, 31 agosto 2001, RIT N° 009-2001, Redactor Magistrado señor Jorge González Salazar [BJMP N° 5, septiembre 2001]
- STJOP de Temuco, 14 septiembre 2001, RIT N° 10-2001, Redactor Magistrado señor Erasmo Sepúlveda Vidal [BJMP N° 6, octubre 2001]
- STJOP de Temuco, 30 octubre 2001, RIT N° 12-2001, Redactor Magistrado señor Jorge González Salazar [BJMP N° 7, noviembre 2001]
- STJOP de La Serena, 4 diciembre 2001, RIT N° 15-2001, Redactor Magistrado señor Jorge Pizarro Astudillo [BJMP N° 9, marzo 2002]
- STJOP de Villarrica, 22 diciembre 2001, RIT N° 4-2001, Redactor Magistrado señora Viviana Loreto Ibarra Mendoza [BJMP N° 9, marzo 2002]

- STJOP de Temuco, 8 febrero 2002, RIT N° 23-2001, Redactor Magistrado señor Erasmo Sepúlveda Vidal [BJMP N° 10, mayo 2002]
- STJOP de Temuco, 10 mayo 2002, RIT N° 12-2002, Redactor Magistrado señor Oscar Luis Viñuela Aller [BJMP N° 11, julio 2002]
- STJOP de Angol, 14 mayo 2002, RIT N° 3-2002, Redactor Magistrado señor Waldemar Augusto Koch Salazar [BJMP N° 11, julio 2002]
- STJOP de Villarrica, 15 junio 2002, RIT N° 5-2002, Redactor Magistrado señora Isabel Fernanda Mallada Costa [BJMP N° 12, septiembre 2002]
- STJOP de Rancagua, 18 noviembre 2004, RIT N° 67-2004, Redactor Magistrado señor Marcos Kusanovic Antinopai [BJMP N° 23, junio 2005]
- STJOP de Puerto Montt, 19 diciembre 2004, RIT N° 29-2004, Redactor Magistrado señor Jaime Rojas Mundaca [BJMP N° 23, junio 2005]
- STJOP de Arica, 21 marzo 2005, RIT N° 6-2005, Redactor Magistrado señor Rodrigo Marcelo Olavarría Rodríguez [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de Coyhaique, 26 mayo 2005, RIT N° 13-2005, Redactor Magistrado señor Pedro Alejandro Castro Espinoza [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de Puerto Montt, 29 julio 2005, RIT N° 42-2005, Redactor Magistrado señora Claudia Olea Tapia [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de La Serena, 30 agosto 2005, RIT N° 72-2005, Redactor Magistrado señor Nicanor Alberto Salas Salas [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de Rancagua, 27 septiembre 2005, RIT N° 103-2005, Redactor Magistrado señor Oscar Castro Allendes [<http://www.legalpublishing.cl>]

- STJOP de Valparaíso, 22 octubre 2005, RIT N° 134-2005, Redactor Magistrado señor Christian Le Cerf Raby [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de Coyhaique, 10 diciembre 2005, RIT N° 34-A-2004, Redactor Magistrado señor Pedro Alejandro Castro Espinoza [BJMP N° 25, diciembre 2005]
- STJOP de La Serena, 14 marzo 2006, RIT N° 11-2006, Redactor Magistrado señor Jorge Pizarro Astudillo [BJMP N° 27, junio 2006]
- STJOP de Puerto Montt, 30 enero 2007, RIT N° 58-2008, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP Sexto de Santiago, 2 abril 2007, RIT N° 40-2007, Redactor Magistrado señor César Toledo Fuentes [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de Curicó, 18 octubre 2008, RIT N° 40-2008, Redactor Magistrado señor Roberto García Gil [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP Séptimo de Santiago, 7 enero 2009, RIT N° 168-2008, Redactor Magistrado Carlos Iturra Lizana [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de La Serena, 6 de junio 2009, RIT N° 46-2009, Redactor Magistrado señor Marco A. Flores Leyton [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP Segundo de Santiago, 10 julio 2009, RIT N° 45-2009, Redactor Magistrado señora Marisel Canales Moya [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de Osorno, 9 octubre de 2010, RIT N° 31-2010, Redactor no indica [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP de Valparaíso, 17 noviembre 2009, RIT N° 351-2009, Redactor Magistrado señor Francisco Antonio Hermosilla Iriarte [<http://www.legalpublishing.cl>]

- STJOP Segundo de Santiago, 19 marzo 2010, RIT N° 6-2010, Redactor Magistrado señora María Luisa Riesco Larraín [<http://www.legalpublishing.cl>]
- STJOP Tercero de Santiago, 26 febrero 2011, RIT N° 136-2009, Redactores Magistrados señora Patricia González Quiroz y señor Alejandro Aguilar Brevis y Redactor voto disidente su autora Magistrado señora Doris Ocampo Méndez [<http://www.legalpublishing.cl>]

#### **4- JUZGADOS DE GARANTÍA**

- SJG de Pucón, 6 junio 2003, RIT N° 0200090465-2004, Redactor Jueza Titular señora Marcela Robles Sanguinetti [BJMP N° 18, septiembre 2003]
- SJG de San Antonio, 22 junio 2005, RIT N° 2274-2004, Redactor Jueza Titular señora Verónica Elena Vázquez Henríquez [BJMP N° 24, septiembre 2005]
- SJG de Puerto Cisnes, 21 enero 2008, RIT N° 107-2007, Redactor Juez Titular señor Marcos Antonio Soto Lecaros [<http://www.legalpublishing.cl>]
- SJG de Lautaro, 11 agosto 2001, RIT N° 851-2001, Redactor Jueza Subrogante señora Marta Paola Álvarez Basaez [BJMP N° 5, septiembre 2001]