

LA PRUEBA TESTIMONIAL

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Magistrado
Profesor del Instituto de Empresa

SUMARIO. -

CAPÍTULO I. LA PRUEBA TESTIMONIAL 1. Consideraciones generales. 2. La utilidad y la pertinencia de la prueba testimonial 3. La prueba testimonial como anticipo de prueba 4. Testimonio de referencia 5. Testimonio de hábito o costumbre 6. Testimonio de testigos o víctimas bajo el régimen de protección y forma de incorporarlo a juicio 7. Testimonio de testigos criteriados 8. Testimonio de menores de edad y cómo abordarlos e incorporarlos al juicio 9. Testimonio de agentes que hayan participado en entregas vigiladas o controladas, compra vigilada, vigilancias y encubiertos. 10. Testimonio de la víctima. 11. Testigo deficiente mental. 12. Testigo policía. 13. Testigo fallecido, en ignorado paradero y en el extranjero.

CAPÍTULO II. LA PRUEBA PERICIAL 1. Consideraciones generales. 2. Práctica de la prueba pericial. 3. Valor probatorio de la prueba pericial.

CAPÍTULO III. NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES Y DE LAS PRUEBAS. 1. Introducción. 2 Nulidad de los actos procesales. 3. Nulidad de la prueba: 3.1 Posición de la jurisprudencia; 3.2 Clasificación de las ilicitudes de prueba. 4. Prueba nula o ilícita. 5. Prueba irregular o ilegal. 6 Irregularidades determinantes de nulidad relativa. 7. Ilícitudes de determinantes de nulidad. 8 Excepciones o causas de exclusión de la nulidad radical.

TEMA I

LA PRUEBA TESTIMONIAL

1. Consideraciones generales

1.1 Prueba y procedimiento probatorio

La doctrina procesal distingue entre medios de investigación (o fuentes de prueba) y medios de prueba.

Los medios de investigación son un concepto metajurídico y que se corresponde necesariamente a la realidad exterior apreciable por los sentidos. Las llamadas también "*fuentes de prueba*" son la parte de la realidad que constituye la materia de percepción o investigación, son los hechos y circunstancias sobre los que ha de trabajar el perito (lugar de los hechos, objeto del delito, persona susceptible de análisis).

Por otro lado, se encuentran los "*medios de prueba*" que constituyen un concepto jurídico y absolutamente procesal. Nacen y se forman en el proceso y son el mecanismo de incorporación de una fuente de prueba al proceso para que pueda producir en él su eficacia demostrativa del dato alegado.

Por último, los procesalistas hablan de "*prueba*", concepto distinto de los anteriores y que los engloba, entendiendo por tal toda actividad que se propone demostrar la existencia o no existencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación y, en general, "la actividad encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del Juez o Tribunal respecto a la veracidad o falsedad de los hechos con la observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad".

Es lugar común la afirmación de que en el derecho penal se busca la verdad material, se pretende indagar sobre lo realmente sucedido, a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico en las que puede ser suficiente la verdad formal en función de un sistema de pruebas más o menos regladas y de un esquema de distribución de la carga de la prueba entre las partes. En el proceso penal, en cambio, corresponde básicamente a la acusación acreditar los hechos que justifican su pretensión procesal, ya que, en caso contrario, entrará en juicio el principio de

presunción de inocencia, de forma tal que no será posible condena alguna del sospechoso, por más que se tenga la convicción interna que la persona frente a la que se dirige el proceso sea responsable del hecho investigado.

Ahora bien, la búsqueda de la verdad no puede realizarse a cualquier precio y la actividad procesal, tanto en la fase de investigación como en la de juicio, está sujeta a límites, marcados por la Ley y por los mandatos constitucionales. Estas reglas generales sobre los límites de la actividad probatoria, son especialmente relevantes en el proceso penal no sólo porque la conclusión de todo proceso penal puede conducir a la imposición de sanciones siempre graves con privación de derechos básicos, sino porque en el ámbito penal el Estado se rodea de unos mecanismos de intervención especialmente intensos y resulta de todo punto necesario, para salvaguardar los derechos de los ciudadanos, que la injerencia estatal se realice con plena sujeción a los límites establecidos en la Ley y con respeto escrupuloso de los derechos fundamentales.

Muchos procesalistas consideran que puede elaborarse una teoría general de la prueba válida para todo tipo de procesos¹. Probablemente sea así, pero no puede dejarse de destacar que en el proceso penal existen dos singularidades muy características que hay que tener en cuenta: Por un lado, en el proceso penal existen distintas fases y el valor de lo actuado en cada una de ellas es diferente. Por otro, en el proceso penal no es fácil establecer reglas de distribución de la carga de la prueba, hasta el punto de que se tiende a afirmar que corresponde exclusivamente a la acusación la prueba de todos los hechos relevantes para la adecuada decisión del hecho sujeto a controversia. Analicemos con más detalle ambos enunciados.

En el proceso penal se distingue entre investigación, instrucción y juicio². Por investigación se entiende el conjunto de diligencias preprocesales, tendentes a la averiguación de una infracción penal y ordenadas o ejecutadas por el Ministerio Fiscal o por la Policía judicial.

¹ FAIREN GUILLEN V. "Ideas para una teoría general del derecho procesal" en "Temas del Ordenamiento Procesal I". Madrid 1969.

² GUTIERREZ CARBONELL, MIGUEL. Tratamiento procesal de la pericia médica en el procedimiento penal. Diligencias de instrucción y pruebas: preconstituidas, anticipadas y plenarias. Cuadernos de Derecho Judicial. Tomo V 1993 "Medicina Legal". Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993.

Por instrucción se entiende el conjunto de actos procesales encaminados a la comprobación de un hecho aparentemente constitutivo de infracción penal. Esta actividad es procesal en cuanto se desarrolla por los jueces de instrucción en el marco de un proceso abierto o incoado y en el que habrán de hacerse constar todos los hechos o datos que puedan influir en la calificación jurídica, tanto adversos como favorables a la persona investigada, y habrán de adoptarse todas aquellas medidas que tiendan a garantizar el resultado del proceso. La instrucción tiene como función esencial la preparación del juicio o, en su caso, la denegación de la apertura de juicio para el supuesto que se compruebe que el hecho investigado no es constitutivo de infracción penal o que la persona investigada no ha tenido participación en él (art. 299 y 789 LECRIM).

Por último, en el plenario o juicio oral se resuelve definitivamente las pretensiones penales y civiles de las partes. Se requiere con carácter previo una fase en la que ha de formularse la acusación penal para cumplir con el trascendental principio acusatorio y ha de decidirse sobre la apertura del juicio. En el juicio o plenario se practican las pruebas, no con la finalidad de reproducir los hechos tal y como acontecieron, sino de constatar en presencia del Tribunal cómo sucedieron.

Las fases procesales son distintas y tienen diferentes finalidades. En todas ellas se pueden practicar pruebas pero están sujetas a un distinto régimen jurídico.

Como principio general puede afirmarse que la prueba debe practicarse siempre que sea posible en el acto del plenario y que, tanto en la fase de investigación como de instrucción, lo único que ha de pretenderse es asegurar las fuentes de prueba, si bien en supuestos especiales, puede anticiparse o preconstituirse la prueba.

La mayor parte de la doctrina entiende que la fase de investigación, regida por el principio inquisitivo y en la que se confieren amplios poderes al Juez de instrucción, se debe limitar a la realización de actos de investigación y de aseguramiento de la prueba, por lo que esta fase procesal debiera durar lo menos posible, con la finalidad de evitar instrucciones complejas y extensas en la que proliferen diligencias que, aún siendo de investigación, se convierten al final en auténticas pruebas o simipruebas. La

prueba debe practicarse prioritariamente en el juicio oral, donde el Tribunal, con publicidad, contradicción, inmediación y concentración, puede formar adecuadamente su convicción para resolver el conflicto.

De todo lo expuesto se deduce la importancia del juicio oral y la necesidad de que todo lo actuado durante la instrucción tenga un adecuado reflejo, reproducción o ratificación en el acto del juicio.

Podrían citarse muchas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que inciden en las afirmaciones realizadas con anterioridad. Por todas, baste citar la sentencia 303/1993 de 25 de Octubre en la que se afirma lo siguiente:

" Es doctrina reiterada de este Tribunal sobre la presunción de inocencia la de que dicha presunción, en primer lugar, ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 31/1981, 107/1983, 124/1983 y 17/1984) y, en segundo lugar, dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo de un hecho punible sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (SSTC 141/1986, 150/1989, 134/1991 y 76/1983); finalmente , tal actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respecto a los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 50/1986 y 150/1987), y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad (SSTC 31/1981, 217/1989, 41/1991 y 118/1991). Ahora bien, de esta última doctrina general hay que exceptuar los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral: art. 730 LECRIM), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se le debe de proveer de Abogado al imputado -cfr.art. 448.1 y 333.1) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida en el artículo 730).

1.3 Concepto de prueba testimonial

La prueba testimonial o testifical es un acto dirigido a representar un hecho pasado. Mientras que el acto

(testimonio) se verifica dentro del proceso, el hecho ya ha ocurrido con anterioridad, fuera de él. Cuando el Juez escucha al testigo percibe el acto de la declaración, no el hecho representado, percibido o sabido por el testigo, que es el que se trata de fijar durante el proceso.

Según esto, son testigos las personas que declaran ante el Juez sobre su percepción y conocimiento de los hechos y circunstancias pasadas por lo que la percepción y conocimiento de los hechos ya se ha adquirido antes de ser llamado a declarar. Objeto de la declaración son los hechos, no necesariamente percibidos, porque también se admite testimonio sobre deducciones. Ahora bien, lo que no cabe son meras opiniones o juicios de valor sobre los hechos.

La diferencia entre el perito y el testigo es doble. Por un lado, el testigo no se elige como el perito, pues testigos son los que son, los que pueden dar alguna noticia del hecho por su conocimiento del mismo. En cambio al perito se le elige en función de un sistema preestablecido. Por otro lado, el testigo percibe los hechos casualmente, mientras que el perito aporta un conocimiento especial de máximas de experiencias o conocimientos técnicos que al Juez pueden faltarle y le auxilia para valorar e incluso percibir los hechos que sólo pueden captarse con un saber especial (conocimiento técnico).

El CPP habla también de otros testigos que son los llamados testigos de actuación, refiriéndose a aquellas personas que son llamadas para atestiguar sobre la realización de un acto procesal o de investigación. El artículo 125 CPP establece una regla de nombramiento cuando dispone que

"No podrán ser testigos de actuación, los menores de dieciocho años, los dementes, los sordos o mudos que no puedan darse a entender y los que se encuentren en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas o estupefacientes".

1.2 Regulación

El Código Procesal Penal de El Salvador (CPP, en adelante) regula la prueba testifical dentro del Libro I, Título V, destinado a los medios de prueba, y dentro del Libro II, Título I, referido al juicio plenario.

Conviene destacar el artículo 162 CPP en el que se establecen las disposiciones generales sobre validez, forma

de incorporación al proceso y reglas de interpretación. En dicho precepto se establece lo siguiente:

"Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes, siempre que se refiera, directa e indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad.

Los jueces darán especial importancia a los medios de prueba científica, pudiendo asesorarse por especialistas, si ellos no lo fueren, para decidir sobre las diligencias de investigación que deban encomendar al fiscal o sobre la práctica de actos de prueba definitivos o irreproducibles, práctica de prueba para mejor proveer y para reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios.

Para que las pruebas tengan validez deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares. En caso de incumplimiento del requisito anterior, se estará a lo dispuesto en el inciso final del Art. 15 de este Código.

Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

De este precepto destacan tres principios fundamentales:

- a) El principio de legalidad de la prueba que conlleva el que ésta para que tenga validez deberá ser realizada con escrupuloso respecto a las normas legales que la regulan.
- b) El principio de constitucionalidad de la prueba en el sentido de que para la eficacia de la prueba se requiere el respeto a las garantías establecidas por la ley y su vulneración conlleva la violación del derecho constitucional al debido proceso.
- c) El principio de libre valoración de la prueba que se asienta sobre el criterio de valoración conjunta de todos los medios de prueba, en conciencia y de acuerdo con el principio de razonabilidad (sana crítica).

La declaración testifical puede practicarse ante la policía, en la fase de instrucción o en el acto del juicio.

De conformidad con el artículo 241.6 CPP Los oficiales y agentes de la policía tendrán atribución y obligación de de "interrogar a los testigos resumiendo la entrevista en un acta sucinta".

No ofrece duda que con la finalidad de comprobar e investigar el hecho denunciado durante la instrucción se puede recibir declaración a los testigos del hecho. Esta fase procesal es contradictoria. Así el artículo 271 CPP dispone que "las partes, tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones; asimismo, a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio".

Conforme al artículo 272 CPP "por regla general los actos del proceso penal serán públicos, pero el juez podrá ordenar por resolución fundada la reserva parcial o total cuando la moral, el interés público, la seguridad nacional lo exijan o esté previsto en una norma específica. Durante las diligencias iniciales de investigación, las actuaciones serán reservadas y sólo las partes tendrán acceso a ellas, o las personas que lo soliciten y estén facultadas para intervenir en el proceso. Por último, según el artículo 273 CPP "las partes, podrán proponer diligencias en cualquier momento, durante el desarrollo de la instrucción. El juez las realizará o encomendará al fiscal, según su naturaleza".

Por último y muy importante, las diligencias practicadas durante la instrucción, salvo en el caso del anticipo de prueba, no tienen por finalidad acreditar el hecho sino comprobar la solidez de la imputación inicial y sustentar la celebración del juicio. Por regla general sólo las pruebas que se practican en la fase de juicio oral tienen el valor de verdaderas pruebas. Así lo dispone el artículo 276 CPP en cuyo párrafo 2º se dispone que "sólo los actos irreproducibles realizados conforme las reglas previstas en este Código, o aquellas actas cuya lectura en la vista publica esté permitida tendrán valor para probar los hechos en el juicio, las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor".

Las disposiciones generales sobre la práctica de las pruebas durante la fase de investigación son las siguientes:

Obligación de Testificar

Art. 185.- Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Facultad de Abstención.

Art. 186.- No están obligados a testificar en contra del imputado, su cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos, adoptado y adoptante. No obstante, podrán hacerlo cuando así lo consideren conveniente.

También podrán abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, a menos que el testigo sea denunciante, querellante, o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo.

En la citación o, antes de comenzar la declaración, el juez instruirá al testigo sobre la facultad de abstenerse, bajo pena de nulidad.

Deber de Abstención

Art. 187.- No podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, médicos, farmacéuticos y obstetras, según los términos del secreto profesional y los funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

Si el testigo invoca erróneamente ese deber con respecto a un hecho de los comprendidos en este artículo, se procederá a interrogarlo.

Derecho de Abstención

Art. 187-A.- Tendrán derecho a abstenerse de declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del ejercicio de su profesión u oficio bajo pena de nulidad, los periodistas de profesión y aquellas personas que aun siendo otra su profesión ejerzan el periodismo.

De igual manera, los periodistas de profesión y aquellas personas que aun siendo otra su profesión ejerzan el

periodismo, tendrán derecho a abstenerse de revelar a cualquier autoridad policial, funcionario público o funcionario judicial; la fuente donde proviene la información que nutre las noticias, opiniones, reportajes, editoriales, que publiquen en ejercicio legítimo de su derecho a informar.

Residentes fuera de la ciudad

Art. 188.- Cuando el testigo no resida en el lugar donde tenga su asiento el tribunal, se encomendará la declaración a la autoridad judicial de su residencia, salvo que el juez considere necesario hacerlo comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso, se fijarán prudencialmente los viáticos y gastos que correspondan y se adelantará su pago cuando sea necesario.

Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de constituirse en cualquier lugar del territorio nacional para la práctica de diligencias importantes, siempre que lo creyere conveniente e indispensable para la mejor comprobación de los hechos, previo aviso por cualquier medio al juez del lugar, para que le preste la cooperación necesaria.

Negativa a Declarar

Art. 189.- Si después de comparecer el testigo se niega a declarar, se iniciará contra él causa penal.

Apersonamiento Anticipado

Art. 190.- Cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente, se ordenará su apersonamiento anticipado por medio de la seguridad pública para que quede a disposición del juez o tribunal. Esta medida sólo durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no excederá de veinticuatro horas.

Forma de la Declaración

Art. 191.- Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto les leerán los artículos pertinentes del Código Penal y prestarán juramento o promesa, bajo pena de nulidad, excepto los menores de doce años de edad y de los que en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Enseguida, se procederá a interrogar separadamente a cada testigo conforme lo establecido en este Código, requiriendo su nombre, apellido, edad, estado familiar,

documento de identidad que indique la ley, nombre del cónyuge, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio, vínculos de parentesco o de interés con las partes y cualquier circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Tratamiento Especial

Art. 192.- Los Presidentes de los Órganos del Estado serán interrogados en sus oficinas, si por razones urgentes de su función no pueden concurrir a prestar declaración.

No estarán obligados a comparecer y podrán declarar por medio de informe escrito, bajo juramento, los representantes diplomáticos o consulares acreditados en el país.

Declaración de Agentes, Funcionarios y Empleados Encubiertos

Art. 192.-A.- La declaración de los agentes, funcionarios y empleados que hayan participado en operaciones encubiertas de la Policía Nacional Civil, con autorización por escrito del Fiscal General de la República tendrá la validez de prueba testimonial. (6)

Interrogatorio de Personas Físicamente Impedidas

Art. 193.- Las personas que no puedan concurrir al tribunal por estar físicamente impedidas, serán interrogadas en su residencia o lugar donde se encuentren.

Falso Testimonio

Art. 194.- Si un testigo incurre en falso testimonio, se certificará lo pertinente y remitirá a la Fiscalía General de la República para que formule el respectivo requerimiento.

CAPITULO VIII

CAREOS

Procedencia

Art. 218.- Se podrá ordenar el careo de personas que en sus declaraciones hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no estará obligado a carearse.

Juramento

Art. 219.- Los que han de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

Modo

Art. 220.- El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se comenzará por leer, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias, o se resaltará el punto de contradicción si no existen actas de las declaraciones. Luego, se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias, a fin de que libremente traten de ponerse de acuerdo; posteriormente, las partes y el juez o tribunal podrán interrogarlos sobre el punto de contradicción.

2. La utilidad y pertinencia de la prueba testimonial

En contraposición con el sistema de garantías que rodean la declaración del acusado y que posibilitan la adopción por éste de distintas actitudes, la Ley, consciente de la importancia y trascendencia del testimonio³, traza con todo rigor el perfil procesal de la prueba imponiendo a los testigos la obligación de comparecer, declarar -salvo excepciones y dispensas- y de decir la verdad.

Ello es así porque de la prueba testifical se suelen extraer, en la mayor parte de los casos, los datos que componen el relato histórico de la sentencia. En el juicio oral su práctica resulta fundamental pues permitirá al Juzgador comprobar si el testigo pudo percatarse de lo que afirma haber presenciado, oído, olido, palpado o degustado, la firmeza y contundencia de las respuestas, sus titubeos y evasivas, la prodigiosa memoria frente al inexplicable olvido o laguna, su serenidad, tranquilidad, ímpetu, inquietud, nerviosismo, sequedad en la boca, etc.

En general, el profundo estudio de la causa, el óptimo diseño de las preguntas y el adecuado interrogatorio, constituyen buenos detonantes para provocar esos gestos o reacciones humanas que acompañan a la exteriorización de la

³ Escribe ARAGONESES P. en *Instituciones de Derecho Procesal Penal* I, pág. 343, que la importancia de la prueba testifical es grande en el proceso penal. Con razón se ha dicho que mientras el proceso civil es el reino del documento, el proceso penal lo es del testimonio.

verdad o de la mentira. Para J. BENTHAM⁴, el interrogatorio de los testigos es un arte que requiere sagacidad, astucia, rapidez y otras cualidades de la inteligencia.

