

das en esta categoría. Solución que, por lo demás, facilita hoy el propio Estatuto de la Víctima cuando impone a las autoridades policiales y judiciales que asistan a la víctima llevar a cabo una evaluación individualizada de sus necesidades de protección (arts. 23.2.b y 24).

En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador español de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y calificación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación³⁴³. Se impone una valoración caso por caso, para evitar que por la protección legal dispensada mediante la ley 1/2004, la víctima de violencia de género se llegue a convertir –según advierte BARONA³⁴⁴– en una víctima instrumentalizada en aras de la justicia de género, impidiéndole el acceso a otras vías o cauces –como la mediación– que el resto de las víctimas puedan tener.

tricta igualdad de las partes (“Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables...”, op.cit., p.523.

343 Así se recoge en las *Conclusiones del Seminario del Consejo General del Poder Judicial sobre Instrumentos Auxiliares (incluido mediación familiar) en el ámbito del Derecho de Familia* desarrollado del 17 al 19 de febrero de 2010, disponible en la página <http://www.ammédia-dores.es> (sección Informes).

344 BARONA VILAR, S., “Mediación penal como instrumento restaurativo...”, op.cit., pp.481 y 482

LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO “PRUEBA NUEVA” EN SEGUNDA INSTANCIA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS IMÁGENES SATELITALES DE *GOOGLE EARTH*

* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Gerson W. Camarena Aliaga³⁴⁵

RESUMEN:

En el presente trabajo se estudiará la posibilidad de introducir fotografías satelitales de *Google earth* como “prueba nueva” en segunda instancia. Para ello, estudiaremos el fundamento de la “prueba nueva” y su importancia al momento de interpretar y verificar el cumplimiento de los criterios de admisibilidad de un “medio de prueba” en esta etapa procesal.

PALABRAS CLAVES:

Prueba nueva, segunda instancia, documento, *Google earth*

345 Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Instituto de Ciencia procesal penal (INCIPP). Miembro honorario del Taller de Investigación jurídico penal (TAIJ-Penal) de la UNMSM.

ABSTRACT:

This study will examine the possibility of introducing satellite imagery from Google Earth as new evidence in second instance. Therefore, the author will analyze the fundamentals of “new evidence” and their importance for interpreting and verifying the compliance with the criteria of admissibility of evidences at this procedural stage.

KEYWORDS:

New evidence, second instance, document, *Google earth*

Ixx) El documento electrónico: las imágenes obtenidas a través del programa de *Google earth*

1. El documento: concepto y elementos

Por “documento” debemos entender a aquel medio probatorio de naturaleza real dotado de un contenido ideológico (proveniente del pensamiento humano) cuya finalidad es, una vez introducida al proceso, formar convicción en el juzgador sobre los hechos (cómo y quienes intervinieron en el mismo) que son objeto materia del proceso³⁴⁶.

ORÉ GUARDIA explica que un concepto amplio de documento “permite superar los problemas de inclusión de diversas formas de soporte que vienen apareciendo en nuestro medio tecnológico actual”³⁴⁷. “Solo así, y mediante estos soportes, se podrían introducir al proceso las modernas fuentes de prueba que han venido apareciendo con el desarrollo tecnológico”, como los correos electrónicos, la base de datos de un programa Excel, páginas webs, fotografías satelitales de *Google earth*, entre otros³⁴⁸.

Los elementos del documento son: a) el **soporte material**, que es el objeto físico sobre el cual se fija la información; b) El **contenido ideológico** es “la información –producto del pensamiento humano– que aparece contenido en el soporte material a través del lenguaje”³⁴⁹; c) El **autor** es el sujeto quien elaboró el documento.

346 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho procesal penal*, t. III, Lima, Reforma, 2015, p. 364.

347 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho procesal penal...*, p. 364.

348 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho procesal penal...*, p. 365.

349 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho procesal penal...*, p. 372.

2. El documento electrónico

Hemos sostenido que bajo el concepto amplio de “documento” podemos englobar a aquellos cuyo soporte no solo lo constituyen el papel, sino otros distintos: el informático o digital, inclusive. De este modo, cuando nos referimos a un “documento electrónico” no hacemos otra cosa que hacer alusión al elemento de convicción recogido en un soporte (documental) de tipo electrónico. Como es de observar, en estos casos, es el tipo de soporte el que determina el tipo de documento.

Atendiendo a ello, ABEL LLUCH explica que documento electrónico debe ser entendido como “la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho o, con mayor precisión doctrinal, la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso. Una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel –por citar algunos ejemplos–, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una “prueba electrónica” o “documento electrónico”, aun cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes”³⁵⁰.

3. Fotografías satelitales como medio de prueba documental: especial referencia a las imágenes obtenidas a través de *Google earth*

Diversos programas o *software* permiten el uso de satélites para recabar imágenes o fotografías del globo terrestre. *Google earth*, por ejemplo, es un programa informático que existe bajo este nombre desde mayo 2005 y que permite visualizar el planeta entero a través de un mosaico de imágenes de satélite³⁵¹. Conviene destacar que el uso de *Google earth* no permite visualizar mapas en tiempo real. De hecho, según el lugar y su relevancia es que se podrán ver imágenes más o menos actuales (aunque no con más de 3 años de antigüedad, según *Google*).

