

**MEMENTO**

**EXPERTO**  
FRANCIS LEFEBVRE

# La Prueba en el Proceso Penal

Fecha de edición: 23 de octubre de 2020



Esta es una obra  
realizada por iniciativa y bajo  
la coordinación de  
**Francis Lefebvre**

Autor:

**JAVIER MUÑOZ CUESTA**  
*Fiscal del Tribunal Supremo*

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01  
[www.efl.es](http://www.efl.es)  
Precio: 33,28 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-18405-16-7  
Depósito legal: M-28107-2020  
Impreso en España  
por Printing'94  
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Plan general

	<u>nº marginal</u>
<b>Capítulo 1. Cuestiones generales</b>	
Concepto de prueba .....	110
Presunción de inocencia .....	145
Derecho a utilizar los medios prueba .....	175
Prueba indiciaria .....	205
Prueba ilícita .....	235
Diferencias entre prueba preconstituida y anticipada .....	280
<b>Capítulo 2. Especialidades probatorias según el tipo de proceso</b>	
Proceso ordinario .....	510
Procedimiento abreviado .....	550
Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos .....	580
Procedimiento para el juicio sobre delitos leves .....	620
Proceso ante el tribunal del jurado .....	645
Diligencias de investigación ante el Ministerio Fiscal .....	690
Proceso en que están investigadas o acusadas personas jurídicas .....	720
<b>Capítulo 3. Pruebas relacionadas con derechos fundamentales</b>	
Entrada y registro en domicilio .....	905
Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica .....	1030
Intervenciones telefónicas y telemáticas .....	1070
Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos .....	1350
Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen de seguimiento y localización .....	1380
Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información .....	1450
Registros remotos sobre equipos informáticos .....	1520
Obtención de ADN .....	1570
Pruebas relacionadas con la protección de datos .....	1650
<b>Capítulo 4. Pruebas ordinarias sin relación específica con derechos fundamentales</b>	
Inspección ocular y reconstrucción de hechos .....	1910
Cadena de custodia .....	1950
Destrucción y realización anticipada de efectos judiciales .....	1965
Reconocimientos fotográficos, en rueda y en el juicio oral .....	1975
Declaraciones del detenido, investigado o acusado .....	2010
Declaraciones de coimputados .....	2140
Declaraciones de testigos .....	2165
Declaraciones de la víctima .....	2250
Careo .....	2300
Prueba pericial .....	2320
Prueba documental .....	2380
	<u>Página</u>
<b>Tabla Alfabética .....</b>	<b>185</b>

# Abreviaturas

<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CEDH</b>	Convenio Roma 4-11-1950 europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales
<b>CEst</b>	Consejo de Estado
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>Circ</b>	Circular
<b>Const</b>	Constitución
<b>CP</b>	LO 10/1995 Código Penal
<b>D</b>	Decreto
<b>Dict</b>	Dictamen
<b>Dir</b>	Directiva
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>FGE</b>	Fiscalía General del Estado
<b>Inf</b>	Informe
<b>Instr</b>	Instrucción
<b>JI</b>	Juzgado de instrucción
<b>JP</b>	Juzgado de lo penal
<b>JVP</b>	Juzgado de vigilancia penitenciaria
<b>L</b>	Ley
<b>LEC</b>	L 1/2000 de enjuiciamiento civil
<b>LECr</b>	RD 14-9-1882 de enjuiciamiento criminal
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPD</b>	LO 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales
<b>LOPJ</b>	LO 6/1985 del Poder Judicial
<b>LOTJ</b>	LO 5/1995 del Tribunal del Jurado
<b>OM</b>	Orden ministerial
<b>RD</b>	Real decreto
<b>RGPD</b>	Rgto (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la DIR 95/46/CE
<b>RDL</b>	Real decreto ley
<b>RDLeg</b>	Real decreto legislativo
<b>Resol</b>	Resolución
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>UE</b>	Unión Europea

## CAPÍTULO 1

## Cuestiones generales

A. Concepto de prueba .....	110	<b>100</b>
B. Presunción de inocencia .....	145	
C. Derecho a utilizar los medios prueba .....	175	
D. Prueba indiciaria .....	205	
E. Prueba ilícita .....	235	
F. Diferencias entre prueba preconstituida y anticipada .....	280	

Bajo este epígrafe vamos a tratar los aspectos generales que afectan a la aplicación de la prueba en el proceso penal. No se trata de cuestiones dogmáticas o teóricas sobre el tema que nos ocupa, sino que son aspectos que hay que tener en cuenta a la hora de dar **validez** a un medio probatorio, su **distinción** con otros, o modalidad de prueba que (en función de cómo se desarrolla) puede motivar la existencia o inexistencia de ella y la enervación o no de la presunción de inocencia.

