

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. LA PRUEBA INDICIARIA

Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

EXTRACTO

Indiscutiblemente es mediante la prueba practicada en un proceso penal justo, como el juez llega a la convicción que le permite dictar una sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria; y será en este último caso cuando las pruebas practicadas han logrado desvirtuar la presunción de inocencia. Pero no solo la convicción del juez se alcanza mediante las pruebas de cargo directas, también mediante los indicios, que si bien no constituyen un verdadero medio de prueba, sí permiten mediante una inferencia lógica, y estando probado o conocido un hecho, establecer la existencia de otro que es el hecho delictivo.

Estos indicios, como se expondrá con más detalle, deben basarse en hechos acreditados y de ninguna manera en sospechas, rumores o conjeturas, tal como ya refirió la STC de 24 de octubre de 2005; además los mismos deben ser preferiblemente plurales, o en su defecto únicos, pero de «singular potencia acreditativa» como ha señalado la STS de 20 de julio de 2007.

La prueba indiciaria no solo ha sido admitida por el TS y el TC, también por el TEDH que la ha considerado como una prueba totalmente legítima para destruir la presunción de inocencia; a modo de ejemplo la STEDH de 18 de enero de 1978, Irlanda versus Gran Bretaña.

Sumario

1. La presunción de inocencia
2. La prueba en el proceso penal
 - 2.1. La prueba directa
3. La prueba indiciaria
 - 3.1. La validez de la prueba indiciaria

1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el proceso penal se debe fundar la condena en prueba suficiente, capaz de destruir la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, que consiste en el derecho que tiene la persona acusada de la comisión de un delito a ser considerada inocente, en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia firme. Por tanto cabe establecer la responsabilidad penal del individuo únicamente cuando su culpabilidad esté debidamente acreditada.

Es garantía de la seguridad jurídica la necesidad de que una persona inocente no pueda ser condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción, demostrando su culpabilidad, y justificando una sentencia de condena.

La condena del acusado solo podrá imponerse si tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen, con todas las garantías, las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia, se demuestra que el acusado ha realizado un hecho previsto en la ley como delito, y que esta conclusión se plasme en una sentencia debidamente motivada¹.

Señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 2009:

«Es una reiterada doctrina jurisprudencial que la presunción de inocencia proclamada en el artículo 24.2 de la Constitución Española se caracteriza porque:

a) Comprende dos extremos fácticos, que son la existencia real del ilícito penal, y la culpabilidad del acusado entendida esta como sinónimo de intervención o participación en el hecho.

b) Exige para su enervación que haya prueba que sea: 1. "real", es decir, con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio; 2. "válida" por ser conforme a las normas que la regulan, excluyéndose la practicada sin las garantías procesales esenciales; 3. "lícitas", por lo que deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; y 4. "suficiente", en el sentido de que, no solo se hayan utilizado medios de prueba, sino que además de su empleo se obtenga un "resultado" probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena,...».

La prueba ha de practicarse bajo los principios de oralidad, intermediación, contradicción y libre valoración de la prueba, y centrándonos en este último principio (art. 741 LECrim.), decir que aun-

¹ JAÉN VALLEJO, M.: «Los principios de la prueba en el proceso penal español», pág. 1. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf

que el juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba, ello no significa que dicho principio implique, tal como ha entendiendo el Tribunal Supremo, que el juez o tribunal tenga una facultad «libérrima y omnímoda», sin limitaciones, sino que dicho principio significa que el juez apreciará las percepciones durante el juicio «según las reglas del criterio racional», como señala el artículo 717 de la LECrim., de la lógica humana, de la experiencia y los conocimientos científicos.

2. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

A fin de que el juez, en el proceso penal, pueda llegar a formar su convicción y emitir una decisión-sentencia que dé respuesta a las pretensiones deducidas, deviene imprescindible que las partes ofrezcan al juzgador los medios de prueba con los que pretenden constatar sus posturas en el proceso, de ahí la importancia de la prueba, pues del conjunto de la válidamente practicada podrá el juez verificar que efectivamente aconteció el supuesto fáctico alegado por la acusación o no, y en consecuencia formar su convicción respecto de las afirmaciones y negaciones que las partes exponen y emitir una sentencia motivada.

La prueba está preordenada a la averiguación de la verdad, aunque para algunos autores la verdad tiene tintes de algo inalcanzable o irrealizable. Por tanto, será la convicción judicial, la certeza en la mente del juez de que una determinada situación se produjo o no en la realidad, la que acabe conformando el fallo.