En orden a la utilidad de la prueba testifical pueden distinguirse dos momentos. En la fase de instrucción no parece necesario, en ocasiones, recibir declaración a todos los testigos del hecho. La instrucción se rige por el principio de sumariedad y está dirigida, no a probar el hecho, sino a su comprobación. En la medida en que existan indicios suficientes de la comisión del hecho y de la participación del autor y en la medida en que sea posible efectuar una acusación fundada, no es preciso agotar la investigación y tomar declaración a todos y cada uno de los testigos. Debe proscribirse cualquier idea de convertir la fase de investigación en un auténtico juicio oral donde todos los extremos y detalles -esenciales y secundarios- estén recogidos. Salvo que se trate de determinados y complejos delitos -los económicos, por ejemplo-, o de diligencias pertenecientes típicamente a la instrucción -como el reconocimiento en rueda-, si el testigo declaró pormenorizadamente ante la policía u omitió en su declaración algún aspecto esencial que, sin embargo, ya consta en otra diligencia, no parece necesario que sea de nuevo citado para comparecer en el Juzgado de instrucción a ratificar su deposición o completar lo que ya es conocido. Piénsese, por ejemplo, en un acontecimiento presenciado por la policía en el que la versión policial consta con claridad. Si el acusado presenta testigos para contradecir la versión policial podría evitarse la declaración de éstos, no tanto porque su versión no resulte creíble sino porque, en general, su versión no impedirá la apertura de juicio. Por ello, en ocasiones se prescinde de tomarles declaración sin perjuicio de que sean llamados al juicio y será allí donde el Juez valore con plenitud su declaración junto con el resto de pruebas. En cambio, en el acto del juicio el criterio de admisión de la prueba debe ser necesariamente más amplio. Deberá practicarse toda la prueba necesaria para el total conocimiento del hecho, ya que a la sentencia sólo se puede llegar después de una valoración de las pruebas de cargo y descargo, garantizando el principio de igualdad de armas de las partes. Sólo en este caso puede hablarse de un juicio justo.

En el Código Procesal Penal no se establecen normas sobre la admisión de prueba. Únicamente el artículo 320.10 CPP dispone que el Juez, finalizada la audiencia preliminar,

⁴BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, pág. 275.

"admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública; también podrá ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible".

Para decidir cuando se debe admitir o denegar una prueba es conveniente tener en cuenta los siguientes principios.

Desde la perspectiva del derecho a un proceso justo, los Tribunales Internacionales vienen afirmando el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su necesidad y posibilidad. Las pruebas deben ser pertinentes y necesarias. .

El juicio de pertinencia o impertinencia de la prueba exige del Juez que tenga en cuenta tanto su pertinencia *strictu sensu*, esto es, su relación con el objeto del juicio o "*thema decidendi*", como su relevancia, que se dará cuando la prueba tenga potencialidad de incidir en la decisión judicial, de tal forma que si, aun guardando relación con el objeto del proceso, se considera que no tiene ninguna capacidad para influir en la decisión, por ejemplo-, porque ya existan pruebas abundantes sobre los mismos extremos- se revelará ese medio innecesario o inútil, procediendo su denegación en aras a principios relacionados con la economía procesal.

La pertinencia puede analizarse desde dos perspectivas, por un lado, serán pertinentes todas aquellas pruebas que por sus características hubieran podido determinar un fallo diferente en la sentencia. Por otro, se debe evitar la vulneración del derecho de la defensa, garantizando una auténtica igualdad de armas entre la acusación y la defensa, favoreciendo que esta última tenga posibilidad de practicar una suficiente prueba de descargo. El Juez deberá ser cuidadoso en la denegación de prueba, especialmente a la defensa, y debe tener un criterio abierto y flexible en tanto que no debe denegar las pruebas que puedan conducir al pleno esclarecimiento de los hechos y menos denegar de forma total las propuestas por la defensa ya que ello supondría un prejuicio anticipado de culpabilidad. La denegación, por el órgano judicial encargado del enjuiciamiento, de todas las pruebas propuestas por la defensa puede, sin duda, basarse en su impertinencia (porque no tengan relación con los hechos que se enjuician), pero no puede hacerse, en cambio, basándose en su irrelevancia para el sentido del fallo, pues esta

declaración de irrelevancia implica un juicio anticipado de culpabilidad, o, dicho de otro modo, supone la declaración de suficiencia para la condena de las pruebas pedidas por la acusación. Declaración que sólo puede efectuarse en la Sentencia, una vez valorada la prueba de descargo.

La pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad, como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, decisión que se adopta por no "considerar necesaria la declaración de los mismos", bien por su irrelevancia (visto el estado del juicio el contenido de su testimonio no es relevante respecto a los hechos determinantes de la subsunción delictiva y circunstancias que afectan a la responsabilidad del acusado) o bien por su redundancia (después de haberse desarrollado un amplio debate contradictorio el testimonio del testigo que no comparece resulta superfluo e innecesario, ya que no aportaría nuevos datos que puedan ser sustanciales a la hora de formar la convicción del Tribunal.

3. La prueba testimonial como anticipo de prueba

Anticipo de prueba

Art. 270.- En todo momento que fuere necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericia, inspecciones y otros que por su naturaleza o características sean considerados como definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública, cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice.

El juez, si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias.

El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente.

Si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba,

excepcionalmente, el Juez lo practicará únicamente con la citación del Fiscal y de un Defensor Público. Dicha diligencia se realizará aun sin la presencia de una de cualquiera de las partes si han transcurrido tres horas posteriormente al señalamiento por el Juez, sin perjuicio de la responsabilidad penal que transcribe el Art. 313 del Código Penal.

En los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderá necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este Artículo.

Cuando el juez rechace la solicitud, el peticionante podrá acudir directamente a la cámara, solicitando que ordene la realización del acto. La cámara resolverá dentro de las veinticuatro horas según su urgencia.

Las categorías de prueba preconstituida y anticipada han sido criticadas por la doctrina científica⁵ en cuanto que no son categorías procesales bien perfiladas.

Siguiendo a GOMEZ ORBANEJA⁶ prueba anticipada es aquella que permite la Ley que se realice con anterioridad al juicio y con intervención de las partes y prueba preconstituida es aquel medio o fuente de prueba que preexiste al proceso, generalmente documental, aunque también se utiliza para identificar a algunos medios de prueba que no pueden practicarse en juicio y que deben realizarse durante la instrucción con arreglo a unas formalidades especiales, con lo que viene, en ocasiones, a identificarse con el concepto de prueba anticipada.

Interesa especialmente la prueba anticipada o anticipo de prueba porque es un concepto que permite abordar el valor probatorio de las diligencias sumariales.

Ya se ha dicho que la prueba anticipada es la referida a diligencias de investigación no reproducibles en juicio, que ha de ser practicada con observancia de las formalidades previstas para cada una de ellas y que puede ser introducida en el juicio, como prueba documentada, mediante su lectura (artículo 330 CPP). A salvo de excepciones como el fallecimiento del perito antes del juicio, los informes periciales no constituyen prueba anticipada, por más pueda afirmarse que la pericia no es reproducible en juicio. Aún cuando ello sea así, los

⁵ PEDRAZ PENALVA, ERNESTO. La práctica probatoria anticipada y la denominada "prueba constituida", en Cuadernos de Derecho Judicial. Tomo III de 1998 bajo el título general de "La instrucción del sumario y las diligencias previas". Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1998.

⁶ GOMEZ ORBAJENA. Derecho Procesal Penal I. Madrid 1986.

peritajes para que tengan valor probatorio han de ser introducidos en juicio mediante la comparecencia de los facultativos, quienes habrán de someterse a las aclaraciones de las partes para cumplir con la exigencia constitucional de contradicción. Esta exigencia sólo cede, tal y como posteriormente veremos, caso de que el informe no sea impugnado. Este tipo de diligencias supone una excepción de menor intensidad al principio de práctica de prueba en el acto del juicio que las diligencias sumariales irreproducibles, en cuanto que, aunque no se desarrollen en juicio con sujeción al principio de concentración, son realizadas a presencia del Tribunal que debe dictar sentencia con intervención de las partes, por lo que se respeta íntegramente tanto el principio de inmediación como el de contradicción. En tal supuesto estaría la pericial médica caso de que, por cualquier circunstancia, el facultativo no pudiera comparecer el día señalado para el juicio y no resulte procedente la suspensión.

El artículo 270 CPP suministra una descripción que, aunque incompleta, permite un primer acercamiento a lo que por prueba anticipada deba entenderse. Podrían admitirse como tales "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".

Con mayor precisión, la idea de prueba anticipada ha de entenderse completada con aquellos otros supuestos de *prueba preconstituida*, en que se alude a medios probatorios —p.ej. el reconocimiento judicial, las diligencias sobre el cuerpo del delito, la rueda de detenidos— que, por su naturaleza, no pueden ser reproducidas en el juicio oral, impidiendo con ello la inmediación del Tribunal sentenciador.

En efecto, el concepto de prueba anticipada ha de construirse sobre las notas de excepcionalidad, de hecho, se trata de prueba sustraída al juicio oral, irrepetibilidad, en tanto que sólo la prueba irreproducible por su propia naturaleza o por circunstancias excepcionales puede reputarse válidamente prueba anticipada, y previsibilidad, ya que resulta necesario prever de antemano la necesidad de la práctica probatoria.

En el artículo 314 del CPP no se hace referencia alguna a la proposición de anticipo de prueba por la acusación porque se supone que ésta ya ha sido realizada a su instancia o de oficio durante la instrucción. Sin embargo sí se hace respecto de las otras partes, ya que el artículo 316 CPP dichas podrán "10. Requerir anticipo de la prueba irreproducible en el juicio" por lo que este será el

momento procesal, antes del juicio, para que el resto de las partes puedan proponer anticipo de prueba para su práctica anticipada y su incorporación al proceso. El anticipo de prueba en este último caso deberá ser practicado en la audiencia preliminar (artículo 318 CPP)

Quizás no resulte ocioso insistir en la conveniencia de centrar el concepto de prueba anticipada en los límites que le son propios. La excepcionalidad que acompaña aquella noción y la propia naturaleza de ésta, han de servir de recordatorio acerca de que prueba anticipada no es, desde luego, la prueba que por razones de estrategia procesal se *anticipa*. Sólo la irrepetibilidad de la prueba cuya anticipación se pretende, puede justificar su excepcional sustracción al juicio oral y, por ende, a los principios y garantías que presiden su desarrollo.

En palabras del Tribunal Constitucional Español, sent. 79/1994, de 14 de marzo:

"por prueba en el proceso penal sólo cabe entender, como regla general, la producida en el juicio oral, único acto procesal en el que se encuentra asegurada la vigencia de las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad. Sólo como excepción se admite la eficacia probatoria de las actuaciones no producidas en el acto del juicio oral, cuando resulta imposible su reproducción en el mismo. Este es el caso de la denominada prueba preconstituida y el de la anticipada, cuya eficacia se subordina a que el acto de investigación participe de los caracteres esenciales de la prueba, intervención de la autoridad judicial y posibilidad de contradicción, con respeto estricto del derecho de defensa (SSTC 62/ 1985, 137/1988 y 182/1989)... Este Tribunal ha establecido muy claramente que las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria".

El anticipo de prueba suele plantear dos problemas prácticos. En primer lugar, su valor cuando no ha comparecido el imputado o acusado. En este particular la legislación salvadoreña es sumamente previsora y difícilmente esta cuestión puede dar lugar a graves problemas en la práctica. Así, no se requiere la presencia personal del acusado, sino de su defensor (que deberá

comparecer necesariamente dentro de las tres horas siguientes a su citación) y en caso de urgencia o dependiendo de la naturaleza de la diligencia, puede practicarse a presencia del Fiscal y de un Defensor Público, sin necesidad de presencia personal del acusado o su Abogado. Este último concepto no está bien precisa y puede dar lugar a algún problema interpretativo ya que puede discutirse qué tipo de prueba no urgente precisa el que no esté presente la defensa ¿a qué naturaleza se refiere la Ley?.

En segundo lugar, se plantea si es posible el anticipo de prueba no ya cuando se prevea que el testigo no comparecerá al plenario (por ejemplo, extranjero que manifiesta su intención de no volver al país) sino cuando es previsible que el intento de comparencia del testigo conlleve la suspensión del acto del juicio (por ejemplo, testigo que está enfermo y del que se desconoce en qué fecha estará en condiciones de poder asistir a un juicio).

4. Testimonio de referencia

Una de las clasificaciones que suelen introducirse, distingue entre testigo directo (que declara sobre hechos percibidos por él mismo) e indirecto (que refiere lo que le han contado otros que presenciaron el acontecimiento). En éste supuesto se enmarca el testigo de referencia (*testes de auditu*) que, desde antiguo, fue blanco de extensa literatura acerca de la credibilidad o no que podía inspirar⁷.

En el Código Procesal Penal no se hace referencia a este tipo de testimonio pero no está excluido en tanto que el artículo 185 no define qué deba entenderse por testigo, por lo que no limita la condición de tal a quienes hubieren presenciado el hecho. El citado precepto sólo afirma que "toda persona tendrá obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan", lo que no excluye que el testimonio recaiga sobre lo que el testigo afirme sobre lo que otros hayan dicho o percibido sobre el hecho investigado.

La doctrina científica establece las siguientes pautas hermenéuticas sobre el testimonio de referencia

⁷Véase lo dicho de la testifical de referencia al tratar la dispensa de declarar por razón del parentesco.

a) La valoración en conciencia -principio de libre valoración de la prueba- concierne exclusivamente al Tribunal de instancia.

b) Su eficacia tiene carácter excepcional en cuanto que se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria (situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal).

c) La declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal, antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. Ha de limitarse el testimonio de referencia a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal

d) Su valor, o es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o es el de una prueba subsidiaria para ser considerada en las indicadas situaciones excepcionales de imposibilidad⁸.

Como aplicación práctica de estos principios puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de España número 673/2007, de 19 de Julio, en la que se afirma lo siguiente:

"El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo, testigo de referencia que sostiene, sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que sí declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-. Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba, sin olvidar que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió (auditio propio) -que sería el caso presente- o lo que otra persona le comunicó (auditio alieno) y que, en algunos supuestos de percepción prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa..."

⁸ Por citar jurisprudencia española, Auto del Tribunal Constitucional 25/94 y sentencias del Tribunal Constitucional números 217/89; 303/93; 79/94) y TS (ss. 14-2-92; 5-3, 23-6 y 8-11-93, entre otras).

5. Testimonio de hábito o de costumbre

Evidencia del hábito es un término usado en la doctrina norteamericana que se utiliza para referirse a los testimonios introducidos para acreditar una persona actúa de una manera particular en una ocasión particular basada en la tendencia de esa persona a responder a una situación concreta.

La evidencia del hábito debe ser distinguida de la evidencia del carácter, que intenta demostrar que una persona se comportó de una manera particular en una ocasión concreta basándose en tendencias de personalidad o carácter.

Se recoge este tipo de testimonios Regla federal de la evidencia 406 en la que se afirma que en la "evidencia del hábito de una persona o de la práctica rutinaria de una organización, esté corroborado o no y sin importar la presencia de un testigo presencial, es relevante para probar que la conducta de la persona o de la organización en una ocasión particular estaba conforme al hábito o a la práctica rutinaria."

Como ocurre con todas las pruebas, este tipo de testimonios está sujeto a las reglas de la sana crítica y debe ser sometido a una interpretación sumamente restrictiva y cuidadosa. El derecho penal es un derecho de actos, no de hábito. No se enjuicia la tendencia natural o social de un individuo sino su concreta conducta en un acto determinado, por lo que cuál sea su conducta habitual puede constituir un indicio pero no una prueba sobre el hecho enjuiciado.

6. Testimonio de testigos o víctimas bajo el régimen de protección y forma de incorporarlo a juicio

En ocasiones, el proceso penal depende de la protección de las pruebas en dos sentidos: el negativo, anulando aquellas que son recogidas en contra de la ley; y el positivo que conlleva protegerlas de su posible manipulación e incluso destrucción.

Las pruebas "personales", como la declaración de la víctima y los testigos, así como los dictámenes periciales, están expuestas, en ocasiones, a una grave manipulación o situación de riesgo, generalmente cuando el proceso penal investiga casos de narcotráfico, crimen organizado, terrorismo, delincuencia de las "maras" etc. Se hace necesario en estos casos arbitrar sistemas de protección efectivas no sólo para garantizar la integridad física de los colaboradores de la justicia, sino para asegurar que el

proceso llegue a buen fin, proscribiendo todo género de impunidad.

Esta necesidad debe realizarse sin menoscabo de las garantías del proceso y del derecho de las partes a un juicio justo con plena intervención en todas sus fases. En cualquier caso el derecho al debido proceso puede ser objeto de restricciones o modulaciones, al colisionar con otros derechos tan o más fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la seguridad de las personas, en este caso de los ciudadanos que se ven en la obligación de colaborar con la justicia.

Se debe ponderar en cada supuesto las circunstancias concurrentes conforme al principio de proporcionalidad, de ahí que las decisiones judiciales que se adopten en este ámbito deban ser motivadas.

En la legislación de El Salvador la protección de la víctima, cuya condición procesal es la de testigo, se haya recogida expresamente en el artículo 13 y en el artículo 241.11 del CPP. Sin embargo, estas normas han sido superadas, desarrolladas y ampliadas por el Decreto Legislativo 1029/2006, de 26 de Abril en el que destacan las siguientes normas:

Objeto de la Ley

Art. 1.- La presente Ley tiene por objeto regular las medidas de protección y atención que se proporcionarán a las víctimas, testigos y cualquier otra persona que se encuentre en situación de riesgo o peligro, como consecuencia de su intervención en la investigación de un delito o en un proceso judicial.

Sujetos

Art. 2.- Las medidas de protección y atención previstas en la presente Ley, se aplicarán a las víctimas, testigos u otras personas que se encuentren en riesgo o peligro por su intervención directa o indirecta con la investigación de un delito, en un proceso judicial o por su relación familiar, con la persona que interviene en éstos.

Principios

Art. 3.- En la aplicación de la presente Ley, se tendrán en cuenta especialmente los principios siguientes:

a) Principio de Protección: Toda autoridad, judicial o administrativa deberá considerar primordial la protección de la vida, integridad física y moral, libertad, propiedad y seguridad de las personas a que se refiera la presente Ley.

b) Principio de Proporcionalidad y Necesidad: Las medidas de protección y atención que se ordenen en virtud de la presente Ley, deberán responder al nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona destinataria de las mismas, y sólo podrán ser aplicadas en cuanto fueren necesarias para garantizar su seguridad.

c) Principio de Confidencialidad: Toda la información y actividad administrativa o jurisdiccional relacionada con el ámbito de protección de las personas a que se refiere esta Ley deberá ser reservada para los fines de la investigación o del proceso respectivo, salvo los casos exceptuados por la presente Ley.

Medidas de Protección Ordinarias

Art. 10.- Son medidas de protección ordinarias:

a) Que en las diligencias de investigación administrativas o de carácter judicial, no consten los datos generales de la persona protegida, ni cualquier otro que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para referirse a ellas un número o cualquier otra clave.

b) Que se fije la sede que designe la Unidad Técnica como domicilio de las personas protegidas, para efectos de citaciones y notificaciones.

c) Que las personas protegidas sean conducidas a cualquier lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio, de la manera que disponga la Unidad Técnica.

d) Que durante el tiempo que las personas protegidas permanezcan en los lugares en que se lleve a cabo la diligencia, se les facilite un sitio reservado y custodiado.

e) Que las personas protegidas comparezcan para la práctica de cualquier diligencia, utilizando las formas o medios necesarios para imposibilitar su identificación visual.

f) Que la persona protegida rinda su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles, y que se grabe su

testimonio por medios audiovisuales para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario o la persona no pudiere comparecer.

g) Que se cambie el número telefónico de la persona protegida.

h) Que se impida que la persona protegida sea fotografiada o se capte su imagen por cualquier otro medio.

i) Que se prohíba que cualquier persona revele datos que permitan identificar al protegido.

j) Cualquier otra que estuviere acorde a los principios establecidos en la presente Ley.