Es importante conocer, entre otros temas, cómo es la **aplicabilidad** de la prueba indiciaria, que tan frecuente es en el proceso penal, cuándo una prueba por ser considerada ilícita motiva una conexión de antijuridicidad con otras fuentes de prueba, o cuándo es viable la prueba preconstituida y la prueba anticipada, que pueden, según los casos, tener plenos efectos probatorios.

Las **singularidades** de cada una de estas cuestiones, al margen de tener sustantividad propia en el proceso penal, tienen relación con el procedimiento en que nos hallemos o con el tipo concreto de prueba a la que pretendamos darle validez o que se declare su nulidad.

Por ejemplo, es una **cuestión decisiva** dentro del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que el uso de cualquiera de ellos esté supeditado a que se haga en un momento procesal concreto, o que en caso de denegación, deba articularse una imprescindible protesta para usar el medio denegado o para recurrir la decisión que impide su uso. Cuestiones estas que además se incluyen en el tipo de procedimiento que siga la investigación del delito o en el medio concreto que se esté utilizando por la acusación para acreditar el hecho criminal o sus responsables.

## A. Concepto de prueba

Práctica y principios de la prueba .....	115	<b>110</b>
Diferencias con fuente de prueba .....	118	
Objeto .....	123	
Carga .....	126	
Valoración .....	129	

La estrecha relación entre prueba y presunción de inocencia es el **eje central del proceso penal**. Al partirse necesariamente de la presunción constitucional de inocencia (Const art.24.2), la prueba se erige en objeto del proceso y de su validez o de su nulidad va a depender la condena o absolución del sujeto sometido al proceso penal.

La prueba es la **actividad consistente** en acreditar un hecho que es relevante o decisivo en el proceso, para determinar la existencia del delito y los sujetos que lo han perpetrado. Los medios de prueba no están tasados en nuestro proceso penal y se describen en la LECr en lo que se denomina la instrucción del sumario, sin perjuicio de las referencias que pueden contenerse en los distintos procedimientos, como el abreviado, por delitos leves o ante el tribunal del jurado.

**112**

- 115 Práctica y principios de la prueba** En un sentido estricto y en atención a su validez, para poder dictarse una sentencia de condena, la prueba es la que se practica en el **juicio oral**, la que se desarrolla bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción, en caso contrario lo que pudo llegar a ser prueba se queda en un medio de investigación sin virtualidad probatoria y sin eficacia en caso alguno. Como **excepción** a esta aseveración se halla la **prueba anticipada**, que se produce antes de la vista oral, pero con la forma y con todas las garantías que son exigibles en ella, por lo que su validez es la misma que si se hubiese practicado en el plenario (nº 340 s.).
- Por otro lado la **prueba preconstituida** realizada en fase de instrucción, para que tenga validez debe ser reproducida en el juicio oral y por tanto adquiere ese valor de prueba cuando es llevada a él, no antes, que solo constituye un medio de prueba sin eficacia alguna. Por ejemplo, el recibir **declaración en la investigación del delito** a un testigo que puede fallecer o que puede que no sea localizable posteriormente, aun haciéndose con la participación de juez de instrucción y con la citación de todas las partes del proceso, solo tiene eficacia cuando se dé lectura en la vista a esa declaración, o se reproduzca si fue grabada, para que siendo introducida en el juicio pueda adquirir la categoría de prueba en el sentido expresado (nº 290 s.).
- 118 Diferencias con fuente de prueba** Las fuentes de prueba son los actos de investigación documentados que no tienen carácter de prueba, siempre valorable por el tribunal, hasta que no son reproducidos o practicados en la vista oral. Una fuente de prueba es una **declaración testifical** en fase de instrucción, en la que la víctima relata lo que conoce del delito y sus partícipes, que cuando acude al juicio oral y es sometida a los principios citados pasa a tener valor de prueba, o cuando habiendo fallecido, su declaración es reproducida en el plenario, pasando de fuente de prueba a prueba por tal circunstancia.
- Una fuente de prueba es frecuentemente el contenido de una **intervención telefónica**, que contiene una información decisiva sobre el autor del delito y la forma en que se llevó a cabo, pero esa intervención de las comunicaciones en la etapa de investigación del delito no tiene valor probatorio pleno, insistimos, siempre valorable por el tribunal de enjuiciamiento, hasta que el contenido de la intervención no es reproducido en la vista mediante su audición, su transcripción es introducida en la vista, o se llevan a cabo las declaraciones de los que oyeron las conversaciones.
- Precisiones** Las **declaraciones prestadas en fase sumarial** no tienen valor probatorio, regla que tiene importantes **excepciones** como la lectura de una declaración sumarial cuando se advierta contradicción entre ella y la prestada en juicio (LECr art.714) y la autorización de introducir las declaraciones practicadas en el sumario mediante su lectura en el juicio cuando, por causas independientes a las partes, el declarante no pueda comparecer al plenario (LECr art.730), excepciones que son exponente de la necesidad general relativa a que todo lo que ha acontecido en fase de instrucción ha de pasar por la vista oral (TS 17-6-20, EDJ 594155).
- 120** También el concepto de fuente de prueba ha tenido un **significado secundario**, como resulta de los otros medios de prueba que se obtienen de los datos obtenidos de la primera. Un ejemplo es el **hallazgo de objetos del delito** como consecuencia de la intervención telefónica o telemática desarrollada en la investigación. La fuente de prueba es esa intervención respecto de otras que se obtienen a partir de ella (objetos del delito). Esto supone que la conversión en sí misma es una fuente de prueba de lo que en ella se describe o se admite sobre el delito, pero además es fuente de prueba de otras posibles pruebas, como la ocupación material de droga a la que se refiere la conversación, que es hallada efectivamente y constituye el objeto del delito.
- En definitiva el significado de fuente de prueba es **doble**, en un **sentido estricto** el acto de investigación que debe reproducirse en el juicio oral y en un **sentido secundario** los medios de prueba u otras fuentes de prueba que se obtienen de la inicialmente practicada, todas necesariamente deben llevarse al juicio oral en las formas jurisprudencialmente admitidas para cada una de ellas.