GUASP señala que la prueba es «el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo». De este concepto se infieren el aspecto objetivo y el subjetivo de la prueba; el primero, respecto a los actos procesales mediante los que se incorporan las fuentes de prueba al proceso, y el segundo, respecto a la obtención del convencimiento, en la mente del juzgador, sobre la veracidad de una afirmación o de una negación².

Aun cuando la actividad probatoria es esencialmente un acto de parte y el artículo 728 de la LECrim. establece que no podrán practicarse otras diligencias que las propuestas por las partes, contiene determinadas normas que regulan facultades que el órgano jurisdiccional puede ejercer de oficio, como proponer la práctica de las diligencias de prueba que considere necesarias para la comprobación de los hechos (art. 729.2.º LECrim.), ordenar el careo (art. 729.1.º LECrim.), formular preguntas a los testigos (art. 708 LECrim.) o examinar, por sí, los documentos y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad, con lo que conforme a la normativa vigente cabe incluir dichas facultades del juzgador, aunque tales facultades habrán de ser utilizadas con suma cautela, y solo con el fin de aclarar algún aspecto puntual que se estime necesario y siempre que con ello no se afecten los derechos de las partes. Deberán respetarse los

² GUASP DELGADO, J.: *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid: Civitas, 1998, pág. 301.

principios de igualdad y contradicción, pues de ninguna manera podrá subsumirse en el papel del juzgador el de la acusación (STS, Sala de lo Penal, núm. 5256/2004, de 16 de julio).

El Tribunal Supremo ha concretado los límites dentro de los cuales debe actuar el órgano jurisdiccional para acordar de oficio diligencias de prueba sin vulnerar preceptos constitucionales, así, en la STS núm. 8855/2002, de 26 de diciembre, refiere:

«... el tribunal de instancia, de oficio, tras suspender la sesión para deliberar, acordó practicar las periciales impugnadas unos días después, los necesarios para citar a los peritos, lapso de tiempo que sirvió para que las partes pudieran prepararse para su intervención en la práctica de tales pruebas, incluso para haber propuesto otras sobre el mismo tema. Esta decisión luego la justifica la sentencia recurrida en sus fundamentos de derecho 2.º y 3.º, con cita de dos sentencias de esta sala, las dos de la misma fecha, 1 de diciembre de 1993, y otras de 23 de septiembre de 1995, 27 de abril de 1998 y 28 de junio de 2000, así como de la dictada por el Tribunal Constitucional n.º 188/2000 de 10 de julio, para llegar a la conclusión de que se hizo un uso adecuado de las facultades que a los tribunales concede el n.º 2.º del artículo 729 de la LECr sin merma alguna del principio acusatorio ni de la imparcialidad del órgano jurisdiccional. [...] Con arreglo a la mencionada jurisprudencia de esta sala, vacilante e incluso contradictoria en ocasiones, y particularmente a lo expuesto en la citada STC 188/2000, de acuerdo con la doctrina científica actual, podemos afirmar que esta facultad de las audiencias y juzgados, para acordar de oficio diligencias de prueba conforme a lo dispuesto en este n.º 2.º del artículo 729 de la LECr, no vulnera precepto constitucional alguno, siempre que se respeten las limitaciones siguientes: 1.ª Estas pruebas han de tener por objeto los hechos recogidos por las partes en sus escritos de calificación, porque el órgano jurisdiccional no está autorizado a ampliar el objeto fáctico del debate. El principio acusatorio reduce el objeto del proceso a aquellos hechos alegados por las partes. Esta primera limitación se encuentra en el propio texto de este artículo 729.2.º que estamos examinando. 2.ª Han de encontrarse en las actuaciones las fuentes de esa prueba cuya práctica acuerda de oficio el tribunal. Si este obrara de otro modo, por conocimiento personal suyo, por ejemplo, lo haría de forma inquisitiva y entonces sí podríamos decir que había perdido su imparcialidad. 3.ª Por último, no solo ha de practicarse esta prueba con respeto a los principios que rigen el acto solemne del juicio oral donde ha de celebrarse (oralidad, publicidad, inmediación y contradicción), sino que en particular ha de permitirse a las partes que propongan nueva prueba destinada a contradecir aquella ordenada de oficio por el tribunal».

En consecuencia, los límites dentro de los cuales debe actuar el juez o tribunal a la hora de acordar de oficio la práctica de prueba, serán:

- a) Que las pruebas no conlleven la ampliación del objeto fáctico del proceso.
- b) Que las fuentes de la prueba cuya práctica se acuerde de oficio se encuentren en las actuaciones y no vengan del conocimiento privado del juez.