Medidas de Protección Extraordinarias

Art. 11.- Son medidas de protección extraordinarias las siguientes:

a) Brindar seguridad policial mientras se mantengan las circunstancias de peligro.

b) Proporcionar residencia temporal en albergues o lugares reservados.

c) Facilitar el cambio de residencia, lugar de trabajo o centro de estudios.

d) Facilitar la salida del país y residencia en el extranjero de las personas protegidas, cuando las medidas antes señaladas sean insuficientes para garantizar su seguridad. En este caso se podrá considerar la expedición de documentos para una nueva identidad, lo cual será sujeto de un régimen especial.

e) Cualquier otra que estuviere acorde a los principios establecidos en la presente Ley.

Formas de Iniciación del Procedimiento

Art. 16.- El procedimiento para la aplicación de medidas de protección y atención, podrá iniciarse ante la Unidad Técnica por medio del informe de medidas urgentes a que se refiere el siguiente artículo o mediante solicitud.

Aplicación de Medidas de Protección Urgentes

Art. 17.- Los jueces y tribunales, la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República, la Policía Nacional Civil y la Unidad Técnica Ejecutiva, deberán adoptar una o varias medidas de protección urgentes; de acuerdo con el literal b número 3 del Art. 4 de esta ley, en su caso, se informará inmediatamente a la Unidad Técnica.

La Unidad Técnica, dentro del plazo de diez días y previo dictamen de los Equipos Técnicos Evaluadores, confirmará, modificará o suprimirá las medidas de protección urgentes que se hubieren adoptado, notificándolo a la persona interesada y a las autoridades correspondientes.

Solicitud, forma y Contenido

Art. 18.- Los jueces y tribunales, la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República, la Policía Nacional Civil y el propio interesado podrán solicitar a la Unidad Técnica en forma verbal o escrita, la aplicación de cualquiera de las medidas ordinarias y extraordinarias y de atención establecidas en la presente Ley.

La solicitud contendrá, en cuanto fuere posible, los datos generales de la persona, la relación sucinta de los hechos, una breve exposición de la situación de peligro que motiva la solicitud, así como cualquier otro elemento que pueda orientar a la Unidad Técnica.

Cuando la solicitud sea verbal, la Unidad Técnica deberá hacerla constar por escrito.

Cuando la persona protegida sea menor de edad, la solicitud podrá ser presentada por su representante legal, la persona que lo tenga bajo su cuidado o por la Procuraduría General de la República, en su caso.

Procedencia de la Solicitud

Art. 19.- Presentada la solicitud, la Unidad Técnica deberá analizar y calificar la procedencia de la misma, debiendo ordenar en su caso a los Equipos Técnicos emitir el dictamen correspondiente.

La resolución que declare improcedente la solicitud, deberá notificarse al peticionario y al propio interesado.

Identidad y Declaración de la Persona Protegida

Art. 28.- En el caso de la medida de protección a que se refiere la letra a) del artículo 10 de la presente Ley, la Unidad Técnica informará de manera confidencial al

juez de la causa la identidad de la persona protegida, quien deberá mantener los datos en archivo confidencial.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, el juez podrá, excepcionalmente, dar a conocer a las partes la identidad de la persona protegida, previa petición debidamente razonada, sólo para efectos del interrogatorio y en circunstancias que no sea observado por el imputado.

La resolución judicial que permita conocer la identidad de la persona protegida, deberá estar fundamentada considerando cualquiera de los aspectos siguientes:

- a) Que sea indispensable conocer las circunstancias personales del protegido.
- b) Que existan relaciones precedentes entre el testigo y los autores o partícipes del hecho delictivo que hagan innecesaria la medida.
- c) Que sea la única prueba existente en el proceso.

Cuando no se revele la identidad del testigo deben propiciarse las condiciones que garanticen la contradicción del testimonio.

Declaración de Persona Protegida Menor de Edad

Art. 29.- Cuando se trate de víctimas menores de edad protegidos por la presente Ley y el imputado sea ascendiente o su tutor, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, persona que hubiere actuado prevaleiéndose de la superioridad originada por cualquier relación, el Juez impedirá que el menor declare en presencia del imputado, debiendo éste ser custodiado en una sala próxima y representado por su defensor, a efecto de garantizar la contradicción del testimonio.

De todos estos preceptos y a los efectos de este trabajo destaca el artículo 10 f) en el que se dispone que "la persona protegida rinda su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles, y que se grabe su testimonio por medios audiovisuales para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario o la persona no pudiere comparecer". Es decir, se establece el principio general y la posibilidad de que los testigos protegidos presten su declaración por medios audiovisuales y que esta declaración sea incorporada a juicio mediante el visionado y que el

simple visionado sustituya a la inmediación del juicio cuando el testigo no pueda comparecer. Además, la grabación puede hacerse garantizando por medios ordinarios la identificación del testigo sin necesidad de que exista una visualización directa de él, para mantener su anonimato. Como excepción, el artículo 28 permite que el Juez pueda dar cuenta de la identidad del testigo cuando sea la única prueba de cargo, sea necesario o existan relaciones entre el acusado y el testigo que hagan innecesaria la medida de protección. Esta norma debe situarse en el marco de la excepción, por lo que ponderando la situación de riesgo, aún en estos casos, deberá denegarse la identificación cuando la medida de seguridad sea estrictamente indispensable.

Desde el enfoque de la plena y efectiva vigencia de los derechos humanos, puede plantearse si estas medidas son suficientes y si la debilidad legal e institucional puede obstaculizar la eficacia de la justicia al permitir que muchos casos no se resuelvan a causa de la intimidación e inseguridad. Eso se traduce en violaciones reiteradas al derecho a la verdad y en un dominio permanente de la impunidad. Así, la espiral de victimización se amplía.

Este tipo de leyes dependen en muy buena medida de los medios económicos del Estado para proteger a los testigos, caso de que sean un número muy elevado, y la ley de El Salvador resulta homologable con cualesquiera otras leyes de derecho comparado, si bien se echa en falta la posibilidad final de cambio de identidad definitiva del testigo, que es una medida extrema que se adopta en algunos países como España cuando los problemas de seguridad son graves y subsisten después de finalizado el proceso.

7. Testimonio de testigos criteriados

Sobre este tipo de testigos existe una previsión específica en el Decreto Legislativo 153/2003, sobre tráfico de drogas, en el que se dispone lo siguiente:

"En los casos de los delitos establecidos en esta Ley, las declaraciones de los coautores o cómplices de un mismo delito son válidos y serán apreciados como prueba, cuando aplicando las reglas de la sana crítica concuerden con las otras pruebas del proceso".

Llamamos testigo criteriado a aquel que puede dar noticia del hecho criminal por haber sido parte en el mismo como

autor, cómplice o encubridor. En España a esta situación procesal se alude con el concepto "declaración de coimputado".

Cuando un coacusado o coimputado presta testimonio de cargo se contraponen dos realidades: Por un lado es un testigo privilegiado que conoce los hechos de primera mano y, por otro, puede tener interés en declarar para auto exculparse u obtener algún tipo de privilegio procesal (rebaja de pena, exculpación, indulto) e incluso puede tener interés en perjudicar a la persona contra la que declara. Su testimonio debe ser valorado en función de estas circunstancias y con sumisión al principio de la sana crítica.

No obstante lo anterior, al igual que ocurre con la declaración de la víctima, este tipo de testimonios deben ser valorados con suma cautela. Además, desde la perspectiva del derecho constitución a un juicio justo, se plantea el problema de si la declaración de un testigo criteriado puede constituir prueba de cargo única y, en tal caso, en qué condiciones. Baste citar como ejemplo de derecho comparado la sentencia 160/2006, de 22 de Mayo del Tribunal Constitucional Español, en el que se hacen las siguientes afirmaciones:

Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997, de 29 de agosto; 49/1998, de 2 de marzo; y 115/1998, de 1 de junio, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, respectivamente, en las que el Pleno de este Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales,

más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo; 182/2001, de 17 de agosto; 57/2002, de 11 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; 70/2002, de 3 de abril; 125/2002, de 20 de mayo; y 155/2002, de 22 de junio).

Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina de este Tribunal (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, ó 312/2005, de 12 de diciembre), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes. Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, estableció que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena. La STC 207/2002, de 11 de noviembre, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, precisó que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, y 30/2005, de 14 de febrero, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, y 165/2005, de 20 de junio, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos.

TERCERO.- En el presente caso, como ya ha sido expuesto en los antecedentes, la Sentencia de instancia se limita a afirmar en el fundamento de derecho segundo que la autoría del recurrente ha quedado acreditada a través de la declaración de un coimputado en sede instructora, no ratificada en el acto del juicio oral, a la que se otorga plena credibilidad por su rotundidad en la incriminación del coacusado y la persistencia de la misma, "que se mantiene invariable y sin contradicciones en la fase sumarial", no existiendo "móviles bastardos o de autoexculpación".

Por su parte la Sentencia de apelación ratifica la condena argumentando que la Sentencia de instancia ha expuesto de manera razonada y razonable los motivos por los que otorga plena credibilidad a las manifestaciones del otro acusado (D. Alejandro L.), que constituyen la única prueba incriminatoria con la que forma su convicción, apoyándola en otros datos periféricos, cuales son el que el citado acusado, desde su primera declaración en comisaría a presencia de su Letrado de libre designación, luego ratificada ante el Juez de Instrucción, no así en el juicio oral, admitió "lisa y llanamente" que el hachís intervenido era del recurrente, "del que da su teléfono móvil", quien le relata "que tenía unos 10 kilos de hachís, narrando a continuación de manera detallada y minuciosa, con todo lujo de detalles toda la operación de entrega de la droga" y manifestando que el recurrente "es un individuo de unos 35 años aproximadamente, complexión fuerte, de 1,75 metros de estatura, moreno y alguna vez lo ha visto con un ciclomotor scuter".

De todo ello se desprende, en primer lugar, que la única prueba de cargo sobre la que se sustenta la condena del recurrente es la declaración sumarial de uno de los coimputados (en palabras de la Sentencia de la primera instancia, FJ 2 in fine, declaración "única pero suficiente para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia"). Y, en segundo, que el único elemento de corroboración aportado por las resoluciones judiciales era el contenido mismo de la declaración policial y sumarial de uno de los coimputados, en la que identificaba con su nombre al ahora recurrente en amparo, "dando datos muy concretos del mismo, móvil, datos físicos, razón de conocimiento, etc. Y explicó la operación"...

CUARTO.- El conjunto de referencias incluidas en las resoluciones impugnadas no pueden servir para entender colmada desde la perspectiva constitucional la exigencia de corroboración mínima, tal y como ha

sido concretada en la jurisprudencia más reciente ya expuesta.

En primer lugar, que los órganos judiciales hayan razonado pormenorizada y extensamente la credibilidad de la declaración del coimputado prestada durante toda la fase de instrucción en su carácter uniforme, concreto, exento de contradicciones durante dicha fase, no así en el juicio oral, sin animadversión hacia el recurrente y carente de fines autoexculpatorios o de esperanza de un trato procesal más favorable, carece de relevancia a los efectos ahora discutidos. Como ha sido expuesto, este Tribunal ya confirmó en las SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, y 190/2003, de 27 de octubre, que tales elementos, por sí mismos, carecen de relevancia como factores externos de corroboración y sólo pueden entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia, para lo que es necesario, previamente, que dichas declaraciones cuenten con una corroboración mínima a partir de circunstancias, hechos o datos externos a las mismas.

En segundo y último lugar, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, las citadas Sentencias impugnadas no han ofrecido elemento externo alguno de corroboración, puesto que los datos de identificación facilitados por el coimputado, tanto en su declaración policial como ante el Juez de Instrucción, respecto del recurrente, lo único que acreditan era el conocimiento personal de ambos (por otro lado, nunca discutido por las partes), pero de ello no cabe extraer como consecuencia lógica e inmediata que quede mínimamente acreditada la concreta participación del ahora demandante de amparo en la comisión del delito (en igual sentido, SSTC 286/2005, de 7 de noviembre; y 97/2006, de 27 de marzo). En el presente caso los datos aportados por los órganos judiciales como factores externos de corroboración de la declaración del coimputado (los datos de la persona que era propietaria de la droga (el recurrente), forma de localizarle (móvil) y de cómo y cuándo fueron los encuentros) son circunstancias lo suficientemente genéricas como para no poderlas considerar como elementos externos mínimos de acreditación de dicha declaración inculpativa (cfr. las SSTC 340/2005, de 20 de diciembre; y 1/2006, de 16 de enero)".

8. Testimonio de menores de edad y cómo abordarlos e incorporarlos al juicio

El artículo 191 CPP, relativo a la forma de la declaración testifical, excluye a los menores de 12 años de la obligación de prestar juramento o promesa. Resulta de especial relevancia el artículo 349 del CPP en el que se establecen algunas peculiaridades del interrogatorio de menores durante al juicio. Dicho precepto dispone lo siguiente:

"El interrogatorio de un menor será conducido por el presidente del tribunal, cuando lo estime necesario, con base en las preguntas presentadas por las partes. El Presidente, podrá valerse del auxilio de los padres y en su defecto del representante legal del menor o de un experto en psicología u otra ciencia de la conducta".

También resulta de extraordinaria importancia el artículo 13.13 del CPP en el que se establece lo siguiente:

13) Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad:

- a) A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario; y,
- b) A que se de aviso de inmediato a la Fiscalía General de la República;

En el interrogatorio de menores se producen una serie de circunstancias que obligan a establecer algunos criterios interpretativos especiales. Por un lado, este tipo de testimonios no tienen una naturaleza especial, constituyen prueba de cargo y tienen que ser sometidos a los principios procesales ordinarios (contradicción, publicidad, igualdad etc.). Sin embargo, se debe ser especialmente cauteloso en su valoración porque el niño no tiene formada su personalidad y puede estar expuesto a influencias, sugerencias y fabulaciones. Por otro, se debe proteger la personalidad del testigo, evitando someterle a tensiones innecesarias (victimización procesal) y, en último lugar, dependiendo de la edad la forma de abordar al testigo e

interrogarle plantea problemas, de ahí que la ley prevea la intervención de especialistas e incluso el auxilio de los padres. Piénsese en el interrogatorio de un niño de 2 a 8 años, por ejemplo. Incluso se plantea la hipótesis de declinar la declaración del testigo cuando sea muy pequeño o cuando valorando los intereses en conflicto su testimonio pueda ser enormemente perjudicial. Sería el caso de un niño que ha sido testigo de una grave agresión entre sus padres.

a) El CPP, al margen del requisito formal del juramento, sólo plantea especialidades en la práctica de la declaración de los menores cuando es prestada en el juicio oral, por lo que la primera cuestión a resolver es si éste criterio puede seguirse durante la instrucción, es decir, que el interrogatorio sea realizado exclusivamente por el Juez, incorporando en el interrogatorio lo que soliciten las partes. Estimo que una interpretación analógica de las normas, ante el vacío de la fase de instrucción es perfectamente posible.

b) En algunos países la declaración de menores de corta edad se realiza directamente por especialistas, sin presencia judicial ni de las partes y se graba la entrevista, incorporándola al juicio como prueba documental no reproducible y con plena validez probatoria. Cualquiera que sea el criterio que se mantenga, obvio es decir que, en ausencia de otros testigos, el que sufre la acción, o simplemente la presencia, es por antonomasia el más adecuado é idóneo para relatar el hecho al Órgano enjuiciador y para permitir a éste llegar con convicción a la determinación de la realidad de lo ocurrido. Y como los menores, cuando presencian los hechos, no son ajenos a estos parámetros, lo acertado, en la instrucción, será canalizar su testimonio de manera que pueda darse satisfacción a los intereses primordiales ya citados en la sentencias antes mencionadas de protección del menor en el más amplio de los sentidos y los derivados de la exigencias adosadas al decaimiento de la presunción inocencia y del derecho a un juicio justo con todas las garantías. Sólo por citar un ejemplo de derecho comparado, en España se ha admitido en supuestos especiales, tomando en consideración la edad del menor y la naturaleza del hecho, que la declaración del menor durante la instrucción se haga como anticipo de prueba no reproducible, con interrogatorio por especialista, mediante grabación e incorporándose al juicio mediante visionado, lo que permite en último término someter la prueba a la contradicción de las partes. ". Así la Sala II del Tribunal Supremo Español (jurisdicción penal) no ha rechazado semejante proceder. La STS 161/2007, de 27 de Febrero, apuntó la utilidad del interrogatorio efectuado en la instrucción con asistencia

técnica de psicólogos especializados, procediendo a su visionado en el juicio oral en presencia de las partes, y la STS. 151/2007, de 28 de Febrero, admitió que la Juez de instrucción practicara, como prueba preconstituida, la exploración de la menor de tres años de edad, a la que asistió su madre y una psicóloga, la acusación pública y la defensa del acusado, actuación procesal que fue grabada por video para que en el juicio oral se viera y escuchara la grabación videográfica de la exploración de la menor.

El CPP admite la declaración por videoconferencia (artículo 13.13) pero no da el paso de permitir que en algunos supuestos la grabación sea prueba anticipada sin necesidad de reiteración durante el juicio, para evitar la llamada "victimización secundaria". Tampoco autoriza que la declaración sea desarrollada por especialista sin intervención judicial directa del juez y de las partes.

c) Otro problema importante, admitido por la legislación comparada pero no previsto en el CPP de El Salvador es evitar a los menores y, en general, a las personas que pueden verse sometidas a una situación de tensión extrema por el juicio, la confrontación visual con el acusado. Creo que no existe problema alguno al respecto por más que la Ley no lo disponga. Colocar una mampara o una habitación especial que permite el interrogatorio visualizando (partes y Tribunal) al testigo pero impidiendo que el acusado lo vea es una precaución razonable que no limita garantía alguna durante el juicio. El testigo debe comparecer pero no se le debe someter a problemas de seguridad personal o a tensiones emocionales innecesarias. Por lo que de oficio o petición de parte y previo informe de las partes el Tribunal puede evitar la visualización directa entre testigo y acusado cuando las circunstancias así lo aconsejen.

9. Testimonio de agentes que hayan participado en entregas vigiladas o controladas, compra vigilada, vigilancias y encubiertos.

La compra controlada y la entrega vigilada están expresamente reguladas en el Decreto Legislativo 153/2003, de 2 de Octubre, en sus artículos 58 y 59 que dispone lo siguiente:

TÉCNICA DE COMPRA CONTROLADA

Art. 58.- La Policía, por medio de Agentes Encubiertos podrá realizar compras controladas de drogas, utilizando para ello dinero, valores o cualquier otro medio de pago

efectivo; que podrá ser facilitado por la misma institución policial.

Si se realizare embargo preventivo o incautación de dinero, valore o similares, una vez demostrada la procedencia del dinero ante el tribunal que conozca sobre el caso y se haya comprobado a su vez que éste ha sido proporcionado por la policía como medio necesario en las investigaciones que efectúen, deberá devolverse inmediatamente a la Corporación Policial; en caso de que se demuestre el origen de dinero invertido en la compra controlada por la Corporación Policial y el embargo preventivo o incautación no fuere suficiente para reintegrar lo invertido por la Policía, podrá esta institución recuperar lo invertido a través del Sistema Financiero, siempre y cuando la persona a quien se realizó la compra controlada tuviere operaciones activas con los bancos del país.

Cuando la Compra Controlada implique inversión o depósito de pago en el extranjero, se utilizará para su recuperación el trámite establecido para las Entregas Vigiladas.

De todo lo actuado se levantará un acta con todas las formalidades que la Ley general establece, la cual deberá ser valorada como prueba documental en el juzgado correspondiente.