**Objeto** Es esencialmente el delito, aspectos objetivos y subjetivos y la participación de la persona a quien se le atribuya, pero sin duda también han de acreditarse las **circunstancias agravantes** tanto específicas o subtipos agravados a aplicar, como las genéricas del CP art.22.

123

Aunque no desde una visión estricta del sistema acusatorio, también son objeto de prueba todos los **resultados o conclusiones** que se puedan obtener de lo que haya podido ser probado, al menos desde un principio, como constitutivo de infracción penal o sobre la participación. Es decir, si hay una apariencia fundada de la comisión del delito de falsedad, por ejemplo, con base en un informe pericial caligráfico, puede ser objeto de prueba la conclusión que de él se haya obtenido mediante la pericial que aporta la defensa, siendo en realidad el objeto de prueba en este supuesto la atribución que se hace al investigado o procesado de su participación en el delito de falsedad documental.

Igualmente puede ser objeto de prueba la concurrencia de una **circunstancia atenuante** genérica o un subtipo atenuado, que mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en la LECr pueda quedar demostrado que es de aplicación.

**Carga** En el proceso penal, a diferencia del proceso civil en el que cada parte debe aportar la prueba de la pretensión que quiera obtener, se rige por el **principio de oficialidad** en el que el juez de instrucción como órgano de investigación, desde el inicio del proceso, debe recabar todo lo que es necesario para imputar o procesar al investigado. El Ministerio Fiscal, que está también facultado para investigar un delito, es el que en definitiva debe llevar a la vista oral el material que tiene que ser objeto de valoración por el tribunal para la apreciación del delito y sus autores o cómplices.

126

Se tiene como asumido dentro de la **práctica procesal**, e incluso doctrinalmente, que las **partes acusadoras** deben justificar la imputación, aportando la prueba de cargo y las partes **acusadas** deben desvirtuar estas mediante las pruebas de descargo. Pero ello no es exactamente así, puesto que todas las **autoridades y funcionarios** que intervengan en el procedimiento penal deben cuidar, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables al presunto reo (LECr art.2). Esto supone que desde la policía judicial en la primera fase de investigación, el juez en la instrucción de la causa y el Ministerio Fiscal tanto en su investigación que pueda practicar o en la acusación que formule, deben apreciar no solo lo que perjudique o sea contrario al sujeto pasivo del proceso, sino todo aquello que le pueda beneficiar del material probatorio recopilado en la instrucción penal.

Ahora bien el **alcance** de esa norma no llega hasta el punto de que la **parte acusadora oficial**, en caso alguno la particular o popular, deba buscar o practicar en su caso las pruebas de descargo que contrarresten a las de cargo ya existentes en la causa. Como decíamos si existe una **pericial caligráfica** que atribuye la firma falsa al acusado, no es el fiscal el que debe buscar la prueba de descargo, sino la defensa la que debe o bien solicitar, si la practicada tiene defectos evidentes, o aportar esa nueva pericial que ponga en cuestión la oficial, para que en el juicio oral se pueda delimitar cuál tiene mayor poder suasorio para el tribunal.