350 ABEL LLUCH, Xavier, “Prueba electrónica”, en ABEL LLUCH / PICÓ I JUNOY (dirs.) / GINÉS CASTELLET (coord.), *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 23.

351 EQUIPO URBANO, “El uso de *Google Earth* para el estudio de la morfología de las ciudades”, en *Revista electrónica de recursos en internet sobre geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, 2007/100 (última visita: 15 de diciembre de 2015).

Distinción entre medio de prueba y prueba demostrativa

El “medio de prueba” debe ser entendido como el instrumento jurídico a través del cual se puede introducir al proceso información vinculada con los hechos materia de investigación. Así, podemos mencionar al documento, el testimonio, la pericia, entre otros.

La “prueba demostrativa”, en cambio, no constituye expresión o manifestación alguna de los hechos delictivos que son investigados, sin embargo lo representa³⁵². En efecto, la prueba demostrativa solo sirve para ilustrar, clarificar o explicar otro “medio probatorio” (como el testimonio, la pericia o, inclusive, la prueba material) que sí constituye una expresión del delito³⁵³. A modo de ejemplo, una maqueta del lugar de los hechos no es propiamente un elemento probatorio, pero debido a que ilustra lo declarado por un testigo (testimonio) constituye una prueba demostrativa.

Esta distinción permite comprender que las imágenes y fotografías satelitales de *Google earth* pueden ser empleadas en los procesos de esas dos formas, sea como “medio de prueba” o como las denominadas “pruebas demostrativas”. De hecho, en la jurisprudencia comparada, diversos casos han sido resueltos empleando las fotografías satelitales como “pruebas demostrativas”, mientras que su uso como “medios de prueba documental” aún se encuentra en un desarrollo incipiente.

De momento, basta decir que el tratamiento legal que debemos dedicarle a las fotografías satelitales es el dispuesto para los “documentos”.

Régimen jurídico aplicable

Como hemos indicado, el régimen jurídico aplicable para la introducción de imágenes satelitales en una causa judicial es el correspondiente al medio de prueba documental; se tratan, pues, de verdaderos “documentos”, con la precisión de que son documentos de “tipo electrónico”. Así, tanto para su admisión,

352 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, <http://adalid.com/material/la%20prueba%20en%20el%20sistema%20penal%20acusatorio.pdf> (última visita: 16 de diciembre de 2015).

353 CHIESA APONTE prefiere usar el término “evidencia ilustrativa”. CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, t. III, Colombia, Forum, 1995, p. 367.

práctica y valoración se aplicará lo dispuesto en los arts. 184, 185, 186, 187 y 188 del CPP de 2004 como marco normativo especial, y los demás artículos que integran la parte general de la prueba.

Por otro lado, cabe considerar que las fotografías satelitales son documentos privados (arts. 235 y 236 CPC), toda vez que no son emitidos por un funcionario público. Con lo que durante su actuación también es importante acreditar su autenticidad.

Aspectos referidos a su validez probatoria

Con lo desarrollado hasta aquí, queda claro que las fotografías satelitales obtenidas de *Google earth* deben seguir el tratamiento procesal –en cuanto a proposición, admisión y valoración– dispuesto para los “documentos”.

En la actualidad, pese a la enorme importancia que representa el uso de estas imágenes satelitales en la resolución de controversias, no existe todavía un verdadero desarrollo jurisprudencial sobre el mismo. Esta misma situación ha sido advertida por el Tribunal Supremo español que recién en el año 2012 sienta un nuevo precedente en relación la valoración de este tipo de medios de prueba. En efecto, en la sentencia 3929/2012, de 30 de mayo de 2012 destacó los siguientes aspectos³⁵⁴:

En primer lugar, asume que por teledetección debe entenderse al “conjunto de técnicas que analizan los datos obtenidos por sensores situados sobre aviones, plataformas especiales o satélites (teledetección espacial), siendo esta última, la más conocida. En sentido amplio, la teledetección consiste en el reconocimiento, identificación y estudio de los objetos de la superficie terrestre, a partir del estudio de la energía reflejada o emitida por los mismos”.

En segundo lugar, las fotografías satelitales obtenidas por teledetección son introducidas al proceso como medios de prueba documental, no obstante, dado el carácter técnico que presentan dichas imágenes para su interpretación –que, para el caso concreto, era la medición del área de riego de un terreno con aguas subterráneas– es necesaria la realización de un informe pericial que permita al tribunal comprender la información contenida y, de este modo, dotarle el valor probatorio respectivo.

354 Cabe destacar que, según se desprende de la propia sentencia, estos planteamientos fueron planteados por el *ad quo* y asumidos por el Tribunal Supremo.