TECNICA DE ENTREGA VIGILADA.

Art. 59.- La Fiscalía General de la República, autorizará y supervisará el procedimiento de "Entrega Vigilada" prevista en el Art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Las autoridades del Estado gestionante, deberá suministrar con la mayor brevedad, a la Fiscalía General de la República, la información referente a las acciones por ellos emprendidas, en relación con la mercadería sometida al procedimiento de entrega vigilada y a los actos judiciales posteriores.

Una vez iniciado un proceso, la Fiscalía General de la República, podrá autorizar el uso del procedimiento de entrega vigilada. Igualmente, podrá solicitar a las autoridades extranjeras que conozcan de un proceso donde haya mediado el procedimiento de entrega vigilada, la remisión de todos los atestados relacionados con el proceso, los cuales podrán utilizarse en los procesos locales.

Con el consentimiento de las partes interesadas, las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado,

podrán ser interceptadas o autorizadas para proseguir intactas o podrán ser sustituidos, total o parcialmente, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas que contengan.

COLABORADORES.

Art. 60.- En caso de una investigación y bajo la estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, la Policía podrá auxiliarse de colaboradores nacionales o extranjeros para que participen en una operación policial encubierta; que para el caso la Institución, deberá mantener en reserva su identificación, con el objeto de garantizarles la integridad física o personal, pudiendo adoptar las medidas que se contemplan en el Código Procesal Penal para la Protección de Testigos. (1)

La División Antinarcóticos con el conocimiento de la Fiscalía General de la República, deberá llevar bajo estricta reserva un registro de los colaboradores mencionados en el inciso anterior.

La normativa en cuestión tiene como virtualidad ampliar los sistemas de investigación para evitar que determinadas formas encubiertas de actuación policial constituyen en sí mismas delito y para que sus resultados pueden ser aportados regularmente al proceso, evitando la exclusión de responsabilidad penal de los responsables mediante la invocación del llamado "delito provocado".

Por tanto, estos métodos de investigación, en cuanto están admitidos por la ley, son lícitos y válidos, pero no establecen ningún tipo de especialidad procesal, por lo que las personas que intervienen (a salvo de la eventual declaración de testigos protegidos) tienen la obligación de dar cuenta de sus investigaciones mediante acta y comparecer a juicio como testigos, para ratificar su actuación, sometiéndose el principio de contradicción procesal.

10. Testimonio de la víctima

La exclusión del sistema de valoración legal o tasado y, consiguientemente, del aforismo "*testis unus, testis nullus*",- sea o no víctima del hecho punible-, motiva que su testimonio constituya prueba a apreciar de forma libre. Por otro lado, en contraposición a la nítida condición jurídica de tercero que tiene el testigo frente a los sujetos de la relación procesal, su carácter de víctima, de interesado directo, ha sido objeto de abundante tratamiento jurisprudencial al no desconocerse cierta carga de

subjetivismo y de visión parcial que puede ostentar ("*nullus idoneus testis in re sua*"), por lo que son constantes las admoniciones a su apreciación con cautela y tras una reflexión cuidadosa y profunda.

En este particular cito la doctrina española por ser de plena aplicación a El Salvador, en tanto que los problemas procesales que plantea y la pauta interpretativa es la misma en España que en El Salvador.

Pacífica doctrina del TC (SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, entre otras muchas) y del TS (*ad exemplum*, SSTs 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003, 439/2007, de 21-5, 673/2007, de 19-7), proclama que la declaración de la víctima del delito o falta constituye prueba testifical que, por sí sola, tiene aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia. Y, de manera específica, en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SSTs 28-1 y 15-12-95), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige, como ha dicho la STS 29-4-97, una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa, precisando la STS 29-4-99, que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, y que la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y ésta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

La jurisprudencia del tribunal Constitucional viene fijando unas pautas de valoración o criterios orientativos (STS 19-07-2007, por ejemplo), que pueden ser tenidos en cuenta al examinar la credibilidad del testimonio (y que permiten al órgano enjuiciador expresar, a lo largo de su razonamiento sobre la prueba, aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos (doctrina, en general, aplicable a cualquier testifical):

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado-víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda;

2º) verosimilitud, esto es, el testimonio ha de estar corroborado por determinados datos objetivos que lo doten de aptitud probatoria;

3º) persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural, y sin ambigüedades, ni contradicciones⁹.

⁹Detallada recopilación se lee en la STS 9-2-2004: "...Las Sentencias 715/2003, de 16 de mayo, y 1222/2003, de 29 de septiembre, señalan que, para verificar los controles de credibilidad de la declaración de la víctima de abusos sexuales, esta Sala tiene una abundante jurisprudencia que marca de forma orientativa cuáles son los parámetros que debe manejar el juez penal, cuando se enfrenta a un testimonio de esas características. Entre otras, en sentencias de 21 de septiembre de 2000 y de 5 de mayo de 2003, viene declarando de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril, 5 y 11 de mayo de 1994, entre otras muchas). Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantes de su veracidad, que como señala la Sentencia de 19 de febrero de 2000, son: A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes: a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (en el caso de menores), y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades. b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994). B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone: a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraría a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado, no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera. C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone: a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones" (Sentencia de 18 de junio de 1998). b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes. Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba, sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan...".

Matiza la anteriormente indicada STS 673/2007, que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos de modo que tengan que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, añade la STS. 19.3.2003, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor u víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas, que aún teniendo esas características tienen solidez firmeza y veracidad objetiva.

11. Testigo deficiente mental

El Código Procesal Penal no tiene ninguna previsión al respecto. Sólo contiene regulación del supuesto de imposibilidad física de comparecer en cuyo caso se prevé la declaración en su domicilio o lugar en que se encuentre (artículo 193 CPP).

NO obstante, se plantea el problema del valor y eficacia de la declaración de un apersona de la que se sospecha o se tiene la constancia de su deficiencia mental. En este particular, realizaré la exposición tomando como base la doctrina jurisprudencial española, que sí ha abordado la cuestión y cuyas reflexiones pueden ser de plena aplicación al sistema de El Salvador, en cuanto ambos órdenes jurídicos comparten el mismo sistema de valoración de la pruebas.

El Tribunal Supremo español viene declarando el TS (SSTS 4-2-91; 6-4-92¹⁰; 24-1, 4 y 8-2-93; 24-1-94), que "en el

¹⁰ Señala con amplitud esta STS. 6-4-1992: "...Como norma general dentro del Derecho procesal, testigo es toda persona física dotada de capacidad de percepción y dar razón de tal percepción. Es al tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible, en tanto que narra hechos y no formula valoraciones sobre ellos. De ahí que sea preciso que como primera nota para la atendibilidad de tal prueba sea necesaria una determinada capacidad informativa: la denominada en materia procesal civil capacidad natural. Así, la normativa civil en cuanto establece (art. 1.246.3.º del Código Civil) tal incapacidad natural por razón de edad en el límite inferior a los catorce años ha sido justamente criticada por la más reciente y autorizada doctrina científica española, estimando con razón que este límite de edad no puede considerarse significativo en orden a que quien declare tenga capacidad para transmitir sus percepciones, añadiéndose que "capaces naturales para testificar pueden ser bastantes menores de catorce años y no ser algunos mayores de esa edad". En cuanto a los dementes, el coeficiente aludido no permite tampoco configurar la oligofrenia como integrada en esta categoría. En la normativa procesal penal española, a diferencia de la civil, cabe destacar varias notas: Primero.- No se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo (el art. 417.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se limita a enunciar que "no podrán ser obligados a declarar como testigos lo que es algo distinto). Segundo.- El art. 433 de la

proceso penal -por lo general y excepto determinados delitos- basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión no da cuenta o informa con un lenguaje elaborador ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente los hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del Tribunal de instancia en base a la inmediación". Añadió la STS. 4-7-1995, (citada por la STS. 788/2005, de 14-06) que "el deficiente mental carece de la capacidad de expresión de otras personas, pero puede transmitir vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio". Por otro lado, la STS. 935/2005, de 15-7, resalta como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de menores de edad y de deficientes mentales, la prueba pericial psicológica practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, con la advertencia, al mismo tiempo, que no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión.

misma Ley distingue entre el interrogatorio de un púber y de un impúber, con terminología absolutamente obsoleta pero significativa, al igual que el art. 442 de la misma establece un régimen significativo de diferencia con respecto al art. 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tercero.- Finalmente, la singular naturaleza de uno y otro proceso impone un tratamiento distinto a la hora de valorar la prueba. Mientras con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal -también por lo general y excepto determinados tipos delictivos basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del Tribunal de instancia en base a la inmediación sin que quepa -se insiste- a este Tribunal proceder a un nuevo análisis de la prueba. En un tipo delictivo como el objeto de acusación y posterior condena resulta obvio que puede ser atendido como prueba de cargo bastante el testimonio del deficiente mental en las expresadas condiciones individualizadas y por ello el recurso debe ser desestimado...".

En relación con los supuestos de demencia sobrevenida, en España es posible la introducción de la declaración sumarial al juicio mediante su lectura, por admitirlo el artículo 730 de la LECRIM. En El Salvador sería posible si la declaración ha sido prestada conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles (artículo 330.1 en relación con el artículo 270 CPP), es decir, con citación de todas las partes y del Abogado defensor y plena intervención de éstas ejercitando las facultades que confiere la Ley en el desarrollo de las audiencias.

12. Testigo policía

El policía es un testigo más y su declaración debe ser valorada con arreglo a los principios de la sana crítica. Sus manifestaciones no tienen carácter privilegiado, ni gozan de presunción de veracidad. Ninguna norma procesal permite afirmar lo contrario.

El problema de la declaración policial es si es admisible la testifical de referencia respecto de lo que las personas investigadas hayan dicho en el acta de declaración. Piénsese en el caso de un acusado que reconoció los hechos ante la policía y que luego, en fase instructora y en el juicio, lo niega. Se suscita que validez tiene el acta policial de reconocimiento y qué valor tiene la testifical del agente policial que presencié el hecho.

Sobre esta cuestión existe en el CPP un precepto curioso que parece dar validez a este testimonio de referencia, salvo cuando éste es prestado por autoridad administrativa.

A ello se refiere el artículo 222 del CPP, en el que se dispone lo siguiente:

Art. 222.- La confesión de un imputado sobre su participación en un hecho delictivo, que no sea rendida ante el juez competente, será apreciada como prueba, si reúne los requisitos siguientes:

- 1) Si la misma guardare concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible;
- 2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieran fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares; y,

3) Si él o los testigos dieran fe que el imputado, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral.

La confesión ante autoridad administrativa podrá ser apreciada como prueba si además de los requisitos establecidos en este artículo, fuere rendida con asistencia de defensor.

El agente de policía puede dar testimonio del hecho de la declaración y de las condiciones de su desarrollo (p.e. ausencia de malos tratos, presencia de Letrado etc.) y también de su contenido, pero en este caso su declaración carece de relevancia, salvo cuando esté presente el Abogado del imputado. En este caso, dispone la ley que la confesión del imputado podrá ser apreciada como prueba en tanto que la presencia del Letrado y su firma convalida la validez del acta, siempre que el propio agente u otras pruebas evidencian su incorrección o inveracidad.

13. Testigo fallecido, en ignorado paradero y en el extranjero.

Al igual que ocurre con la demencia mental sobrevenida, este tipo de testimonios pueden ser introducidos en el juicio mediante lectura si han sido prestados conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles (artículo 330.1 en relación con el artículo 270 CPP), es decir, con citación de todas las partes y del Abogado defensor y plena intervención de éstas ejercitando las facultades que confiere la Ley en el desarrollo de las audiencias.

El CPP sólo contiene una previsión respecto a la posible incomparecencia de testigos arbitrando un sistema de apersonamiento anticipado, que podría completarse con el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 270 cuando se prevea que el testigo puede fallecer o se irá al extranjero y no volverá al tiempo del juicio.

Dicho precepto establece lo siguiente:

Apersonamiento Anticipado

Art. 190.- Cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente, se ordenará su apersonamiento anticipado por medio de la seguridad pública para que quede a disposición del juez o tribunal. Esta medida sólo

durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no excederá de veinticuatro horas.

TEMA II

LA PRUEBA PERICIAL

TEMA II

LA PRUEBA PERICIAL

1 Consideraciones generales

En palabras de GOMEZ ORBANEJA ¹¹ "los peritos son personas con conocimientos especializados (científicos, artísticos o prácticos) llamados al proceso para aportar las -máximas de experiencia- que el Juez no posee o no puede poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de hechos concretos objeto de debate". Este concepto es recogido por el vigente Código Procesal que en su artículo 195 CPP dispone lo siguiente:

"El Juez o Tribunal ordenará peritajes, cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. En caso de muerte violenta, súbita o sospechosa de criminalidad, se practicará de inmediato la autopsia a través del Instituto de Medicina Legal".

El perito cuando realiza su informe por un lado percibe determinados hechos que constituyen el campo de su observación y, por otro, aporta sus conocimientos técnicos que sirven, bien para observar los hechos, bien para apreciarlos y valorarlos. En la medida en que el perito percibe los hechos objeto de controversia se convierte también en testigo de los mismos. El perito puede observar los hechos después que el Juez una vez recibido el encargo. Puede también observar los hechos junto con el Juez, como ocurre por ejemplo cuando acude a la diligencia de levantamiento de cadáver, en cuyo caso sus manifestaciones y el contenido de su informe servirán para acreditar los hechos observados durante la inspección judicial y puede, por último, que los hechos hayan sido observados

¹¹ GOMEZ ORBANEJA, EMILIO y HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Madrid, 1979.

exclusivamente por él, en cuyo caso sólo el perito podrá dar cuenta y testificar sobre los mismos.

El CPP regula el procedimiento pericial en general y se refiere a la importancia de este medio de prueba al referirse a este medio de prueba en el precepto que abre y preside el capítulo destinado a la prueba. En el párrafo segundo del artículo 162 CPP se afirma lo siguiente:

"los jueces darán especial importancia a los medios de prueba científica, pudiendo asesorarse por especialistas, si ellos no lo fueren, para decidir sobre las diligencias de investigación que deban encomendar al fiscal o sobre la práctica de actos de prueba definitivos o irreproducibles, práctica de prueba para mejor proveer y para reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios".

Además en regula y destaca determinados peritajes especialmente relevantes en materia criminal. Así en el artículo 169 CPP se refiere a la práctica de la autopsia y en el artículo 171 CPP se abre la puerta a la investigación científica de los delitos posibilitando la práctica de todo tipo de pericias que el estado de la ciencia admita. En dicho precepto se dispone que

"para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, y en cualquier caso cuando sea conveniente, se podrán ordenar operaciones técnicas y científicas convenientes, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X y las demás disponibles por la ciencia y la técnica"

En relación con el objeto, el artículo 202 del CPP dispone que

"El juez o tribunal formulará las cuestiones objeto del peritaje, fijará el plazo en que ha de realizarse el peritaje y pondrá a disposición de los peritos las actuaciones y elementos necesarios para cumplir el acto".

Esta prescripción legal resulta esencial para el desarrollo del proceso y conviene que sea observada escrupulosamente. En la resolución judicial que acuerde la pericia o, en su caso, mediante instrucciones verbales adicionales, se debe informar al perito de forma clara sobre el objeto de su trabajo.

Conviene, por último, destacar que una adecuada técnica en la elaboración de la pericia exige que el perito forense

conozca con precisión el objeto de su informe y en función del mismo determine con claridad las consecuencias de sus observaciones. Las deficiencias en este cometido conducirán en muchas ocasiones a la necesidad de una ampliación de la pericia o a la impugnación del informe, con los inconvenientes que ello conlleva.

El CPP es muy cuidadoso en esta materia y precisa cuál deba ser el contenido del informe pericial. El artículo 206 CPP dispone lo siguiente:

"El dictamen pericial se expedirá por escrito o se hará constar en acta, y contendrá en cuanto sea posible: 1) La descripción de la persona, objeto, sustancia o hecho examinado, tal como han sido observados; 2) Una relación detallada de las operaciones, de su resultado y la fecha en que se practicaron; 3) Las observaciones de los consultores técnicos; y 4) Las conclusiones que formulen los peritos.

Al igual que ocurre con el resto de las actividades de la Administración de Justicia, el trabajo que realizan los peritos está condicionado por numerosas y muy importantes deficiencias lo que conduce, en muchas ocasiones, a la realización de peritajes también deficientes al menos en su presentación formal, cuestión sobre la que todos los profesionales habrán de estar especialmente atentos para superar las deficiencias.

2 Práctica de la prueba pericial

La pericia puede haber sido realizada extrajudicialmente incorporándose al proceso mediante el correspondiente documento, ulteriormente ratificado. Pero en lo que interesa al objeto de este estudio, la pericia podrá ser realizada durante la instrucción o en el acto del juicio oral.

La Ley procesal penal contiene una regulación más extensa y detallada de la pericial practicada en la instrucción que la practicada en el juicio oral, hasta el punto de que cuando la pericial ha de realizarse en juicio donde, como es lógico, se prevé exclusivamente el acto de ratificación.

La prueba pericial realizada durante la instrucción puede ejecutarse, según los casos, bajo el principio de contradicción, entendida como posibilidad de que las partes propongan perito, o puede realizarse prescindiendo de ese principio, tal y como ocurre con el artículo 169 CPP en el que expresamente se dispone que "la autopsia la practicarán únicamente médicos forenses". En cualquier supuesto la contradicción procesal debe estar presente en otra vertiente. Los peritajes requieren su introducción en juicio mediante la ratificación, salvo excepciones,

permitiéndose a las partes que impugnen el dictamen, lo contradigan y sometan al perito a cuantas aclaraciones sean precisas para conocer y valorar la suficiencia y corrección del dictamen. La razón de ello es que por prueba sólo puede entenderse la realizada en el plenario de forma contradictoria y no existe justificación alguna para excluir de este principio a la pericial.

Merece destacar la existencia de una figura intermedia entre el asesor legal y el perito, regulada en el artículo 117 CP, que tiene como finalidad asesorar al Letrado y al Tribunal sobre la pericia, por más que no sea perito y sea un consultor de la parte. Dicho consultor, designado como un perito, podrá presenciar las operaciones periciales y hacer observaciones al informe pericial, sin emitir dictamen. El citado precepto establece lo siguiente:

Art. 117.- Si por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al juez o tribunal, quien lo designará según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, sin que por ello asuman tal carácter. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrán acompañar a la parte con quien colaboran y auxiliarla en los actos propios de su función.

El procedimiento pericial, dejando al margen las cualidades e incompatibilidades de los peritos (artículos 196 a 199 CPP) se regula en los artículos 200 a 206 CPP en los siguientes términos:

Nombramiento y Notificación

Art. 200.- El juez o tribunal designará un perito, salvo que estime necesario nombrar otros. La realización de la pericia será notificada a las partes con la indicación de los puntos de pericia y del nombre del perito.

Facultad de Proponer

Art. 201.- En el término de tres días a partir de la notificación, las partes podrán proponer a su costa otro perito, sin perjuicio de la participación de los consultores técnicos.

También podrán proponer puntos de pericia distintos u objetar los propuestos por el juez o tribunal. Este resolverá de inmediato, sin recurso alguno.

Dirección del Peritaje

Art. 202.- El juez o tribunal formulará las cuestiones objeto del peritaje, fijará el plazo en que ha de realizarse el peritaje y pondrá a disposición de los peritos las actuaciones y elementos necesarios para cumplir el acto.

Conservación de Objetos

Art. 203.- Tanto el juez o tribunal como los peritos procurarán que los objetos a examinar sean en lo posible conservados, de modo que el peritaje pueda repetirse. Si es necesario destruir o alterar los objetos o sustancias a analizarse o existe discrepancia sobre el modo de realizar las operaciones, los peritos informarán al juez antes de proceder.