Igual se puede decir de las **circunstancias de atenuación** genéricas o específicas, si en la instrucción aparecen no hay duda que la acusación pública debe tenerlas en cuenta, como una reparación del daño temporalmente acontecida, pero lo que excede al artículo citado es que la acusación busque documentación para acreditar una atenuante o eximente de drogadicción, esa carga la tiene la defensa, puesto que está directamente vinculada a la protección de los intereses de su cliente.

**Valoración** El tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo manifestado por los mismos procesados, dicta sentencia dentro del término fijado en la ley (LECr art.741 párr 1º). Es evidente que esta norma se refiere al juicio sobre **personas físicas** y está dirigida al tribunal que va a dictar sentencia, pero sin duda es válida para apreciar la responsabilidad penal de las personas **jurídicas** en cuanto que respecto a ellas se debe hacer la misma valoración racional de los elementos inculpatorios o

129

exculpatorios de su responsabilidad, tanto en la apreciación de la eficacia y nivel de cumplimiento del protocolo de gestión y organización que la exige de culpa, como en su caso, para aplicación de una circunstancia que atenúe las penas a imponer.

Sin perjuicio de lo anterior, la **apreciación en conciencia** de las pruebas practicadas en el juicio no supone que el tribunal sin más, alegando precisamente esa evaluación en conciencia, deje de motivar el resultado de la prueba practicada, en conciencia no significa valoración arbitraria, irracional o sin justificación motivada, lo que equivaldría a la vulneración de la obligación de **motivación** de las sentencias derivada de la Const art.24.1 y 120.3.

**131 Prueba de descargo** La valoración racional de la prueba de cargo que da lugar a una sentencia condenatoria es absolutamente imprescindible, pero además de la valoración de esa prueba es indispensable, si no se quiere vulnerar además el derecho de defensa, que el tribunal razone la eficacia o rechazo de la prueba de descargo. Así se aprecia en la sentencia en la que se afirma que el **control** sobre la eventual **vulneración del derecho a la presunción de inocencia** se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, requiriendo solamente que se ofrezca una **explicación** para su rechazo (TCo 148/2009 y 172/2011).

Esta falta de **valoración** de la prueba de descargo es de sumo interés para el letrado de la defensa, lo que posibilita los **recursos** de apelación y casación en su caso, cuando el tribunal de instancia así haya obrado, porque el derecho de defensa en relación con la presunción de inocencia, exigen que lo alegado con los correspondientes medios de prueba por el acusado tenga una ponderación por el órgano de enjuiciamiento, que en caso de no hacerse va a motivar la nulidad de la sentencia y su devolución al tribunal para que realice esa valoración, o en su caso, si se desprende de la sentencia la inexistencia de prueba de cargo se va a dictar por el órgano superior sentencia absolutoria.

Cuando se examina por el TS la prueba que no se tuvo en cuenta en instancia, si del resultado se deduce de forma clara la **ausencia de suficiencia de la prueba de cargo**, no solo motiva la nulidad de la sentencia, sino la absolución del acusado en función de que no se ha enervado la presunción de inocencia, de ahí la importancia de examinar detalladamente por el **letrado de la defensa** la sentencia condenatoria y determinar si la prueba aportada no ha sido tenida en cuenta, lo que puede otorgarle importantes posibilidades de éxito en favor de su postura procesal.

**Precisiones** 1) No se valoraron en la sentencia dos **testificales** alegadas por la defensa que pondrían en duda la **falsedad de la factura** que fue la causa para condenar a los acusados por delito de estafa procesal y puede entenderse que las pruebas de descargo citadas, si se incorporan a la valoración probatoria de modo expreso, **introducen** necesariamente en la misma algunas **dudas** respecto a que lo verdaderamente ocurrido coincida con lo que se ha declarado probado, dudas que dado el contenido de aquellas pruebas, deben ser consideradas razonables, por lo que la única conclusión posible es la absolución (TS 27-9-17, EDJ 196435).

2) La no valoración de la prueba de descargo sobre **documentación** que acredita que no se pudo construir las viviendas por falta de licencia y que en ningún caso existía un ánimo de incumplir tal obligación cuando se entregó el dinero para su adquisición, supone un estrepitoso silencio de la sala de instancia, también al no dar cuenta de las eventuales razones del rechazo de tales medios de prueba, lo que es tanto más lamentable cuanto que cualquier lectura de tales documentos acredita una **tesis alternativa exonerante** a la de la imputación, procediendo la absolución del acusado (TS 5-11-18, EDJ 637385).