- c) Que la práctica de la prueba se lleve a cabo con respeto a los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, permitiendo a las partes que propongan nueva prueba para contradecir la que sea ordenada por el tribunal.

Por su parte el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 334/2005, de 20 de diciembre, dijo:

«... este Tribunal ya ha reiterado que la observancia de una actitud neutral del órgano judicial respecto de las posiciones de las partes, como contenido del principio acusatorio, si bien exige que el juzgador no emprenda con iniciativas probatorias de oficio una actividad inquisitiva encubierta, no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes, siempre que sirva al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia...».

Debe hacerse notar que en el proceso penal se consideran pruebas las diligencias practicadas en el desarrollo del juicio oral, salvo la prueba anticipada que se lleve a cabo por ser esta irreproducible en el acto del juicio, y la de aquellas otras diligencias a las que la jurisprudencia ha reconocido valor probatorio; será únicamente en esta fase del proceso donde es posible asegurar el cumplimiento estricto de los principios de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción e igualdad, y garantizar el derecho de defensa de las partes, como presupuestos imprescindibles para que el tribunal dicte un fallo. Las diligencias llevadas a cabo en la fase instructora no deben considerarse prueba, sino actos de investigación –sean de parte o del juez instructor– y se dirigen a la averiguación de la *notitia criminis*, con el fin de determinar el hecho punible y los sujetos activos del mismo.

2.1. LA PRUEBA DIRECTA

Para ciertos autores la prueba es directa e inmediata «si existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del juez y el hecho objeto de prueba», es decir, cuando el juez conoce el hecho mediante la percepción directa o inmediata de este. Solo el reconocimiento judicial encuadra en este concepto, pues «el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba», y solo pueden probarse de esta forma los hechos presentes o actuales, sea por su naturaleza permanente, o porque subsisten u ocurren en presencia del juzgador. Por el contrario, la prueba indirecta o mediata existirá «cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba, de tal manera que el juzgador solo percibe el segundo y de este induce indirecta o mediatamente la existencia del primero»³.

³ CORDÓN AGUILAR, J.: «Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal», pág. 78. Disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIndiciaria.pdf

Todas las demás pruebas serían indirectas porque el juez recibe solo la percepción que del hecho ha tenido otra persona, p. ej.: prueba testifical, pericial.

3. LA PRUEBA INDICIARIA

La teoría de la prueba indiciaria es fruto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial, que tiene sus raíces en el Derecho romano posclásico y justiniano, donde los indicios pueden subsanar y suplir la falta de prueba (testigos y documentos); en las Instituciones Oratorias de Quintiliano se utilizaba el *indicium* para definir el *argumentum*: «Vel probabilis indicium rei alicuius praestans, qua colligitur aliud per aliud, et id quod est dubium, per id quod dubium non est, confirmatur».

La técnica de los indicios ha sobrevivido a los diferentes sistemas procesales, fracasando los intentos de sustituir la prueba indiciaria a lo largo de la historia, así en delitos en que solo están presentes el autor y la víctima, sin testigos presenciales, tales como asesinato, homicidio, delitos sexuales, violación, etc., resulta muy complejo y prácticamente imposible prescindir de la prueba de indicios, a pesar de los riesgos que comporta su utilización. Hoy día, en delitos como los referidos, la técnica del ADN ha resultado muy eficaz para subsanar la ausencia de pruebas, y para enervar la presunción de inocencia e incluso para descubrir y probar errores judiciales⁴.

La tarea del juez de reconstruir un hecho histórico a través de la actividad probatoria es sin duda una misión compleja. La convicción del juez la forman las pruebas, pero también las presunciones como viene refiriendo al respecto la doctrina. Así, las pruebas son instrumentos de verificación directa de los hechos ocurridos, y las presunciones permiten acreditar los hechos mediante supuestos de certidumbre admitidos de forma generalizada.

Los indicios, técnicamente, no constituyen un verdadero medio de prueba, sino una labor lógico-jurídica del juez, que le permite, estando probado o conocido un hecho, llegar a establecer la existencia de otro que es el hecho punible e inculcado, tipificado en la Ley Penal.

Pese a la importancia que tienen los indicios en un juicio donde no existe prueba directa, los mismos no se consideran ni tan siquiera prueba secundaria o subsidiaria, sino que complementarían la prueba directa, y deben ser utilizados ante una imposibilidad parcial de dicha prueba directa (p. ej.: inexistencia de huellas), y siempre que tales indicios resulten graves, precisos y concordantes.