Ejecución

Art. 204.- Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán conjuntamente el examen y deliberarán en sesión conjunta a la que podrán asistir los consultores técnicos, las partes y quien designe el juez o tribunal.

Peritos Nuevos

Art. 205.- Si los informes discrepan en puntos fundamentales, el juez o tribunal podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que evalúen las conclusiones y, si es necesario, realicen otra vez el peritaje.

Dictamen

Art. 206.- El dictamen pericial se expedirá por escrito o se hará constar en acta, y contendrá en cuanto sea posible: 1) La descripción de la persona, objeto, sustancia o hecho examinado, tal como han sido observados; 2) Una relación detallada de las operaciones, de su resultado y la fecha en que se practicaron; 3) Las observaciones de los consultores técnicos; y 4) Las conclusiones que formulen los peritos.

Merece la pena destacar el artículo 167 del CPP referido a las inspecciones y pericias corporales. Dicho precepto establece lo siguiente:

"Si en el curso de una investigación ya iniciada el Fiscal estima necesario realizar una inspección en el cuerpo del imputado, someterlo a la extracción de muestras de sangre u otros fluidos corporales, ponerse o quitarse ropa u otros medios de prueba útiles para la

investigación, por presumir que puedan existir elementos de prueba o indicios, solicitará autorización al Juez para realizarla mediante el mecanismo previsto en este Código para los actos definitivos e irreproducibles”.

En esta diligencia pueden advertirse dos momentos: La extracción corporal y la posterior pericia. En el acto de la intervención corporal rige la normativa sobre actos definitivos y reproducibles establecida en el artículo 270 CPP, pero las periciales posteriores que se deriven de la intervención corporal están sujetas a las normas ordinarias sobre la prueba pericial.

3 Valor probatorio de la prueba pericial

Para indagar sobre el valor probatorio de los informes periciales debe partirse necesariamente del principio de presunción de inocencia, que ha supuesto un giro notable en el entendimiento del proceso penal y, como no, en la práctica procesal.

La presunción de inocencia supone que sin la existencia de una prueba de cargo suficiente, realizada en el juicio y con las oportunas garantías, nadie puede ser condenado penalmente¹².

El juicio, como momento procesal en el que se garantizan los principios de publicidad, contradicción, inmediación e igualdad, es el acto central del proceso y en él deben practicarse las pruebas, de ahí que se relativice el valor de lo actuado durante la instrucción, a diferencia de lo que ocurría en momentos históricos previos en que se tendía a sobrevalorar esa fase procesal. Buena prueba de ello se encuentra en el artículo 276 CPP en el que se afirma que

¹² El principio de presunción de inocencia, según se infiere de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sentencia 138/1992 de 13 de Octubre “comporta en el orden penal al menos las cuatro siguientes exigencias: 1ª, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos; 2ª, sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3ª, de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible, y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; y 4ª, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración”.

"sólo los actos irreproducibles realizados conforme las reglas previstas en este Código, o aquellas actas cuya lectura en la vista publica esté permitida tendrán valor para probar los hechos en el juicio, las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor"¹³

Para que el informe pericial tenga valor probatorio como tal se precisa que sea ratificado en juicio, por aplicación del tantas veces comentado principio de presunción de inocencia.

En países donde los institutos forenses están muy extendidos se plantea el problema práctico de si es necesario en todo caso el acto de ratificación, especialmente cuando el informe no es impugnado por las partes en los escritos de calificación. La cuestión no es baladí debido a que este tipo de instituciones están centralizadas y realizan cientos de informes, resultando complicado y muy costoso que los peritos se desplacen a todos y cada uno de los Tribunales a ratificar sus informes, cuando en muchas ocasiones nadie tiene interés alguno en la comparecencia de los peritos. El Código Procesal Penal de El Salvador nada dispone al respecto y convendría que una futura reforma legislativa abordara la cuestión, estableciendo excepciones a la necesidad de ratificación cuando no se impugnan los informes periciales. Esta doctrina jurisprudencial plantea dos interrogantes: Por un lado, que se entiende por impugnación y, por otro, qué valor probatorio ha de darse al informe pericial no ratificado y que debió serlo.

El segundo interrogante que plantea la ratificación es qué valor probatorio ha de darse al informe pericial que pudo y debió ser ratificado en juicio, pero que no lo fue por negligencia de la acusación. La respuesta a esta pregunta no puede ser otra que negar toda eficacia probatoria al

¹³ Sin carácter exhaustivo, son actas propias de la instrucción las siguientes: Acta de inspección ocular (164 CPP), acta de extracción de muestras corporales (167 CPP), acta de identificación y traslado del cadáver (168 CPP), acta de reconstrucción del hecho (170 CPP), acta de registro y allanamiento de morada (175 CPP), acta de requisa personal (178 CPP), acta de registro de vehículos y bienes muebles (178-A CPP), acta de orden de secuestro (180 CPP), acta de devolución de efectos (184 CPP), acta relativa a delitos contra la propiedad intelectual (184-A CPP), declaración mediante informe de representantes diplomáticos (192 CPP), declaración de agentes encubiertos (192-A CPP), informe de autopsia del Instituto de Medicina legal (195 CPP), acta de cotejo de documentos (207 CPP), acta de reconocimiento (213 CPP).

informe no ratificado. Existirá en autos un documento que no podrá ser objeto de valoración como prueba de cargo al no haberse introducido en juicio con observancia de garantías de relevancia constitucional, como es el respeto al principio de contradicción procesal. Ello no significa que la cuestión objeto de estudio pericial no pueda ser acreditada a través de otros medios de prueba, ni tampoco que, debido a la ineficacia de un informe pericial, deban ser acogidos positivamente cualesquiera otros informes introducidos adecuadamente en el proceso. El Tribunal seguirá siendo libre de valorar la eficacia probatoria de esos otros informes en atención a su propia idoneidad técnica, a las condiciones subjetivas de su autor y de acuerdo con el principio de valoración conjunta de toda la prueba.

La valoración de la prueba en el juicio oral requiere dos presupuestos: Uno de forma, que se haya realizado en el juicio oral bien en su integridad, bien mediante su reproducción formal y otro material, la corrección material de la prueba, lo que, en palabras de PALACIOS CRIADO y CALDERON CERREZO¹⁴ entraña un "control sobre su racionalidad".

A diferencia de lo que ocurre en materia civil en el que se disponen algunas reglas sobre valoración de determinados medios de prueba (prueba tasada) en el proceso penal rige el principio de libre valoración. El artículo 162 CPP dispone que

"los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Como señalan los autores antes citados, el principio de libre valoración probatoria podría entrar en colisión con la propia estructura y necesidad de la prueba pericial, ya que, por definición, el Tribunal precisa de los peritos porque carece de unos determinados conocimientos técnicos y difícilmente puede someter a crítica tales conocimientos. Siguiendo esta línea argumental se ha sostenido a veces que el resultado de la prueba pericial debiera vincular al Tribunal. Sin embargo, es doctrina consolidada no sólo por disposición expresa de la Ley sino por coincidencia general de los juristas que el Tribunal es libre de valorar la prueba pericial al igual que lo es para valorar cualquier otra prueba.

¹⁴ PALACIOS CRIADO, MARIA TERESA y CALDERON CERREZO, ANGEL. Práctica y valoración de la prueba pericial en el juicio oral. Recopilación de ponencias y comunicaciones de los Planes Provinciales y Territoriales de formación del año 1992. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Madrid 1993.

Para entender esta general coincidencia ha de considerarse que en ocasiones hay varias periciales sobre el mismo objeto no coincidentes por lo que el Tribunal, debe realizar una valoración crítica de los distintos dictámenes aunque le cueste por carecer de conocimientos técnicos precisos sobre la cuestión; que, a veces, los resultados de un informe pericial, por más que esté técnicamente bien concebido, entra en contradicción con las restantes pruebas ya que, por ejemplo, puede dar por válido determinado supuesto de hecho que no coincide con la declaración de los testigos; por otra parte, debe analizarse por el Tribunal la idoneidad subjetiva de los peritos, ya que pueden tener algún vínculo, aunque sea remoto, con las partes que condiciona su neutralidad, y debe, por último, analizarse la corrección técnica, valorando el método de trabajo seguido por el perito, la claridad de las conclusiones y si éstas se avienen bien a un análisis desde el sentido común (sana crítica en palabras tradicionales de nuestras leyes procesales).

La sentencia debe motivar esta valoración crítica. A nadie se escapa que resulta especialmente complejo para un Juez criticar e incluso contradecir las conclusiones de un dictamen pericial, caso de que éste verdaderamente contenga un análisis científico. Sin embargo, limitar el poder de valoración del Tribunal contradice frontalmente el principio de independencia propio del poder judicial. Como señala el Tribunal Constitucional Español en sentencia de de 26-9-90 "los peritos son terceros que prestan su colaboración al Tribunal informando: Ilustran pero no vinculan. El Juez extraerá las consecuencias que procedan motivadamente".

La motivación ¹⁵ incluye no sólo la fundamentación jurídica del conflicto sino los razonamientos sobre la valoración de la prueba, proscribiéndose los razonamientos absurdos o arbitrarios. Por ello, caso de que la sentencia contenga razonamientos de tal naturaleza, la corrección habrá de venir por vía de recurso

Precisamente la importancia de las pruebas periciales ha sido objeto de estudio a los efectos de fundamentar la casación. Según el artículo 362 CPP procede la casación

¹⁵ Por todas, se cita la STC 165/1993 de 18 de Mayo en la que se afirma: "Reiteradamente hemos señalado que la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento jurídico (SSTC 75/1998, 199/1991, 34/1992 y 49/1992, entre otra muchas). Por ello se considera que -una sentencia que nada explique, ni que pueda inferirse tampoco cuales sean las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una resolución que no sólo viola la Ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución- (STC 116/1986)".

cuando la sentencia "se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente a juicio" y, especialmente y a los efectos que ahora interesan, "cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo".

El deber de motivación es exigible cuando se admiten las conclusiones de un informe pericial y más exigible aún cuando el Tribunal se aparta de las conclusiones del informe pericial cuando sea único. Tiene que expresar los datos de hecho o los razonamientos por los que desestima el informe. No es que el informe le vincula sino que, existiendo el informe y careciendo el Tribunal de competencia técnica, debe razonar por qué no lo asume.

En el caso de informes periciales contradictorios entre sí, no existe regla alguna que establezca en qué forma el Tribunal debe valorarlos, al igual que tampoco existe regla para hacer esa misma valoración respecto de testimonios no coincidentes. La referencia a la sana crítica o al sentido común es extraordinariamente amplia y no permite abordar el problema. Considero que hay varios parámetros fundamentales para resolver esta cuestión. Estos parámetros utilizados en conjunto y en función de las circunstancias concurrentes deben servir al Tribunal para resolver la cuestión y deben integrar la motivación de la resolución judicial.

1.- La *imparcialidad* del perito, que constituye una circunstancia subjetiva de influencia muy notoria cuando existen informes contradictorios articulados razonablemente. La imparcialidad, el nombramiento oficial, la falta de vinculación con las partes presupone la consideración neutral del perito y la inexistencia de prejuicios que condicionen el análisis técnico del problema.

2.- El *rigor del método* seguido por el perito. Ya dijimos que el informe pericial debe contener necesariamente la descripción de las operaciones practicadas. En el acto del juicio el Tribunal debe valorar qué método ha seguido cada perito en función de la materia de estudio y así es muy conveniente determinar en el informe estos datos pues pondrán en evidencia su calidad técnica.

Debe también valorar las fuentes de conocimiento que tengan los peritos (no es lo mismo un dictamen derivado del examen directo de la persona que el basado, por ejemplo, en la documentación clínica que puede ser incompleta o deficiente).

3.- La *especialidad* del técnico también es un dato a considerar. Es perfectamente posible que comparezca en juicio un experto médico en una materia muy específica que aporte al Tribunal unos conocimientos técnicos superiores y más precisos que los aportados por el Instituto de Medicina Legal o por el facultativo designado por el Tribunal, por más que pueda dudarse formalmente de su imparcialidad.

4.- La *coherencia interna* y la *solidez de las afirmaciones* del informe. Al igual que ocurre con las pruebas testificales, las contradicciones suelen ser un elemento determinante para reducir la influencia de una prueba, pues no debe olvidarse que el destinatario de la misma es el Juez, quien utiliza un razonamiento de sentido común y del que ha de lograrse su convencimiento. La persuasión es un elemento fundamental en conseguir ese convencimiento y las contradicciones o la falta de rotundidad en las conclusiones (que no la vehemencia) pueden ser factores determinantes para no conseguir esa finalidad. Precisamente la comparecencia en juicio es un factor determinante a estos efectos. Nada más lejano de la solidez y de la persuasión son las contestaciones evasivas, la falta de memoria, la duda sobre las conclusiones realizadas, el desconocimiento u olvido de detalles o de antecedentes y, en general, la falta de precisión.

TEMA III

LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES Y DE LAS PRUEBAS

1 Introducción

El vigente Código Procesal Penal (aprobado por Decreto 904/1996, de 4 de Diciembre) contiene una importante regulación de la nulidad de actuaciones en el proceso penal. La Ley distingue claramente dos ámbitos distintos de la nulidad: Por un lado, la nulidad de los actos procesales y, por otro, la nulidad de los medios o diligencias de prueba.

Sin embargo los actos de prueba son al propio tiempo actos procesales por lo que debe determinarse si la regulación de la nulidad de los actos procesales es aplicable en todo o en parte a la nulidad de la prueba y debe también determinarse si se trata de dos cuestiones radicalmente distintas y con un régimen diferenciado o si, por el contrario, son normas complementarias o de aplicación indistinta.

La cuestión es compleja pero antes de abordarla procede hacer una referencia descriptiva a las normas contenidas en el Código Procesal Penal.

2 Nulidad de los actos procesales

A esta cuestión el Código Procesal Penal (en adelante, CPP) dedica el Título VI del Libro Primero (disposiciones generales) con el siguiente título: "Nulidad". El CPP distingue entre nulidades absolutas y relativas. Pero antes de entrar a analizar las distintas clases de nulidades procesales conviene señalar que el artículo 223 del CPP establece el llamado principio de "conservación de los actos procesales", que viene a significar que la nulidad sólo será declarada cuando sea expresamente indispensable y sólo se extenderá a los actos estrictamente necesarios. Por tal razón el precepto citado establece que sólo se admiten las causas de nulidad establecidas en la ley y, aún en ese caso, sólo se declarará la nulidad cuando el

defecto no haya producido ni pueda producir perjuicio alguno a los derecho de la parte que la alega o en cuyo favor se haya establecido.

En concreto el artículo 223 dispone lo siguiente:

Art. 223.- "Ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley; y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que el defecto que la motivó no ha producido ni puede producir perjuicio o agravio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

La nulidad de un acto cuando sea declarada, invalidará sólo los actos posteriores que dependan de él, siempre que la invalidez sea indispensable para reparar el agravio de la parte que lo alega. Al declararla, el juez o el tribunal determinarán, además, a cuales actos anteriores o contemporáneos alcanzan la nulidad por conexión con el acto anulado; y ordenará, cuando fuere necesario y posible, la reposición de los actos anulados.

La declaratoria de nulidad no afectará la detención provisional, salvo que la nulidad afecte la fundamentación de esta medida cautelar".

a) Nulidad absoluta

Las nulidades absolutas son insubsanables y pueden declararse de oficio o a instancia de parte en cualquier fase del proceso (artículo 225). La nulidad es motivo suficiente para interponer y fundamentar un recurso de apelación y también un recurso de casación. En este último caso, para que una nulidad pueda fundar un recurso de casación se requiere haber reclamado previamente su subsanación o haber hecho protesta de recurrir en casación (artículos 418 y siguientes y 421). Por otra parte, la resolución judicial del Tribunal de Sentencia que declara la nulidad del proceso es también susceptible de apelación (artículo 417, párrafo 2°).

El artículo 224 del CPP establece las causas de nulidad absoluta en los siguientes términos:

Art. 224.- El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1) Cuando el juez carece de competencia por razón de la materia o por razón del territorio, en los términos

expresados por este Código, salvo las excepciones consignadas en este Código;

2) La falta de requerimiento del funcionario a quien corresponde darlo o del antejuicio respectivo en los procesos seguidos por delitos para los cuales la ley determina este requisito previo;

3) La falta de acusación o falta de capacidad para acusar en los delitos de acción privada, y la falta de solicitud de instancia particular en los delitos perseguibles por acción pública dependiente de instancia particular, salvo los casos de excepción que se expresan en este Código;

4) Cuando no se hubiere proveído de defensor al imputado detenido en los términos expresados en este Código;

5) Cuando se dicte sentencia sin someter el proceso al conocimiento del jurado conforme lo establecido en este Código, o cuando se dicte sentencia sometiendo el proceso al conocimiento del jurado en casos que este tribunal no es competente:

6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código;

En cuanto al efecto que produce la nulidad total de actuaciones, el artículo 224 en su inciso final dispone que

"Las nulidades absolutas comprendidas en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, producirán la invalidez de todo el proceso, sin embargo en el caso de antejuicio la nulidad sólo se decretará respecto de aquel que goza del mencionado privilegio constitucional si hubiesen más imputados procesados que no gozaren de dicho privilegio; y en los casos previstos en los numerales 4, 5, y 6, se invalidará el acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción y los que sean conexos con éstos, en tales casos deberán reponerse en la forma establecida en el artículo anterior.

b) Nulidad relativa

Las nulidades relativas son aquellas que afectan a actos o diligencias procesales concretas por falta de las formalidades en cada caso establecidas por la Ley. Pueden declararse de oficio o a petición de parte y están sujetas a un plazo perentorio o de caducidad para su invocación y resolución. En este caso para que prospere una petición de nulidad es necesario que se motive por quien la alega, salvo que se formule durante las audiencias, en cuyo caso

no es necesaria una motivación escrita. La nulidad relativa produce la nulidad del acto y de todos aquellos que dependan o se relacionen estrechamente con el acto nulo. En todo caso, las nulidades pueden ser subsanadas.

A esta cuestión se refieren los artículos 226 a 228 del CPP, que literalmente disponen lo siguiente:

Nulidades Relativas. Oportunidad

Art. 226.- La nulidad de los actos o diligencias judiciales por la falta de las formalidades que para ello se prescribe bajo pena de nulidad, podrá declararse de oficio o a petición de parte.

Las nulidades relativas sólo podrán ser opuestas, bajo pena de caducidad, en las oportunidades siguientes:

- 1) Las producidas durante los actos iniciales de investigación, en la audiencia inicial;
- 2) Las producidas en la instrucción formal, durante su desarrollo o en la audiencia preliminar;
- 3) Las producidas durante la audiencia preliminar, al inicio de la vista pública;
- 4) Inmediatamente después de producidas, las acaecidas durante la vista pública; y,
- 5) Dentro de las cuarenta y ocho horas, las producidas durante la tramitación de un recurso.

La petición de nulidad deberá ser motivada, bajo pena de inadmisibilidad y tramitarse según lo previsto para las excepciones, salvo que ella se interponga durante las audiencias, caso en el cual se resolverá de inmediato.

La fundamentación del pedido de nulidad durante las audiencias será verbal y el interesado podrá solicitar se deje constancia sucinta en el acta.

Efectos de las Nulidades Relativas

Art. 227.- La nulidad de un acto o diligencia judicial, cuando es declarada, vuelve nulos todos los actos consecutivos que dependan o se relacionen estrechamente con el acto nulo. Declarada la nulidad, se ordenará la reposición o ratificación de tales actos o diligencias.

Subsanación de Nulidades Relativas

Art. 228.- Las nulidades relativas quedarán subsanadas;

- 1) Cuando las partes no las opongan oportunamente;
- 2) Cuando quienes tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y,
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

Sin ánimo de agotar la cuestión, el CPP recoge en su articulado una serie de defectos procesales que determinan la nulidad (relativa) de actuaciones y que son los siguientes:

Art. 118.- En todos los actos procesales se usará el idioma castellano, bajo pena de nulidad, salvo los términos técnicos de uso corriente que no tengan equivalente.