## B. Presunción de inocencia

Forma de enervar el derecho fundamental.....	153	<b>145</b>
En Casación.....	156	
En Apelación.....	159	
Actuación de la defensa.....	162	
Relación con el principio in dubio pro reo.....	165	
Presunción de inocencia invertida.....	168	

Prueba y derecho a la presunción de inocencia son dos conceptos inseparables. Todos tienen derecho a la presunción de inocencia (Const art.24.2), lo que significa que nadie puede ser condenado sin pruebas de la existencia del delito y de su participación en él, constituyendo un **derecho pasivo** que no necesita ser acreditado por el ciudadano. Quien atribuye a otro la comisión de un delito tiene que probar por los medios admitidos en el sistema procesal que ese sujeto es el responsable penal. Vamos a examinar las cuestiones básicas de este derecho constitucional teniendo en cuenta que es con diferencia el **más alegado** ante los tribunales por las defensas de quien es sometido al proceso, derecho que podemos decir se puede ejercitar durante el proceso en la fase de instrucción y en la vista oral, puesto que, con las excepciones de prueba preconstituida y prueba anticipada, la única **prueba válida** para enervar la presunción de inocencia es la practicada en el juicio oral.

**Precisiones** La **presunción de inocencia** es objeto de estudio detallado en el nº 340 s. Memento Procesal Penal 2021.

**Forma de enervar el derecho fundamental** Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo tienen una **doctrina** completísima sobre la presunción de inocencia, limitándonos a resaltar que es lo que debe tener en cuenta el abogado defensor para que prevalezca la inocencia del acusado, o dicho de otro modo, qué es necesario para que la **prueba** tenga esa **categoría de plenitud** para que se pueda dictar una sentencia condenatoria, ello sin entrar a examinar los distintos medios de prueba en particular, que precisamente es lo que se estudia en el contenido de todas las partes de este trabajo.

Siguiendo alguna de entre las miles de sentencias existentes, podemos decir que para enervar este derecho fundamental la prueba debe tener las siguientes **características** (TS 25-2-20, EDJ 513258):

1. Que existe **prueba en sentido material**, es decir que se haya practicado en el juicio prueba personal o real de las que son admitidas en el proceso penal, en el que no hay una limitación de las pruebas utilizables, siendo válida cualquiera que no sea contraria a derecho.
2. Que estas pruebas sean **de contenido incriminatorio**, lo que supone que manifiesten una vinculación entre el hecho delictivo y el acusado, no siendo inocuas o neutras en cuanto a la culpabilidad del sometido al proceso.
3. La prueba debe haber sido **constitucionalmente obtenida**, esto es, si ha accedido lícitamente al juicio oral, por el contrario, si fue recabada con vulneración de normas constitucionales, como puede ser una intervención telefónica sin suficiente motivación de la resolución judicial que la autoriza, no tiene esa prerrogativa que la hace válida.
4. Debe ser **practicada con regularidad procesal**, que su desarrollo en la vista oral se ha llevado a cabo con respeto a las normas que regulan el plenario, de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.
5. Debe ser **suficiente** para enervar la presunción de inocencia, que manifieste un grado de certeza sobre los elementos esenciales del delito y el sujeto a los que se le imputa.
6. Debe ser **racionalmente valorada** por el tribunal sentenciador, siendo rechazable la valoración arbitraria, sin motivación alguna, alegando sin más que es suficiente en función del principio de intermediación y valoración en conciencia conforme a la LECr

art.741, siendo imprescindible que el tribunal exponga en un razonamiento coherente el por qué las pruebas practicadas motivan la condena del acusado.

La estimación en conciencia de la prueba no debe entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una **apreciación lógica de la prueba**, no exenta de directrices o pautas de rango objetivo.

La **prueba de cargo ha de venir referida** al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, siguiéndose así la TCo 92/2006.

**156 En Casación** En vía de recurso de casación el TS lo que debe realizar es una **triple comprobación**, que es una constante en la doctrina de esa Sala 2ª, consistente:

1. Debe **analizar el juicio sobre la prueba**, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediatez, publicidad e igualdad.

2. Se ha de **verificar el juicio sobre la suficiencia**, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, esta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3. Debe **verificar el juicio sobre la motivación y su razonabilidad**, es decir, si el tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

A esto hay que añadir para completar ese examen en casación de la prueba, que el **privilegio de la inmediatez** veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar la valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de la Sala 2ª no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa.