No contiene la LECrim. ningún precepto que regule la prueba de indicios, solo se refiere a «indicios» en el artículo 384 referido a la imputación racional de un hecho punible que justifique el auto de procesamiento en el sumario ordinario, y en el artículo 790.6 referido a la inexistencia de indicios para llevar a cabo la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado. En ninguno de los casos el término se refiere a la prueba indiciaria.

⁴ HERNÁNDEZ ELVIRA, M.^a J.: «La prueba indiciaria en el proceso penal», pág. 2. Disponible en: http://icalanzarote.com/docs/articulos/prueba_indiciaria.pdf

Por otro lado, no cabe confundir indicios con las sospechas o conjeturas, así el Tribunal Supremo ha establecido la distinción en el sentido de entender que «la sospecha consistiría en la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, la conjetura, que sería el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, se forma de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan y, finalmente, el indicio, que es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho, dándole carácter de verosimilitud».

Mediante la prueba indiciaria el juzgador alcanza la fehaciencia de una realidad, tras la realización de un proceso mental racional mediante el que se logra deducir un hecho desconocido por medio de varios hechos conocidos, debiendo producirse un razonamiento lógico, con base en las reglas del mejor criterio humano, nunca arbitrario. Este método deductivo se constituye de esta forma como un medio de prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, método deductivo que además el juez deberá exponer y razonar motivadamente. El Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 175/1985 refiere que «en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal».

La sentencia ha de contener «no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a las mismas, y el *iter* mental que ha llevado a entender probados los hechos constitutivos de delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido», como ha señalado la STC de 11 de febrero de 1997.

3.1. LA VALIDEZ DE LA PRUEBA INDICIARIA

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 111/2008, de 22 de septiembre, siguiendo el criterio reiterado desde la STC núm. 174/1985, de 17 de diciembre, manifiesta que ante la inexistencia de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio sin que con ello se vulnere el principio a la presunción de inocencia siempre que se cumplan los siguientes requisitos: «1. El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2. Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3. Para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4. Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común...».

También ha referido el Tribunal Constitucional que no siempre es posible en los juicios criminales tener una prueba directa, siendo la prueba indiciaria la única vía para evitar la impunidad de estos delitos, con lo que en supuestos donde por haber cometido el delito con especial astucia y cuidado, de forma que no pudiera contarse con ninguna prueba directa, el prescindir de la prueba de indicios equivaldría a la impunidad del delito y generaría una grave indefensión social.

Pero es claro que la inferencia en que se apoya la prueba indiciaria debe ser razonable, no siéndolo cuando la inferencia es imprecisa o débil, siendo el órgano judicial quien a virtud de la inme-

diación tendrán un conocimiento pleno obtenido con todas las garantías del acervo probatorio, con lo que solo debe considerarse vulnerado el principio de presunción de inocencia cuando tal «inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada», como refiere la STC núm. 229/2003.

En ocasiones la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia pese a que devenga de una actividad probatoria lícita, y ello porque en la deducción quepan una pluralidad de conclusiones, sin que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Los indicios incriminatorios, que no estarán destruidos por contraindicios, deben permitir obtener un juicio de inferencia razonable, entendida como «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», en términos del artículo 1.253 del Código Civil (SSTS núms. 1085/2000, de 26 de junio; 1364/2000, de 8 de septiembre; 24/2001, de 18 de enero; 813/2008, de 2 de diciembre; 19/2009, de 7 de enero; y 139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; y 208/2012, de 16 de marzo, entre otras). STS núm. 4303/2013.

Así y como refiere esta última sentencia, la fuerza de la prueba indiciaria procede de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente, señalando todos ellos de forma racional en una misma dirección, y señala: «... Todo juicio de inferencia deja un espacio de apertura hacia alguna otra hipótesis, espacio que desde luego no tiene por qué desbaratar necesariamente la consistencia sustancial del razonamiento inferencial convirtiéndolo en inconsistente o poco probable. Lo relevante es que esa posibilidad alternativa sea nimia en comparación con el grado de probabilidad incriminatoria que traslucen los datos indiciarios inculpativos».

Sentada pues la importancia de la prueba indiciaria, sus elementos configuradores y su validez para destruir la presunción de inocencia, debe señalarse que esta prueba ha de ser vista siempre con precaución y cautela, sobre todo si aparece como única para fundar la condena, exigiéndose un plus de motivación y análisis por el órgano judicial si opera como prueba de cargo suficiente para enervar el principio constitucional a la presunción de inocencia.