Art. 119.- Salvo previsiones especiales, el acto será nulo si falta la firma del funcionario actuante o la del secretario o testigo de actuación.

Se fechará un acto con el lugar, hora, día, mes y año en que se cumpla. Si falta la fecha el acto será nulo, pero ésta sólo podrá ser declarada cuando aquélla, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no se pueda establecer con certeza.

Art. 121.- Cuando se requiera la prestación de juramento, el juez, o el presidente del tribunal o el funcionario a cargo del acto, lo recibirán, bajo pena de nulidad, después de instruir a quien ha de prestarlo, de las penas que la ley impone a la falsedad.

Art. 123.- Cuando un funcionario judicial u otro funcionario público ha de dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, levantará un acta en la forma prescrita por las disposiciones de este Capítulo.

Los secretarios serán los encargados de redactar las actas judiciales y carecerán de valor sin su firma. Las actas que levante el fiscal, llevarán la firma del funcionario que practica el acto.

El acta de la inspección del lugar del hecho, de un registro o requisa, llevará la firma del policía o funcionario a cargo del acto o registro. Con estas formalidades ella podrá ser incorporada por su lectura a la vista pública. (4)

Art. 130.- Es obligación del juzgador o tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones

tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación.

Art. 131.- Las sentencias y los autos serán suscritos por el juez o todos los jueces del tribunal que actúe; los decretos por el secretario o, en su caso, por el juez o el presidente del tribunal.

La falta de firma producirá la nulidad del acto, salvo disposición en contrario expresamente determinada por la ley.

Art. 151.- La notificación será nula:

- 1) Si ha existido error sobre la identidad de la persona notificada o sobre el lugar de la notificación;
- 2) Si la resolución ha sido notificada en forma incompleta;
- 3) Si en la diligencia no consta la fecha, o cuando corresponda, la entrega de la copia;
- 4) Si falta alguna de las firmas requeridas; y
- 5) Si existe disconformidad entre el original y la copia siempre que cause indefensión.

c) Nulidad que posibilita el acceso a la casación

El recurso de casación procede cuando se invoca la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal y cuando se ha producido un vicio del procedimiento. Parece lógico que no todo vicio pueda justificar la casación de la sentencia sino sólo aquellos sancionados con la nulidad. En todo caso, se requiere que se haya reclamado oportunamente la subsanación salvo que el vicio no sea subsanable.

Art. 421.- El recurso de casación procederá cuando la sentencia se basa en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los

casos de nulidad no subsanable, cuando se trata de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado.

Los vicios de nulidad de la sentencia o del veredicto del jurado son los siguientes:

Art. 362.- Los defectos de la sentencia que habilitan la casación, serán los siguientes:

- 1) Que el imputado no esté suficientemente identificado;
- 2) Que falte la enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación circunstanciada de aquél que el tribunal estimó acreditado;
- 3) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio;
- 4) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo, se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo;
- 5) Que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva;
- 6) Que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos en este Código;
- 7) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; y,
- 8) La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio.

Los demás defectos que existan serán subsanados por el tribunal de oficio o a petición de parte, en su oportunidad.

Art. 377.- Además de las causales de nulidad establecidas en este Código, el veredicto será nulo y así podrá ser declarado mediante el recurso de casación, en los casos siguientes:

- 1) Cuando no sea de la competencia del jurado;
 - 2) Cuando con posterioridad se compruebe que alguno de los jurados fue sobornado, presionado, no reunía los requisitos para ser jurado o estaba afectado por alguna incapacidad y ello era desconocido al momento de la selección;
 - 3) Cuando haya intervenido como jurado alguien no comprendido en la lista parcial respectiva, que no fue sorteado o hubo irregularidad en el sorteo;
 - 4) Cuando las instrucciones del juez sean de tal naturaleza que claramente hayan inducido a error al jurado o motivado en determinado sentido; y,
 - 5) Cuando falte la firma de alguno de los jurados.
- Declarada la nulidad se realizará el juicio nuevamente, y no podrán intervenir los jurados que votaron el veredicto nulo.

d) Irregularidades no invalidantes

Tal y como ya se ha dicho, sólo puede declararse un acto nulo cuando la Ley así lo disponga expresamente, por lo que todas aquellas irregularidades formales que se produzcan en los distintos actos judiciales que no lleven aparejada la nulidad serán, en principio, irrelevantes y no invalidarán el acto en cuestión, sin perjuicio del deber que a todos incumbe de respetar escrupulosamente las formalidades en cada establecidas.

e) Problemas interpretativos

Los artículos 15 y 162 del CPP están destinados a la prueba. En estos preceptos se indica qué es una prueba ilícita y qué valor probatorio tienen las pruebas lícitas e ilícitas, pero no se indica cómo se invoca la nulidad de las pruebas, en qué momento procesal y si esta nulidad es apreciable de oficio a requiere petición de parte. Tampoco se indica si la nulidad es subsanable, quien está legitimado para solicitarla y si tiene un plazo preclusivo para su formulación.

En cambio todas estas cuestiones se resuelven en las normas sobre nulidad de los actos procesales. Parece que se trata de dos regulaciones distintas, sin conexión, sin relación entre sí, pero todo acto de prueba es al final un acto

procesal en el sentido de que debe ser admitido, practicado de acuerdo con unas exigencias o presupuestos procesales y debe ser documentado e incorporado al proceso para su posterior valoración. Además en el artículo 224.6 se hace referencia y se declaran nulos los actos procesales que impliquen "inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código", por lo que también en la regulación de la nulidad de actuaciones se establece un sistema de protección de los derechos fundamentales cuya aplicación podría ser útil para el tratamiento de la nulidad de las pruebas.

En estas circunstancias estimo que las normas contenidas en los artículos 223 a 228 del Código Procesal Penal son aplicables a la nulidad de la prueba y debe hacerse una interpretación matizada y adaptada a cada uno de los tipos de nulidad.

Sin perjuicio de razonar más adelante mi posición, el resultado de la aplicación integradora de las normas sobre nulidad de actos procesales y nulidad de la prueba sería el siguiente:

a) A las pruebas nulas se les aplicaría las normas sobre nulidad absoluta (artículo 225): b) A las pruebas irregularmente incorporadas al proceso se les aplicará los efectos especiales previstos en el artículo 15 y c) A las pruebas que adolecen de nulidad relativa les será de aplicación el régimen de los artículos 226 a 228 del Código Procesal Penal.

La aplicación normativa propuesta plantea algunos interrogantes:

La nulidad de la prueba en el recurso de casación
Imaginemos una prueba radicalmente nula, como un allanamiento sin mandamiento judicial, fuera de los casos legalmente permitidos. Esa prueba es radicalmente nula e insubsanable. Según el esquema propuesto podría apreciarse de oficio en cualquier momento del proceso y ello plantea la hipótesis de si el Tribunal de Casación puede de oficio apreciar la nulidad de una prueba, aunque tal cuestión no se mencione como motivo de casación por la parte recurrente.

Si pensamos que a las pruebas, como acto procesal, les es de aplicación el artículo 226 CCP, que permite la anulación de oficio en cualquier momento procesal, podría darse la eventualidad de que el órgano de casación decretara de oficio la nulidad de una prueba (con los efectos

consiguientes) aún sin petición del recurrente. Esta situación no está prevista expresamente en el artículo 421CPP que regula la casación y que parece presuponer que todo motivo de casación debe ser invocado por la parte recurrente. En dicho precepto se dice que "cuando el precepto legal que se invoque como erróneamente aplicado constituya un defecto de procedimiento..." Es decir, en la casación no se prevé que el Tribunal pueda actuar de oficio. Ahora bien, si consideramos que la admisión de una prueba radicalmente nula por violación de los derechos fundamentales es un acto procesal de la máxima gravedad y trascendencia que lesiona los derechos fundamentales de una de las partes y viola el derecho a un proceso justo, no sería desproporcionado que el Tribunal de Casación actúe de oficio, restaurando la legalidad y dando plena protección al derecho fundamental violado.

El artículo 225 del CPP permite a la Corte Suprema hacer uso de esta prerrogativa por más que no esté prevista en la norma reguladora del recurso de casación. Piénsese, por otra parte, que en el sistema procesal de El Salvador no existe recurso de apelación, por lo que la casación debe cumplir la finalidad de revisión ordinaria de las sentencias dictadas en primera instancia.

Ahora bien, para que tal pronunciamiento no lesionara los derechos de las partes, por resolver ex novo de una cuestión no invocada por las partes y sobre la que no han tenido la posibilidad de defenderse, estimo que el Tribunal de Casación, si considera procedente declarar la nulidad radical de alguna o algunas pruebas, debe articular un trámite previo de alegaciones para no causar indefensión. Lo contrario supondría, a su vez, una nueva violación constitucional del derecho a al debido proceso.

Defectos procesales determinantes de nulidad relativa

En el presente trabajo se postula una aplicación integradora de las normas que estamos comentando y ello por tratar de dar una solución matizada a los distintos supuestos de irregularidad procesal. Ello nos lleva a considerar que existe un tipo de defectos que no son ni nulidad radical ni se les debe dar el tratamiento que el artículo 15 CPP otorga a las pruebas irregulares.

Pensemos, por ejemplo, en la situación que se produce cuando se omite recibir juramento a un testigo por error. Es una hipótesis que generalmente no se contempla en las sentencias que la Corte Suprema ha dictado en materia de nulidad de prueba pero que debe ser objeto de análisis,

porque en la práctica este tipo de irregularidades son frecuentes.

Se puede considerar que este tipo de deficiencias son supuestos de pruebas irregularmente incorporadas al proceso y que podrían ser valoradas como indicios. Sin embargo, creo que el artículo 15 está pensando en aquellas pruebas que se realizan durante la fase previa al juicio y han de completarse o ratificarse en el plenario. Por otra parte, la Ley sanciona este tipo de irregularidades de forma expresa (bajo pena de nulidad) por lo que tienen un régimen procesal propio que debe ser objeto de aplicación.

Por tanto, podríamos tratar tal irregularidad como un defecto formal no relevante, lo cual parece poco respetuoso con el contenido de la Ley (que establece la pena de nulidad). Podríamos considerar que tal ilicitud supone una vulneración del derecho constitucional a un "proceso justo", lo que supone una extensión indebida del principio constitucional o podríamos considerar que se trata de un acto procesal que adolece de nulidad relativa (artículo 227-228). En tal caso, el defecto en cuestión debería ser invocado inmediatamente por la parte perjudicada (226.4) ya que en otro caso, caducaría su derecho a reclamar, y también, caso de reclamación en tiempo oportuno, se podría reponer o repetir el acto solventando de esa forma la deficiencia. Parece que esta es una solución adecuada, es respetuosa con las normas que regulan el requisito formal omitido y tiene su justificación en la aplicación integrada de las normas sobre nulidad de prueba y nulidad de actos procesales.

Por tanto, los defectos procesales que pueden afectar a la prueba en el momento de su práctica son de dos tipos:

a) Prueba irregularmente incorporada al proceso, que se refiere fundamentalmente a los medios de prueba que se practican con anterioridad al juicio y que requieren de ciertas formalidades para su incorporación en él a fin de ser sometidos a los principios de contradicción e inmediación (allanamiento, inspecciones corporales etc.). Esta prueba, conforme a lo previsto en el artículo 15 del CPP es nula, sin perjuicio de que pueda ser valorada como indicio en conjunto con el resto del material probatorio

b) Irregularidades determinantes de nulidad relativa, que son todo el conjunto de requisitos establecidos en la Ley para la práctica de la prueba durante el juicio y sancionados en la misma con la pena de nulidad. Estas irregularidades, a diferencia del supuesto anterior, tienen

un plazo preclusivo de invocación, pueden ser repuestas o ratificadas y pueden ser objeto de subsanación.

En el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal esta normativa se ha simplificado y extraído del Título inicial, siendo incorporada en el Capítulo I, Título V, Libro I, relativo a las disposiciones generales sobre la prueba, con el siguiente contenido:

Artículo 175 del nuevo Código Procesal Penal. Decreto 733,

Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente inciso, los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, cuando corresponda

Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona; todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra actos de terrorismo, la Ley contra el Lavado del dinero y de activos, la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas y la Ley especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del Fiscal superior

Los elementos de prueba que no hayan sido incorporados con las formalidades prescritas por este Código, podrán ser valorados por el Juez

Artículo 176. *Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba establecido en este Código y, en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares, siempre que se respeten las garantías fundamentales de las personas consagradas en la Constitución y demás leyes”.*

Artículo 179. *Los jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este Código.*

COMENTARIO. Sin perjuicio de volver sobre esta cuestión más adelante, las novedades más significativas de la reforma, caso de que sea aprobada en el órgano legislativo, son las siguientes:

- Validez de la prueba irregular
- Ampliación de los medios de prueba a cualesquiera no prohibidos por la Ley, por más que no estén expresamente regulados en el Código Procesal Penal, en cuyo caso se aplicarán las normas correspondientes a pruebas similares
- Determinación más precisa de los delitos en los que se permite el uso de medios de investigación engañosos.

NOTA.- Desconozco si este proyecto está aún en trámite legislativo o si se ha abandonado la iniciativa para la reforma del Código Procesal Penal

3. La nulidad de la prueba

Los dos preceptos antes mencionados permiten establecer las siguientes categorías:

3.1 Posición de la jurisprudencia

a) Distinción por el momento de la ilegalidad: Prueba nula o ilícita y prueba irregular o ilegal

El artículo 15 CPP párrafo último permite distinguir entre prueba ilícita con nulidad radical, que se trataría de aquella que es nula en su origen, en la forma de su obtención, y prueba irregular que sería aquella obtenida correctamente pero cuya incorporación al proceso se ha producido con vulneración de algún precepto legal.

Por citar un ejemplo que puede servir para comprender la distinción, una prueba nula de origen o ilícita podría ser la obtención de la declaración del imputado mediante tortura o la concesión por el Juez de una orden de allanamiento cuando no existen indicios de la comisión de un delito. Ambos casos tienen en común que la obtención de la prueba se ha realizado de forma ilegal, por más que los actos procesales posteriores referentes a dicha prueba sean conformes a derecho. Piénsese en el allanamiento. En el caso expuesto, es posible que el allanamiento se realizara con presencia judicial, que estuvieran presentes las personas señaladas por la Ley, que se documentara en un acta perfectamente extendida y que fuera ratificada

posteriormente en el juicio. Sin embargo, tal prueba es ilícita en su origen porque en su adopción o realización originaria se vulneraron normas de obligado cumplimiento.

La Corte Suprema en sentencia 52-CAS-2006, de la Sala de lo Penal, reconoce esta distinción al afirmar: "la disposición en comento se erige como una garantía no sólo para evitar las arbitrariedades o ilegalidades de las decisiones judiciales, sino también para evitar la vulneración de los derechos fundamentales que pueden entrar en colisión con la adquisición de prueba; ya que el ejercicio de la actividad probatoria es limitado, pues de otro modo, no podrá surtir efectos dentro del proceso. Sin embargo, debe distinguirse la prueba "ilícita" de la prueba "ilegal". Dentro de la prueba tendría cabida la prueba viciada desde el inicio o ab origine, por serlo también la fuente de prueba; la prueba "ilegal" es aquella practicada con violación de las normas procesales que la regulan".

b) Distinción por el tipo de ilegalidad cometido: Prueba ilícita y prueba ilegal

Como bien puede comprenderse, la gravedad de la irregularidad cometida en el curso del procedimiento probatorio tiene que tener consecuencias. En todos los órdenes jurídicos se suelen distinguir distintos efectos para sancionar las variadas formas de ilicitud que pueden afectar a los actos jurídicos porque no todas tienen la misma trascendencia. No toda irregularidad formal debe llevar aparejada la máxima sanción. Y en el caso de la prueba suele ser la defensa de los derechos humanos la que establece un adecuado criterio de distinción en la ilegalidad de las pruebas.

En la sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema (489-CAS-2004) se distingue de nuevo entre prueba ilícita y prueba irregular con arreglo a lo siguiente: " sobre la censura casacional, esta Sala estima en cuanto al primer motivo, señalar qué se entiende por prueba ilícita y prueba irregular, la primera se refiere a cualquier información que se recopile dentro de una investigación o en el proceso penal con infracción o vulneración de los derechos individuales; por ello se le considera como prohibida y que, por lo tanto, es ilícita. Y la segunda, consiste en la obtención de información con infracción de alguna norma procesal que provoque indefensión, ni mucho menos la restricción ilegal de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos".

3.2 Clasificación de las ilicitudes de la prueba

Sin embargo, las dos clasificaciones anteriores, a mi juicio no agotan la cuestión, ni la resuelven completamente.

a) Parece que el artículo 15 del Código Procesal Penal está refiriéndose exclusivamente a dos momentos del proceso probatorio: La obtención o generación y de la prueba y su incorporación en el juicio. El primer momento no plantea problema. La generación de una orden de allanamiento se encuentra en la decisión judicial que la autoriza. El segundo momento (incorporación de de la prueba) plantea problemas ya que parece que el artículo 15 se está refiriendo a aquellas pruebas que generadas durante la instrucción (allanamiento o intervención corporal) requieren de actuaciones para ser introducidas en el juicio (ratificación). Sin embargo, hay pruebas que se generan y practican directamente en juicio (declaraciones testificales, por citar un ejemplo) y que no necesitan ser introducidas sino realizadas y que también pueden ser objeto de ilicitudes (falta de juramento).

b) Si a ello se añade que puede aplicarse a la nulidad de la prueba el tratamiento procesal establecido en los artículos 223 y siguientes del CPP relativos a la nulidad de los actos procesales y que en estos preceptos se distingue entre nulidad absoluta y relativa, que son categorías no coincidentes con las establecidas por la Ley para la nulidad de la prueba, podemos concluir que se hace un necesario un esfuerzo hermenéutico para tratar de establecer con ciertos márgenes de seguridad las distintas ilegalidades que pueden afectar a la prueba y al procedimiento probatorio y los efectos atribuibles a cada una de ellas.

Estimo, por tanto, que en función de estos criterios las pruebas contrarias a derecho (en sentido amplio) pueden encuadrarse en alguno de los cuatro siguientes supuestos:

a) Prueba nula o ilícita. Se trata de la prueba obtenida en su origen con violación de los derechos fundamentales. Produce la nulidad de dicha prueba y de las pruebas posteriores derivadas de la información obtenida con la prueba nula.

Ejemplo: Allanamiento sin autorización judicial, fuera de los casos permitidos en la Ley.

b) Prueba irregular o ilegal. En este caso la prueba se ha obtenido correctamente pero la violación procesal se comete en el momento de su incorporación al proceso. La violación procesal ha de suponer un quebranto del derecho a un justo

proceso y ha de producir indefensión a una de las partes. En tal caso, la prueba no es válida pero puede valorarse como indicio.

Ejemplos: Allanamiento realizado con todas las garantías legales cuya acta no aparece firmada por las personas que intervinieron en el mismo o informe pericial no ratificado por el perito en el acto del juicio.

c) Prueba que adolece de nulidad relativa. Se trata de aquella prueba que adolece de algún vicio procedimental, que no lesiona derechos fundamentales pero que está sancionada en la Ley con pena de nulidad. En este caso, la nulidad tiene un plazo preclusivo de alegación, puede ser repuesta o ratificada y es subsanable (art. 226-228 CPP)

Ejemplo: Declaración testifical en la que se omite recibir juramento al testigo.

d) Irregularidades no determinantes de nulidad. Existen infracciones de las leyes procesales que, por más que no deban ser realizadas, no producen efecto alguno sobre la validez de la prueba debido a que no lesionan derechos fundamentales, no provocan indefensión y tampoco están sancionadas con la nulidad. Se trata de vicios procesales sin sanción o cuya sanción es exigible fuera del procedimiento mediante el ejercicio de las correspondientes acciones civiles, penales o administrativas frente al infractor.