**159 En Apelación** La función del tribunal de apelación es sustancialmente la misma que la que debe realizar el TS en casación, con algunas **variaciones**.

El tribunal de apelación puede llevar a cabo una nueva valoración de los hechos cuando se practiquen **nuevas pruebas** en la segunda instancia y puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria en todos aquellos aspectos no comprometidos con la inmediatez. La **función** del tribunal de apelación no consiste en revalorar la prueba sino en revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia y **si aprecia error** debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediatez (TS 24-4-19, EDJ 557551).

El **límite** en este sentido en apelación lo marca la inmediatez, ya que el tribunal que no ha presenciado la declaración del testigo o las aclaraciones del perito en la vista oral, no puede alterar la percepción del que sí las presencié, pero si se ha practicado nueva prueba, o se revisan documentos, en apelación sí se puede alterar el relato fáctico solo en este sentido, no en los derivados de la percepción directa por el tribunal de instancia.

**162 Actuación de la defensa** La presunción de inocencia es un **derecho pasivo**, no requiere de actividad procesal alguna por parte del investigado o acusado, lo cual es absolutamente cierto, pero ese no hacer y esperar a que la acusación acredite el delito y su autoría no es la postura más acorde con el derecho de defensa, también previsto en la Const art.24.2.

Entendemos que la defensa debe ser **activa**, buscar la prueba de descargo, que generalmente son testigos que se opongan a lo manifestado por otros, si existiesen; contra pericial para dejar en evidencia la de la acusación, o al menos para crear una duda sobre lo pericialmente expuesto por esa parte en el proceso; documental, todo tipo de elementos materiales que resalten hechos en contradicción con la acusa-

ción. Al igual que usar el razonamiento, basado en los principios de la lógica y la experiencia, para dejar sin efecto la valoración de la prueba de cargo por la que se llega a la acusación y ello no solo en la inferencia que se puede deducir de la prueba indiciaria, sino también hacer una **nueva valoración** de las pruebas llegando a conclusiones distintas sobre la comisión del delito que se atribuye al acusado o defendido.

Es muy relevante para la defensa el prestar atención en los supuestos de **sentencias absolutorias que son apeladas**, ya que el proceso no se ha terminado por el dictado de esa resolución. Cuando la acusación alegue **error en la valoración de la prueba** para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condena, es preciso que se justifique:

- la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica;
- el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada

La **sentencia de apelación no puede** condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en la LECr art.790.2 párr 3º (LECr art.792.2), no obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, **puede** ser anulada y, en tal caso, se devuelven las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida, concretado la sentencia de apelación si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa (TS 24-9-19, EDJ 695338).

Esta situación directamente vinculada a la presunción de inocencia requiere por la defensa un **estudio** y alegación completa sobre las razones que llevaron al tribunal de instancia a la absolución y una oposición al recurso fundado en los mismos principios que relacionábamos para que no se pueda dar por destruida la presunción de inocencia, que sin duda en alguno de ellos se basa el tribunal a quo para dictar la sentencia absolutoria.

Después del conjunto de consideraciones anteriores el letrado defensor, una vez examinada la presunción de inocencia en sus aspectos más elementales, tanto en instancia, apelación o casación, no puede en caso alguno limitarse a alegar que el acusado tiene ese derecho ante la posibilidad de una sentencia condenatoria o cuando la sentencia de esa clase ya se ha dictado, debe **combatir los seis aspectos** mencionados (nº 153) que son esenciales para determinar la existencia o inexistencia de prueba, alegando razonadamente por qué no concurre alguno o varios de esos presupuestos imprescindibles, además, de aportar **medios probatorios en contradicción** a los alegados por la acusación que harán decaer la pretensión acusatoria o crear la duda razonable sobre la suficiencia de la prueba de cargo.

**Relación con el principio in dubio pro reo** No se puede dejar de lado al tratar la presunción de inocencia el principio jurídico in dubio pro reo. A pesar de las relaciones con el principio de presunción de inocencia y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una **diferencia** sustancial entre ambos: el principio in dubio pro reo solo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales, **mientras que el principio de presunción de inocencia** supone la insuficiencia de prueba sobre la comisión del delito o su participación y el principio in dubio pro reo nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación y no es revisable en apelación o casación (TS 3-3-20, EDJ 515843).

En definitiva el in dubio pro reo implica la existencia de una **prueba contradictoria** que los jueces valoran (LECr art.741) y si como consecuencia de esa valoración se

introduce un elemento de duda razonable y lógico respecto de la realidad de los hechos que deben absolver.