Ejemplo: Allanamiento en el que los funcionarios policiales lesionan innecesariamente los derechos de propiedad del investigado.

Ciertamente puede haber lesión del derecho de propiedad pero no se lesionan derechos fundamentales vinculados al derecho a un proceso justo. Los daños innecesariamente causados deberán ser objeto de reparación, pero la inadecuada actuación policial no conlleva una vulneración de las garantías procesales, de ahí que tal actuación, desde la perspectiva procesal que contemplamos, no sea punible.

4. Prueba nula o ilícita

Según el artículo 15 del Código Procesal Penal , carecerán de valor no sólo las pruebas que se obtengan por un procedimiento ilícito (prueba nula directa) sino también las pruebas realizadas e incorporadas lícitamente al proceso que tengan su origen en una información obtenida

ilícitamente (prueba indirecta, refleja o derivada de una prueba nula).

Se excluyen de este principio general

- las prueba obtenidas con buena fe
- las pruebas obtenidas mediante hallazgo inevitable
- las pruebas obtenidas de fuente independiente
- las pruebas obtenidas por agente encubierto
- las pruebas obtenidas mediante la incitación o provocación al delito.

Las excepciones serán analizadas más adelante. Ahora debe concretar el concepto de ilicitud porque el Código Procesal Penal no es muy preciso y veremos que esta es una cuestión capital. El concepto de ilicitud es muy amplio. La ilicitud es una categoría general del derecho que atiende o describe todo acto o comportamiento contrario a una norma. Sin embargo, para determinar la nulidad de una prueba y, con más razón, para establecer como sanción que la prueba nula y las pruebas derivadas de ésta sean también declaradas nulas, se requiere aquilatar el concepto y determinar dentro del amplio abanico de posibles infracciones, cuáles son de suficiente entidad como para acarrear una sanción de tanta importancia.

Parece que es el propio artículo 15 CPP el que en su párrafo 3° señala expresamente los supuestos de ilicitud que conllevan la declaración de nulidad radical. El citado precepto señala los siguientes: El tormento, los malos tratos, las coacciones, las amenazas, los engaños y cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad y cualquier medio que viole los derechos fundamentales de la persona. Por mi parte, me permito incluir, además, el delito como forma de obtención de las pruebas. Veamos con detenimiento cada uno de estos supuestos.

4.1 causas de nulidad de la prueba

El tormento y otras formas de coacción y violencia. La norma parece estar referida al imputado, pero lo cierto es que puede referirse a cualquier persona que intervenga en el proceso como protagonista de un medio de prueba (testigos y peritos). Piénsese en las coacciones a un testigo o a un perito.

Cualquier medio que viole los derechos fundamentales de la persona

a) Derechos reconocidos en la Constitución. Esta mención nos obliga a profundizar qué derechos fundamentales son reconocidos en la Constitución, si la Constitución es el único instrumento jurídico que reconoce derechos fundamentales y, por último, cómo deben interpretarse los derechos fundamentales, porque la Constitución contiene unas principios muy genéricos que, en ocasiones, resulta difícil interpretar y extraer de ellos consecuencias prácticas.

Ya se ha dicho antes que el concepto de ilicitud es muy amplio y no está acotado o precisado en el artículo 15 del CPP. No toda ilicitud tiene que acarrear la nulidad de las pruebas y, mucho menos, la nulidad de cualquier otra prueba que se derive de la prueba nula. Ya vimos que en el derecho español y en el norteamericano, la exclusión de la prueba ilícita constituye un principio general sujeto a múltiples excepciones y fundamentalmente se establece para proteger los derechos de máximo nivel, es decir, los derechos reconocidos en la Constitución. Por lo tanto tenemos que hacer un esfuerzo para deslindar qué tipo de ilicitud justifica en el sistema procesal penal de El Salvador la aplicación del artículo 15.

Podemos encontrar la solución en el artículo 162 del CPP que es complementario del artículo 15 y en el que se define que es una prueba lícita. En dicho precepto se entiende como prueba lícita aquella que "respeta las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución y demás leyes". Por tanto, estimo que el régimen de nulidad del artículo 15 sólo es aplicable cuando exista una violación de las garantías o derechos fundamentales de las personas, pero se da la circunstancia de que estas garantías o derechos no están únicamente en la Constitución sino que pueden encontrarse en otras leyes como el Código Procesal Penal.

A este respecto es significativo que el Capítulo inicial del Libro I del Código Procesal Penal (artículos 1 a 18) se denomina "principios básicos y garantías constitucionales", por lo que en estos preceptos se establecen una serie de garantías del máximo rango normativo que complementan a la Constitución y que deben ser objeto de la máxima protección legal.

Todos los países vienen estableciendo un sistema de derechos fundamentales y utilizan para ello distintas técnicas. En los países anglosajones la jurisprudencia ha ido perfilando en cada caso qué contenido y consecuencias tiene cada derecho fundamental. En otros países como España, que tiene una Constitución más detallada y

completa, es la propia Constitución la que permite establecer el sistema de derechos fundamentales por más que el órgano de interpretación constitucional (Tribunal Constitucional) haya ido realizando una labor creadora definiendo a partir del texto constitucional el contenido y consecuencias de cada derecho fundamental.

En El Salvador se debe hacer lo mismo pero tomando en consideración no sólo la Constitución, que es muy limitada y deficiente técnicamente, sino el sistema de garantías que incorporan las leyes fundamentales y, en este caso, el Código Procesal Penal tiene una función esencial. Su capítulo inicial establece un sistema de garantías constitucionales que a todos los efectos deben ser tratados como si fuera la Constitución misma.

b) Derechos reconocidos en el capítulo inicial del Código Procesal Penal. Probablemente ante la dispersión y falta de precisión del texto constitucional el Legislador, en vez de modificar la Constitución, que siempre es una cuestión políticamente delicada y que no siempre se puede o se debe hacer, ha optado por reconocer las garantías básicas de un proceso penal moderno en el Código Procesal Penal y ha incluido en él un Capítulo inicial (artículos 1 a 18) en el que se recogen los principios y derechos fundamentales del sistema. Algunos derechos reconocidos en este Capítulo no son más que una mejor formulación técnica de derechos ya reconocidos en la Constitución (por ejemplo, la presunción de inocencia), pero hay otros derechos, garantías o principios que no están recogidos en la Constitución. Piénsese en la motivación de las resoluciones judiciales (artículo 3), en el principio *non bis in idem*, en las modulaciones del derecho de defensa contenidas en los artículos 9 y 10, en los plazos máximos de prisión o en el reconocimiento del principio o derecho del debido proceso (artículo 4). Todos estos principios o derechos están reconocidos en muchas constituciones y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por lo que estimo que son derechos de naturaleza constitucional (derechos de la persona, en la técnica utilizada por el artículo 15 CPP), en cuanto desarrollan o perfilan los derechos de la Constitución. Su violación debe dar lugar a la nulidad de las pruebas afectadas.

c) Derechos reconocidos a lo largo del texto del Código Procesal Penal Al margen del capítulo inicial, existe un conjunto de normas dispersas por el Código Procesal Penal que se refieren a cada tipo de prueba o a distintos actos o trámites procesales (bien en la fase de investigación, bien en la fase de juicio) y debe analizarse si este conjunto de

normas forman parte del sistema de garantías y si su incumplimiento conlleva la nulidad de la prueba afectada.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de autorización judicial para llevar a efecto una intervención corporal (artículo 167 CPP) en la necesidad de que "haya motivo suficiente para presumir la existencia de objetos o personas relacionadas con un delito" para acordar judicialmente un allanamiento de un domicilio particular (artículo 173 CPP).

Conviene recordar que es la jurisprudencia constitucional la que va dotando de contenido a cada derecho constitucional. La Constitución o el Título inicial del CPP reconocen derechos mediante una formulación genérica que en sí poco o nada dice (derecho a un proceso justo, presunción de inocencia, publicidad del juicio, inviolabilidad de un domicilio, derecho a la intimidad y a la integridad corporal etc.) y es luego la Ley la que va conformando estos derechos junto con la jurisprudencia constitucional, que establece la forma adecuada de interpretación de las leyes reguladoras o limitadoras de los derechos fundamentales. Por tanto, los derechos fundamentales, en lo que ahora importa, tienen su desarrollo en las garantías que para cada tipo de prueba establece la Ley y el Juez debe hacer un doble análisis: a) Determinar si esa Ley respeta suficientemente el contenido esencial del derecho constitucional a que se refiera, ya que el Juez salvadoreño puede inaplicar cualquier Ley que crea contraria a la Constitución y b) Caso de estime que la norma es constitucional, debe interpretarla en el sentido más conforme a los principios constitucionales.

Por tanto, las garantías que se establecen a lo largo del Código Procesal Penal desarrollan principios constitucionales y pueden entenderse como garantías infra-constitucionales que conllevan también la nulidad de la prueba, caso de que no sean respetadas.

Ahora bien, tal y como ya se ha expuesto, no toda irregularidad debe producir la nulidad de la prueba. Dejando al margen el problema de las pruebas irregularmente incorporadas (que tienen unos efectos propios establecidos en la Ley), estimo que es el concepto "indefensión" el que nos puede servir para distinguir las distintas ilicitudes que pueden afectar a la prueba a fin de establecer los efectos correspondientes.

Toda irregularidad procesal afecta, siquiera sea de forma remota, al derecho a un proceso justo y con todas las garantías, pero sólo deben dar lugar a la nulidad aquellas

irregularidades formales que afectan al núcleo básico del derecho afectado y que causen a la parte indefensión efectiva y real.

Siguiendo con el manido ejemplo del allanamiento, la decisión judicial de conceder el allanamiento es esencial y afecta al núcleo del derecho a la inviolabilidad del domicilio en tanto que este derecho sólo puede ser violentado por una decisión judicial y ésta tiene que ser respetuosa con los requisitos establecidos en la Ley. El Juez puede acordar la entrada en un domicilio, limitando el derecho de sus moradores, pero esta decisión no puede ser arbitraria sino respetuosa con la Ley que autoriza al Juez a realizar esa injerencia. Si analizamos, en cambio, el supuesto de la falta de juramento de un testigo durante el juicio y nos adentramos en valorar si esa deficiencia debe o no producir la nulidad de la prueba, podremos concluir que no existe afectación de derecho constitucional alguno, ni tampoco quebranto en lo esencial del derecho a un proceso justo. En este caso hay ciertamente el incumplimiento de una garantía procesal pensada para promover la veracidad de los testigos pero nada más. La formalidad del juramento nada garantiza y no es contrario a un proceso justo que el Juez pueda valorar ese testimonio dándole el valor que corresponda. Nada impide, además, que la Ley pueda convalidar el acto en ciertos casos o que éste sea repuesto o que el defecto advertido sólo pueda ser invocado por las partes en determinados momentos procesales. La irregularidad que comentamos, por más que deba ser respetada, es menos relevante que la mencionada en el supuesto anterior (requisitos de la autorización judicial del allanamiento) y debe tener un tratamiento procesal distinto.

Por tanto, si llegamos a la conclusión de que la deficiencia no causa indefensión material ni afecta al núcleo de un derecho fundamental habremos de considerar que la prueba no adolece de nulidad radical sino relativa o, incluso, que la deficiencia no es relevante desde la perspectiva procesal.

Pruebas obtenidas mediante delito. El artículo 15 CPP no menciona el "delito" como causa de nulidad de una prueba y ello nos obliga a plantearnos si podría estimarse como "ilícita" a los efectos que estamos comentando una prueba obtenida de esa forma. Piénsese en unos documentos obtenidos por el denunciante mediante robo que acreditan el hecho investigado ¿podría utilizarse esa prueba? ¿a partir de la información obtenida con el delito se podrían practicar nuevas pruebas para acreditar el hecho

investigado? Piénsese en la obtención de una filmación por procedimientos ilegales violando el derecho a la intimidad.

No ofrece duda que el artículo 15 CPP prohíbe con carácter general todo medio ilícito en la obtención de pruebas por lo que el delito no puede ser nunca un medio admisible en la obtención de pruebas. Por otra parte, aun cuando fuere posible que el delito en cuestión no afectara a derechos fundamentales del sujeto pasivo del delito, sí vulnera el derecho a un proceso justo, lo que determina el máximo grado de ilicitud para las pruebas obtenidas por ese procedimiento.

4.2 Efectos de la prueba ilícita. Trámites procesales

a) Efectos de la prueba nula A tenor de lo previsto en el artículo 15 la prueba radicalmente nula, según lo expuesto anteriormente, no puede ser incorporada al proceso porque contravendría el principio de un juicio justo, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia. Además la información así obtenida no podría utilizarse ni en ese ni otro proceso, a salvo de lo que se dirá a continuación respecto de las excepciones a la nulidad de la prueba.

Además se deberían depurar las responsabilidades penales y administrativas a que hubiere lugar.

b) Procedimiento

Conforme a lo establecido con carácter general en el artículo 225, en relación con el artículo 224.6 del Código Procesal Penal, las pruebas nulas radicalmente (ilícitas) tienen un tipo de nulidad insubsanable, que puede ser declarada de oficio o a instancia de parte en cualquier fase del proceso.

No existe, por tanto, un trámite específico para denunciar la nulidad de estas pruebas. La nulidad, ya se trate de prueba nula o irregular, se puede hacer valer a través de los recursos ordinarios en cualquier estado del procedimiento y una vez se haya notificado el acto o diligencia que se quiere impugnar. Si no se ha denunciado antes, se puede hacer valer como una cuestión previa incidental (artículo 339) incluso en el caso de que se haya desestimado por resolución judicial motivada y firme. La cuestión deberá volverse a plantear en el trámite final de informe y la irregularidad podrá ser invocada de nuevo a través de los recursos de apelación y casación.

Al tratarse de una cuestión de orden público del máximo nivel, puede ser apreciada a instancia de parte o de oficio en cualquier fase del procedimiento. Para provocar una resolución fundada basta con presentar un escrito solicitando la nulidad y frente a su desestimación plantear los recursos oportunos.

Normalmente estas cuestiones son desestimadas en todos los trámites previos y se defieren o relegan al momento de dictar sentencia. Piénsese que para valorarla nulidad hay que valorar también el interés de la prueba, la forma en que se ha producido la irregularidad, la intención de quien la ha provocado, la relación con otras pruebas del proceso etc., por lo que parece razonable que la cuestión se relegue a la sentencia y se decida en ella si la prueba ha de excluirse y si tal exclusión afecta o no a otras pruebas.

5. Prueba irregular o ilegal

La ilicitud de una prueba puede producirse en el momento de su producción o, posteriormente, cuando se pretende su incorporación al proceso. Piénsese en un registro domiciliario en el que falta el acta pertinente, o en una prueba pericial impugnada por la defensa y no ratificada durante el juicio. En ambos casos estamos en presencia de pruebas que se realizan antes del juicio, pero se completan durante él, dado que sólo son verdaderas pruebas aquéllas que se practican durante el juicio plenario y son sometidas a los principios de contradicción, concentración e inmediación.

Si la ilicitud de una prueba se produce en el momento inicial, por ejemplo, autorizando un allanamiento sin la previa existencia de indicios de delito, tal prueba vulnera directamente el artículo 20 de la Constitución relativo a la inviolabilidad del domicilio. Pero si la ilicitud se produce en el momento de hacer valer la prueba ante un Tribunal, por ejemplo, allanamiento rectamente concedido pero en el que se omite aportar a juicio el acta correspondiente, se produce únicamente una violación de la ley procesal. No ha existido violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero la prueba carece de los requisitos establecidos en la Ley para poder ser valorada como prueba de cargo y para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado.

Por tanto, las pruebas no sólo tienen que tener un origen lícito sino que deben ser incorporadas al proceso siguiendo las normas y procedimientos establecidos en la Ley. Así se

dispone en el artículo 15 cuando en el párrafo 1° se dice que "los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código" o en el artículo 162 al afirmar que "para que tengan validez las pruebas deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código y, en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares".

Ahora bien, no es lo mismo violentar derechos básicos para obtener una prueba, que obtener una prueba de forma lícita e incorporarla defectuosamente al proceso. El grado de ilicitud es distinto y las consecuencias no pueden ser las mismas. Una prueba obtenida con violación del sistema de garantías debe merecer el máximo rechazo y conducir a la nulidad de esa prueba e incluso de las que se deriven de ella pero una prueba irregular debe tener otras consecuencias menos drásticas. Por tanto, lo primero que debe hacerse ante una prueba ilícita es determinar de qué tipo de ilicitud se trata, si afecta a la realización de la prueba o a la correcta incorporación de ésta al proceso.

En el artículo 162 se afirma que las pruebas incorporadas irregularmente y con violación de normas procesales (pruebas irregulares) no producen efecto como prueba (artículo 162, párrafo 3), pero pueden ser valoradas como indicio (artículo 15, inciso último). Ello quiere decir dos cosas al menos:

- a) Que ese hecho puede ser probado sin problema alguno por otros medios de prueba. Piénsese en un informe pericial que, habiendo sido impugnado por una de las partes en litigio, no es ratificado en el acto del juicio por el perito, ni sometido, por tanto, a contradicción. Dado que sólo las pruebas practicadas en el plenario tienen valor para desvirtuar la presunción de inocencia, el peritaje carecería de valor, lo que no impediría que el hecho a que se refiere el informe pudiera ser probado por otras pruebas (otros peritajes, testigos, prueba documental incorporada al proceso etc.)
- b) Los hechos derivados de dicha prueba pueden ser valorados como indicios. Es decir, el hecho acreditado por la prueba irregular se tiene por existente y si existen otras pruebas que permiten declarar culpable al acusado, se podrá hacer tal declaración con fundamento en las pruebas existentes, apoyando la validez y consistencia de éstas en los indicios de la prueba irregular. Siguiendo con el ejemplo anterior imaginemos un allanamiento en que se ha encontrado 1

kilogramo de cocaína y han muerto los policías que lo hicieron. Si existen otras pruebas que incriminen al acusado (testigos, documentos) la consistencia de dichas pruebas quedará reforzada por el hallazgo de la droga. Dicho hallazgo es un indicio que revela la veracidad de las manifestaciones de los testigos y con base en las pruebas, reforzadas por el indicio de la prueba irregular se puede condenar al acusado.

En el proyecto de nuevo Código Procesal Penal, se dice que este tipo de pruebas *"Los elementos de prueba que no hayan sido incorporados con las formalidades prescritas por este Código, podrán ser valorados por el Juez"*. El nuevo Código es más laxo que el actualmente vigente en el tratamiento de la prueba irregular. Ahora, el Juez puede valorar la prueba como un indicio, tal y como se ha expuesto. En el futuro, las irregularidades en la incorporación de pruebas no serán obstáculo alguno para que los jueces puedan valorar esas pruebas sin más límite que la sana crítica, por lo que estas pruebas podrán servir para una eventual condena, a pesar de no haber sido sometidas a la contradicción de las partes.

El texto legal no dice que estas pruebas deficientemente incorporadas tendrán valor, sino que *"podrán tenerlo"*, dejando en manos de los jueces la decisión analizar caso por caso este problema y de valorar o no tales pruebas en función de la irregularidad cometida y de los restantes elementos de prueba que se aporten al proceso. Por tanto, aunque el nuevo Código va a permitir utilizar las pruebas irregulares como pruebas de cargo, tal facultad deberá ser utilizada por los jueces con sumo cuidado y habrán de valorar la entidad de la irregularidad y si resulta razonable, atendidas las circunstancias, ponderar la prueba irregular para la resolución del litigio. Es una cuestión que la Ley deja abierta y que habrá de ponderarse caso por caso y con suma cautela.

6 Irregularidades determinantes de nulidad relativa

En el curso de los debates desarrollados durante el presente curso se han puesto de manifiesto algunas cuestiones cuya calificación jurídica es problemática. Pensemos, por ejemplo, en la situación que se produce

cuando se omite recibir juramento a un testigo por error. Podríamos tratar tal irregularidad una prueba irregular, pero la Ley parece utilizar ese concepto para aquellas pruebas que se realizan durante la instrucción y deben incorporarse posteriormente a juicio, lo que no es el caso. Podríamos tratar el problema como un defecto formal no relevante, lo cual parece poco respetuoso con el contenido de la Ley, que sanciona con la pena de nulidad esa deficiencia. Podríamos considerar que tal ilicitud supone una vulneración del derecho constitucional a un "proceso justo", pero considerar así la falta de juramento supone, a mi juicio, una extensión indebida del principio constitucional, ya que tal deficiencia no produce efectiva indefensión a las partes en litigio.

Pero podríamos también considerar que se trata de un acto procesal que adolece de nulidad relativa (artículo 227-228). En tal caso, el defecto debería ser invocado inmediatamente por la parte perjudicada so pena de preclusión (226.4) y caso de que se alegara el defecto, se podría repetir la prueba sanando el vicio producido (art. 227). Parece que esta solución es la más razonable y ello nos lleva a considerar que los defectos procesales que pueden afectar a la prueba en el momento de su práctica son de dos tipos:

a) Prueba irregularmente incorporada al proceso, referida fundamentalmente a los medios de prueba que se practican con anterioridad al juicio y que requieren de ciertas formalidades para su incorporación a él a fin de ser sometidos a los principios de contradicción e inmediación (allanamiento, inspecciones corporales etc.). Esta prueba, conforme a lo previsto en el artículo 15 del CPP es nula, sin perjuicio de que pueda ser valorada como indicio en conjunto con el resto del material probatorio

b) Irregularidades determinantes de nulidad relativa, que son todo el conjunto de requisitos establecidos en la Ley para la práctica de las pruebas durante el juicio y sancionados con la pena de nulidad. Estas irregularidades, a diferencia del supuesto anterior, tienen un plazo preclusivo de invocación, pueden ser repuestas o ratificadas y pueden ser objeto de subsanación.

7 Illicitudes no determinantes de nulidad

El Código Procesal Penal al regular los distintos actos procesales y pruebas establece, en ocasiones, alguna formalidad que suele ser muy importante para el desarrollo del proceso o para la correcta actuación de los actores

procesales o para el respeto de la persona del imputado,. Sin embargo puede discutirse si la violación de esa formalidad debe dar lugar a la nulidad de la diligencia, caso de que la formalidad no forme parte del núcleo esencial del derecho fundamental afectado.

Piénsese por ejemplo en un registro en el que no se han observado escrupulosamente el derecho de propiedad del titular de la vivienda y se ha roto o deteriorado sin necesidad algún objeto de la misma. Tal actuación está prohibida por el artículo 179 del CPP y en ese mismo precepto se establece como respuesta el ejercicio de acciones penales contra el infractor. La diligencia así practicada ¿sería nula o bastaría para dar una adecuada respuesta a autor de la infracción la apertura de un procedimiento penal? En este caso el registro se habría realizado legalmente pero se habría infringido una norma sobre su modo de ejecución. Esa violación ni afecta al derecho sobre la inviolabilidad del domicilio ni afecta tampoco a las normas sobre incorporación de la prueba al juicio. Está en un punto intermedio.

Se podrían poner otros ejemplos incluso más delicados. ¿Qué consecuencias tendría presentar públicamente a un detenido, o no leerle sus derechos en el mismo momento de la detención o no identificarse como policía en el momento de la captura? Todas estas exigencias son fundamentales y determinan la calidad de las fuerzas de seguridad y del funcionamiento normalizado de un Estado. Afectan a la dignidad del detenido y están dispuestas para evitar graves abusos. Aún así, ¿bastaría la correspondiente sanción disciplinaria al agente o conllevaría la nulidad de la posterior declaración en presencia de su Letrado? ¿esta violación afecta al acto de la declaración o a un trámite previo que nada tiene que ver con ella?

No me atrevo a dar una respuesta caso por caso, pero lo cierto es que debe valorarse si la irregularidad procesal de que se trate afecta o no al núcleo esencial del derecho fundamental concernido. Si no afecta a dicho derecho, si la violación se refiere a un hecho periférico (que puede ser muy importante en ocasiones) creo que la consecuencia no debe ser la nulidad de la diligencia en los amplios términos que previene el artículo 15 del CPP. El Juez en tal caso debe ser escrupuloso y exigir al responsable las responsabilidades penales o administrativas a que hubiere lugar. El abuso no debe ser consentido pero no por ello debe acordarse la nulidad de la prueba.

8 Excepciones o causas de exclusión de la nulidad radical

Según el artículo 15 del Código Procesal Penal, son las siguientes:

a) Buena fe

Se aplica esta excepción cuando quien comete la violación del derecho fundamental desconoce que está realizando un acto ilícito y actúa de buena fe confiado en la rectitud de su proceder.

Tiene su origen en la jurisprudencia americana (US v León - 1984) y el ejemplo típico de la misma es precisamente el del policía que hace un allanamiento pensando que tiene autorización judicial o que tiene una autorización judicial aparentemente válida pero que después es declarada nula. También se ha aplicado en el caso de un registro policial amparado en un mandamiento judicial defectuoso (Massachussets vs. Sheppard - 1984)

En el caso americano la excepción de esta regla se fundamenta en que si la policía ha actuado de buena fe carece de sentido sancionar su conducta con la exclusión de la prueba ya que no se va a conseguir ningún fin con ello. La policía actuó de forma correcta y la declaración de nulidad de esa prueba no tendría utilidad alguna para futuras actuaciones policiales.

Por citar un ejemplo de la jurisprudencia española se analizó el caso de una entrada en una casa porque se estaba produciendo una agresión del esposo a la mujer. Se llega a la conclusión que no había situación de flagrancia, que es el único caso en que en España cabe la entrada sin mandamiento judicial. Una vez dentro los policías encuentran una pistola. A pesar de que el registro se hizo sin mandamiento judicial el hallazgo de la pistola fue declarado válido. En la STC 22/2003, de 10 de Febrero, se razona esta decisión de la siguiente forma:

SÉPTIMO.- Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la

existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.

Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial", excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

OCTAVO.- Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.

NOVENO.- La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la

policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE.

Como hemos venido exponiendo la actuación policial inicial estaba inicialmente legitimada por la flagrancia del delito de amenazas que el recurrente cometió contra su cónyuge en el propio domicilio. No obstante, una vez detenido el recurrente, a salvo la víctima y comprobada la situación tras la primera inspección ocular realizada en la vivienda por los agentes policiales que practicaron la detención, las actuaciones policiales posteriores requerían, bien el consentimiento del afectado (que se encontraba a disposición de la fuerza pública, al hallarse detenido), bien la autorización judicial que, como hemos visto, no resultaba excluida por la flagrancia. Sólo de uno u otro modo se hubiera respetado el equilibrio de los intereses en juego conforme a la ponderación de éstos llevada a cabo por la propia Constitución, sin que pueda estimarse válido el consentimiento prestado por la esposa que, al ser víctima del delito, tenía intereses contrapuestos a los del recurrente en el proceso penal.

En resumen, la policía no demandó al recurrente su consentimiento tras haber sido detenido, ni solicitó autorización judicial, habiendo podido hacerlo sin perjuicio para la investigación ni para la víctima, pues la necesidad de una intervención inmediata había desaparecido tras la actuación inicialmente desarrollada. Por el contrario se conformó con el consentimiento prestado por la esposa, que ciertamente era cotitular del domicilio, pero que (conforme a la doctrina anteriormente expuesta) no estaba legitimada para prestarlo válidamente permitiendo, en un proceso penal instruido por delito del que era víctima, un registro sobre las pertenencias del acusado orientado a la obtención de pruebas incriminatorias contra él. Por lo tanto es necesario concluir que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE).

DÉCIMO.- A partir de esta declaración debemos cuestionarnos cuáles son los efectos que tal vulneración tiene en el proceso.

Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y,

en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución EDL 1978/3879 (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril,; 69/2001, de 17 de marzo; 28/2002, de 11 de febrero).

La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, es que "tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)".

Por tanto, hemos de partir, en principio, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, "la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental".

En el mismo sentido, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, afirmamos que "cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto -esto es, con independencia de las circunstancias del caso- tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales" (FJ 6). En el supuesto analizado en dicha resolución se estimó que las pruebas que se aducían (acta donde se recogió el resultado de la entrada y registro y declaraciones policiales y de los testigos) eran materialmente inseparables de la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, dado que la entidad de la vulneración se estimó máxima (FJ 7), pues, en el caso allí analizado la necesidad de autorización judicial era obvia.

No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

Se puede plantear si cabe la excepción de buena fe en el caso de allanamientos practicados sobre la base de un auto sin motivación, deficientemente motivado o acordado por el Juez sin que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley, en tanto que los agentes policiales o el Ministerio Fiscal estarían actuando bajo la presunción de legalidad de la actuación judicial. Esta posición tiene justificación si la finalidad de la nulidad fuera corregir los abusos policiales. Sin embargo, lo que estas situaciones ponen de manifiesto es que es el Juez quien puede violentar los derechos fundamentales al no ajustarse a los presupuestos legales en la concesión de la diligencia. Por tanto, no cabe hablar de buena fe en la actuación policial en tanto que ésta no sana el vicio de origen, residenciado en la incorrecta actuación judicial, que lesiona derechos fundamentales.

b) Hallazgo inevitable

Se trata del caso en que se realiza una prueba ilegal pero el resultado de la misma se hubiera obtenido igualmente de seguir las investigaciones su curso natural. El hallazgo o descubrimiento inevitable es una formulación o supuesto perfeccionado de la teoría de la prueba independiente y fue también formulada por primera vez en la jurisprudencia americana en el caso (Nix v Williams-1984)

Su fundamento reside en que si es posible llegar válidamente a una conclusión probatoria por un medio lícito y si ese hecho se ha conocido por una prueba ilícita, se elimina el efecto reflejo de ilicitud de la prueba lícita, dado que en todo caso se habría llegado al mismo resultado y carece de sentido anular la conclusión probatoria obtenida. En todo caso se requiere que el medio lícito que no llegó a utilizarse sea independiente de las pruebas ilícitas.

Esta excepción es criticable desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia en tanto que sólo son válidas las pruebas practicadas legalmente y en este supuesto se pretende dar validez a una prueba ilícita (incluso directa) porque se habría llegado al mismo resultado de proseguir las investigaciones. Además plantea el problema de determinar si el descubrimiento habría sido o no inevitable y tiene su punto más débil precisamente en que para establecer tal conclusión ha de hacerse uso de hipótesis, conjeturas y suposiciones.

Veamos un ejemplo. Se trata de unas conversaciones inculpativas conocidas en el curso de una intervención telefónica declarada nula por insuficiente motivación. Sin embargo la imputada estaba siendo vigilada desde tiempo atrás. También citando un caso de derecho comparado, que puede ser traspolable al sistema judicial de El Salvador, la sentencia del Tribunal Supremo Español 974/1997, de 4 de Julio, acoge la teoría del descubrimiento inevitable con la siguiente fundamentación:

CUARTO.- En relación con la primera de dichas pruebas, ha de convenirse con la representación del recurrente -pese a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1995, entre otras-, en que la admisión por los imputados de hechos descubiertos ilícitamente no constituye propiamente prueba independiente sino diferente, pero causalmente derivada de la prueba ilícita, y en consecuencia inhábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia; asimismo la

alegación de la Sala de que la detención de la recurrente en plena operación de adquisición de la droga sólo estuvo muy lejanamente afectada por las informaciones obtenidas policialmente a través de la observación telefónica, pues de ésta únicamente pudo obtenerse una "cita...absolutamente genérica, en la que no se precisó ni hora ni lugar concreto", tampoco puede ser suficiente, por sí sola, para sanear totalmente la prueba pues el nexo causal, aunque debilitado, continúa existiendo.

Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable". En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, 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 A." de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína "al por mayor". 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.

En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues -con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuadamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención

c) Existencia de una fuente independiente

Esta excepción ya fue formulada inicialmente en el derecho americano en la sentencia (Silversthone Lumber Co, vs. US - 1920). El Juez HOLMES justificaba esta excepción diciendo lo siguientes: "la esencia de una disposición prohibitiva de cierto modo de obtener la prueba consiste no sólo en la que la prueba conseguida de esta manera no sea utilizada

ante el Tribunal, sino que no lo sea de ninguna forma". Sin embargo, añade, "si su conocimiento se ha logrado por una fuente independiente pueden probarse como cualquier otro, pero el conocimiento adquirido por una mala práctica del Gobierno no puede ser usado en la forma propuesta".

Por citar un caso de derecho comparado, en el sistema español está excepción al principio de nulidad de las pruebas derivadas de una información obtenida ilegalmente se utilizó por primera vez en la STC 86/1995, de 6 de junio, en un caso que se había condenado por un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) en base a una intervención telefónica realizada sin mandamiento judicial. Se contaba la confesión de un coacusado y el TC estimó que esta prueba era independiente de la intervención y por si misma podía conducir a la condena del acusado.

El problema que plantea esta excepción es que se dan muchos casos en que es muy difícil determinar si la prueba supuestamente independiente lo es realmente. Debe determinarse si existe o no una relación de causalidad entre la prueba nula y la prueba que se pretende valorar como independiente.

Como ejemplo de la excepción que comentamos puede citarse el caso del hallazgo de un alijo de droga realizado en un registro derivado de una intervención telefónica que fue declarado nulo. El imputado confesó en la policía los hechos sin asistencia de Abogado. Después en el juicio, ya con Abogado, declaró su participación en tales hechos e implicó al otro acusado que es quien formuló demanda de amparo por vulneración de su derecho a la privacidad de las comunicaciones telefónicas. En la STC 86/1995 se razona esta excepción de la siguiente forma:

CUARTO.- Entre las evidencias derivativas, no viciadas por la ilegalidad original, figura en el presente caso la propia confesión del coprocesado, hoy recurrente, Francisco José, quien pudiendo negarse a declarar, o limitarse a alegar su desconocimiento de los objetos incriminatorio intervenidos en su poder, reconoció paladina y reiteradamente haber sido detenido cuando conducía el vehículo propiedad de coimputado Alberto, en cuyo interior llevaba un bolso grande que contenía 25 kilogramos de hachís, prensado en tabletas, que transportaba por cuenta del otro procesado siguiendo sus instrucciones.

Ciertamente, contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios puede aducirse

que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito. Pero la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas de su obtención. En este sentido, para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron a detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un abogado encargado de asistirle.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal pues resulta evidente que la voluntariedad de la confesión se encuentra comprometida, en mayor medida, cuando al confesante no se le ha advertido, previamente, que podía negarse a declarar especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la intervención ilegal.

En efecto, en el caso sometido a la consideración de este Tribunal el coimputado, Francisco, en el momento mismo de la detención, ante la realidad innegable de la ocupación de la sustancia estupefaciente, confesó su participación en el hecho delictivo, sin que exista constancia de que, previamente, los agentes de la Guardia Civil que llevaron a efecto su detención le informasen de sus derechos constitucionales, realizando las oportunas advertencias legales. A ello se añade en el caso de autos que las primeras declaraciones autoinculpatorias, las realizadas en la sede policial, se produjeron sin que el detenido contase con la asistencia de un abogado encargado de su defensa. En principio, tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado, posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un abogado, y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral. Además, en sus declaraciones Francisco José no sólo reconoció su participación en los hechos por los que ha sido condenado, sino que implicó claramente al coencausado por cuenta de quien había actuado. Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpativo, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

Por todo ello, ha de afirmarse que en este supuesto no se ha producido la pretendida vulneración de este derecho constitucional. Para apreciarla habría sido necesario constatar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes. Ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues de acuerdo con lo que se acaba de exponer la sentencia condenatoria se fundamenta en una actividad probatorio de cargo, como lo son las manifestaciones inculpatorias realizadas con todas las garantías por un coimputado en el acto del juicio oral, que ha de considerarse suficiente para estimar desvirtuada la presunción de inocencia que se invoca como vulnerada.

7.4 Pruebas obtenidas por agente encubierto

El artículo 15 del CPP, párrafo 5º dispone lo siguiente: "No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República".

Este precepto autoriza la utilización de agentes encubiertos para la investigación del crimen organizado, delitos de defraudación al Fisco y delitos regulados en la Ley especial de sanciones e infracciones aduaneras.

La norma no es muy clara y a buen seguro dará lugar a diferentes interpretaciones. Debe destacarse que sus insuficiencias son las siguientes:

- No determina qué es crimen organizado
- No establece un control judicial sobre la decisión de la Fiscalía a fin de valorar si concurren los presupuestos legales y si la medida es necesaria y proporcionada.
- No establece cuales serán las funciones del agente encubierto (en España, por ejemplo, se limitan a actuar bajo identidad falsa y a transportar o adquirir los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como a retrasar la incautación de los mismos en aras del buen término de la investigación)

- No determina un control judicial en el caso de que sus actuaciones puedan afectar a derechos fundamentales
- No establece control judicial respecto de la información que se vaya obteniendo en el curso de la investigación, ni se dispone que ésta deba ser entregada íntegra para su valoración por el Tribunal
- Finalmente, no establece exención expresa de responsabilidad por los actos delictivos que pudiera cometer el agente en el ejercicio de su función.

En la medida en que todas estas cuestiones no están especificadas en la norma, deberá ser la jurisprudencia la que vaya dotando de contenido a la misma y estableciendo los límites a la actuación policial para que las pruebas que obtengan los agentes puedan ser incorporadas lícitamente al proceso.

7.5 Pruebas obtenidas mediante un delito provocado

En el siguiente apartado del artículo 15 se dispone que "igualmente podrá autorizarse dentro del desarrollo de la investigación y bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan".

Tradicionalmente se han considerado nulas las pruebas obtenidas mediante un delito provocado por los agentes policiales toda vez que la incitación al delito por quien tiene obligación de perseguirlo deslegitima al Estado y conlleva la obtención de pruebas ilícitas que no deberían tener valor probatorio. La STEDH de 9 de Junio de 1998 que la comisión de un delito por incitación policial afecta sustancialmente al derecho a un juicio justo y equitativo.

En el derecho español el delito provocado no es punible por tener su origen en la provocación delictiva que en sí misma es delito, pero no se entiende como provocación el supuesto en que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca a terceros para su co-ejecución o agotamiento. Si en tal caso los agentes policiales se ofrecen por estar infiltrados en el medio o por simular ser delincuentes la actuación policial será plenamente lícita en la medida en que simplemente se tiende a comprobar mediante engaño la actividad delictiva.

La jurisprudencia habrá de determinar qué se entiende por delito provocado y hasta donde puede llegar la actuación

policial para que el resultado de su trabajo pueda incorporarse al juicio.

El artículo 175 del Proyecto de Código Procesal Penal simplifica la regulación precedente, sin distinguir entre agente encubierto y delito provocado. Se unifica el tratamiento utilizando el genérico término de "usos de medios engañosos", lo que puede interpretarse como la posibilidad de utilizar ambos procedimientos para la averiguación y comprobación del delito. El precepto citado dispone lo siguiente: "No obstante, tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la policía, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, delitos de realización compleja, delitos de defraudación al fisco y delitos contenidos en la Ley Especial contra actos de terrorismo, la Ley contra el Lavado del dinero y de activos, la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas y la Ley especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, previa autorización por escrito del Fiscal superior"

La nueva Ley hace un esfuerzo para determinar en qué delitos se puede hacer uso de este tipo de medios y deberá acudir a la legislación especial para determinar el ámbito de aplicación de esta norma. Subsiste, sin embargo, un tipo de delitos de configuración difusa o problemática. Me refiero a los llamados "delitos de instrucción compleja", cuya delimitación no es precisa.

Por otra parte, en la nueva normativa subsisten los problemas de control judicial anteriormente comentados.

Madrid, 1 de Junio de 2010