En cuanto al recurso de casación, el principio in dubio pro reo no excluye el **derecho a recurrir en casación** de una manera absoluta. Sin embargo, de este principio no se deduce que el acusado tenga derecho a que el tribunal en ciertas circunstancias dude. El derecho que se deriva de este principio se concreta en que el tribunal que realmente ha dudado no está autorizado a condenar, por lo tanto, solo en este aspecto normativo cabe fundamentar un motivo de casación en el principio in dubio pro reo (TS 11-2-20, EDJ 510037).

La **alegación de la aplicación del principio in dubio pro reo**, debe hacerse en instancia, salvo el supuesto de que el tribunal a quo en su sentencia aprecie dudas y a pesar de ello condene, alegación cuyo momento oportuno es el informe de la vista oral, donde después de haberse practicado la prueba, con toda regularidad, de ella se desprende una incertidumbre sobre su valoración que alcanza a los elementos de tipo objetivo o subjetivo del delito y expuestas esas dudas, o alternativas no inculpativas, al tribunal se le ofrece esa salida que pueda motivar la sentencia absolutoria.

- 168 Presunción de inocencia invertida** Por último no podemos dejar de mencionar lo que se llama en la doctrina la presunción de inocencia invertida, cuyo **significado** es que no existe la posibilidad que autorice al tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del tribunal de instancia, dictando una sentencia condenatoria (TS 24-10-19, EDJ 715723). O no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierte para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (TS 11-3-20, EDJ 550161).

Es evidente que la presunción de inocencia no es un **derecho de las acusaciones** y no es factible invertirlo para dictarse una sentencia condenatoria cuando las pruebas, existentes, no sean convincentes de la culpabilidad del acusado.

### C. Derecho a utilizar los medios de prueba

<b>175</b>	Características .....	183
	Límite de los órganos judiciales .....	186
	Admisión de prueba .....	189
	Denegación de la prueba: reacción .....	192
	Actuación de la defensa .....	195

- 180** En este apartado se pretende conocer el contenido de este derecho fundamental y **cuando puede ser vulnerado** por inadmisión de prueba en esa actividad de los juzgados y tribunales, partiendo de que se solicita por la defensa del investigado, procesado o acusado una prueba en tiempo y forma y es denegada, siendo procedente a juicio del abogado de la defensa. En cuanto al **momento procedente** de su petición nos remitimos al estudio de esta cuestión en cada uno de los procedimientos, o variantes de los existentes, en el proceso penal (nº 500 s.), sin perjuicio de las referencias que hacemos en este apartado para dar sentido a este derecho.

Todos tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (Const art.24.2). **Significa** que todo ciudadano que accede al servicio público de la Administración de Justicia puede, en defensa de sus intereses, servirse de los medios probatorios que entienda necesarios para alcanzar los objetivos que pretenda. Este derecho por su lugar de **ubicación en el proceso penal** está dirigido a la defensa de un investigado o acusado que ante la imputación de un hecho delictivo

pueda reaccionar ante ello con las pruebas que aprecie como necesarias para rebatir las contenidas en el proceso de signo acusatorio.

La **utilización de los medios de prueba** por la acusación está más cerca del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que la **denegación** de esa prueba o su falta de valoración por ilegal puede motivar la vulneración de ese derecho fundamental recogido en la Const art.24.1.

**Precisiones** El **derecho a la prueba** es objeto de estudio detallado en el nº 495 s. Memento Procesal Penal 2021.

**Características** El derecho que tratamos tiene una serie de características que va a ser fundamental tener en cuenta para reaccionar ante la denegación de una prueba, o ante la admisión, o cuando posteriormente a pesar de ser admitida, no es practicada esa prueba, tanto en la fase de instrucción, como en las propuestas para el juicio oral, características que podemos resumir como las **siguientes** (TS 24-9-19, EDJ 694564; TS 11-3-20, EDJ 550150 y TCo 80/2011):

- Se trata de un derecho fundamental de **configuración** legal, en que el legislador establece las normas reguladoras de cada caso concreto a las que hay que acomodarse en el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado es preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos.
- No tiene **carácter** absoluto, lo que significa que no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes.
- El órgano judicial ha de **motivar razonablemente** la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del proceso sin motivación alguna, o la fundamentación que se ofrezca resulte insuficiente, o suponga una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.
- No toda **irregularidad u omisión procesal** en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional solo cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. Así, para que se produzca **violación** de este derecho fundamental es necesario que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inexecución de las pruebas ha de ser imputable al órgano judicial y por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa.
- Lo anterior conlleva que el interesado, el **abogado defensor**, ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas y ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones.

183

**Límite de los órganos judiciales** A lo anterior hay que añadir que se impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su **decisión** en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intenta obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar, así lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose, tras una aparente resolución judicial fundada en derecho, una efectiva denegación de justicia (Const art.24.2).

186

**Admisión de prueba** Para que una prueba pueda ser admitida es necesario que la prueba sea (TS 10-7-19, EDJ 646203):

- **pertinente**, que es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio;
- **relevante**, que supone que la no realización de la prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal

189

notable, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta;

– **necesaria**, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone de modo que su omisión le cause indefensión y a diferencia de la pertinencia, la necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente considerados como pertinentes, pueden lícitamente no realizarse por muy diversas circunstancias que eliminan de manera sobrevenida su condición de indispensables y forzosos; y

– **posible**, lo cual es obvio, si no se puede practicar porque el testigo está ilocalizable o no se puede practicar un contra análisis de droga porque han sido destruidas todas las muestras, es insoslayable que la prueba no puede ser en caso alguno admitida, aunque sea pertinente, relevante y necesaria.

**[Precisiones]** Se ponen **dos ejemplos** en que concurren los requisitos materiales para que la prueba sea admitida y pese a ello fue denegada por el tribunal de instancia:

1. Referido a **prueba documental** admitida y aportada por otro acusado que, al acordar separar las actuaciones referidas al otro acusado que fue quien la aportó, no se admitió que quedasen en autos y tenía la función de probar que el precio de la venta de las fincas se empleó en el pago de otras deudas, en cuyo caso no cabría **alzamiento de bienes**. El TS aprecia no solo su pertinencia, sino su relevancia y necesidad para acreditar la inexistencia del delito, con ello se aprecia la **vulneración del derecho** a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (TS 27-11-18, EDJ 649885).

2. Otro ejemplo referido a **prueba testifical**, debidamente solicitados los testigos en el escrito de defensa y reproducida su solicitud al inicio del acto del juicio oral, elevándose protesta oportuna ante su denegación, se consideran relevantes y necesarios para el resultado del proceso y el ejercicio del derecho de defensa al tener que deponer sobre hechos que afectaban directamente al tipo penal aplicado, **delito societario**, en cuanto que los testigos vendrían a testimoniar que el acusado desconocía completamente la gestión de la sociedad y no había tenido oportunidad de acceder a sus cuentas, por lo que no pudo perjudicar a los querellantes (TS 29-5-17, EDJ 90589).

**192 Denegación de la prueba: reacción** Ya entrando en los requisitos formales que están establecidos legalmente para todos los supuestos, no así respecto de los materiales que hay que analizar el caso concreto, diremos que ante la denegación de prueba para que pueda prosperar el **recurso** interpuesto al efecto **es necesario**:

– que la prueba se haya planteado tempestivamente, es decir en **momento procesal** adecuado; y

– que frente a la denegación se haya formulado la oportuna **protesta** razonando, en su caso, la pertinencia de la prueba y su objeto.

En el ámbito del **procedimiento ordinario** no es exigible una reiteración de la petición al inicio del juicio oral, como sí sucede en el procedimiento abreviado, donde ha de abrirse un turno previo de intervenciones que permite, entre otros contenidos posibles, insistir en las pruebas denegadas. Con independencia de que no se detecte obstáculo para, potestativamente, incrustar esa eventual audiencia preliminar en el juicio que se celebra a través del procedimiento ordinario, no es trasladable el requisito de la reiteración (LECr art.785.1 párr 2º), de la petición desde el procedimiento abreviado al ordinario, ni la protesta en esa eventual audiencia preliminar en el proceso ordinario (nº 521 s.).

**195 Actuación de la defensa** Para que la reacción por parte del abogado de la defensa ante la denegación de prueba tenga éxito, o pueda al menos entrarse a valorar por el órgano que la denegó o por el que resuelve la apelación o casación, es necesario que la prueba en concreto sea instada en el momento procesal y se haya formulado protesta (nº 192). Se precisa como tercer requisito que, ya al margen de las exigencias puramente formales o legales, la comprobación de los requisitos materiales de pertinencia, relevancia, necesidad y que sea posible practicar la prueba (nº 189) los que ha valorado el órgano judicial que rechazó la prueba y deben ser revaluados por el tribunal ad quem que debe resolver el recurso.

Vemos un ejemplo. En el **procedimiento abreviado** la solicitud de una prueba en fase de investigación es denegada por auto del juzgado de instrucción, contra la denega-