En efecto, el tribunal recoge y asume la siguiente doctrina: “no basta con la mera aportación al expediente de la imagen gráfica, pues la gráfica en sí misma no es la prueba. Lo que tiene valor probatorio es el informe del técnico que lo suscribe, su testimonio experto y objetivo. La imagen, a pesar de ser una fotografía, esto es, una constancia gráfica absolutamente objetiva, no es sino un instrumento para facilitar la explicación de la interpretación hecha de unos datos obtenidos a través de la tecnología satelital y su posterior procesamiento informático. Se trata, como sucede con una radiografía, una ecografía o una resonancia magnética -de cuya virtualidad probatoria hoy nadie duda-, de imágenes obtenidas por medios científicos que permiten el estudio de una realidad no perceptible por nuestros propios sentidos.”

Lo que podemos rescatar de esta resolución es la posibilidad de admitir a las imágenes o fotografías satelitales como medios de prueba documental, pues se tratan de una forma de constatación gráfica absolutamente objetiva. Por otro lado, ya dependerá del caso en concreto, y así lo determinará el juez, según las máximas de la experiencia, si es necesaria la práctica de un informe pericial respecto de estos documentos para que los peritos expongan su contenido con el rigor técnico que se requiere y, de este modo, el juez pueda darle el valor que corresponda.

Ixxi) Prueba nueva en segunda instancia

1. Prueba nueva: concepto y fundamento

Cuando el texto procesal penal hace referencia a los medios de prueba “nuevos” –o también denominados “prueba nueva”– deja en evidencia la posibilidad de las partes o, incluso, del propio juez para proponer medios de prueba en una etapa distinta de la que se tiene prevista (la etapa intermedia). De este modo, se les conoce como “nuevos” a aquellos medios de prueba que, por disposición legal, pueden presentarse al inicio del juicio oral, durante el mismo debate o en el procedimiento de apelación.

En todos estos casos de medios de prueba “nuevos”, la regla general para su admisión es demostrar que los “elementos de convicción” no han sido conocidos sino hasta después de la etapa intermedia (fase regular de proposición de las pruebas) –razón más que suficiente para que dichos medios de prueba puedan ser admitidos al proceso– o que, en ciertos casos, como consecuencia del debate

probatorio, sean necesarios para esclarecer las dudas derivadas del mismo o conocer mejor los hechos³⁵⁵.

ORÉ GUARDIA considera que dicha flexibilización se fundamenta en lo siguiente³⁵⁶: a) el derecho a la verdad material, es decir, el derecho a conocer lo que verdaderamente ha sucedido; b) El derecho de defensa y, como correlato, la proscripción de indefensión de los sujetos que con este tipo de medios probatorios –es decir, los nuevos– puedan esclarecer los hechos y su situación jurídica; c) El deber del órgano persecutor del delito de alcanzar, en virtud del valor de Justicia, la verdad y despejar la incertidumbre de los hechos a fin de que pueda desempeñar su labor de forma objetiva.

2. Medios de prueba en segunda instancia

VARELA GOMEZ al sostener que carece de sentido admitir en apelación la práctica de pruebas que en su día fueron perfectamente utilizables, pues el hecho de desperdiciarlas se habrá debido al comportamiento negligente de la parte que pretende su ofrecimiento, a una conducta con afán dilatorio y contraria a la buena fe³⁵⁷. No obstante, continúa la citada autora, debemos aceptar que pueden reconocerse, por razones de equidad, utilidad o economía procesal, una serie de supuestos limitados taxativamente que legitimen la proposición y práctica de medios probatorios en segunda instancia³⁵⁸.

Para el legislador del CPP de 2004 existen tres supuestos o causas específicas que justifican la admisibilidad de medios de prueba en segunda instancia. El art. 422.2 ha establecido que los medios probatorios deberán ser admitidos cuando: a) no haya podido ser propuesta en primera instancia por desconocimiento de su existencia (art. 422.2.a); b) en caso de haber sido propuesta, pero haya sido indebidamente denegada, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva (art. 422.2.b); o c) no haya sido actuada por causas no imputables a la parte oferente (art. 422.2.c). LARA LÓPEZ reconoce que la “posibilidad de introducir esos materiales mejora las garantías de acierto y jus-

355 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho procesal penal...*, p. 190.

356 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho procesal penal...*, p. 190.

357 VARELA GOMEZ, Bernardino J., *El recurso de apelación penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 319.

358 VARELA GOMEZ, Bernardino J., *El recurso de apelación penal...*, p. 319.

ticia de la sentencia”³⁵⁹; y, como veremos más adelante, posibilita la consecución de la finalidad del proceso penal: la búsqueda de la verdad.

3. Los medios de prueba “nuevos” en segunda instancia y los criterios para determinar su admisibilidad

Tal como hemos indicado, el texto procesal penal reconoce tres supuestos de excepción –a la regla de preclusividad probatoria– para la proposición de medios de prueba en segunda instancia, de los cuales solo el primero constituye el supuesto de proposición y admisión de medios probatorios “nuevos” para este segundo nivel jurisdiccional; es decir, solo se declarará la admisibilidad, como “prueba nueva”, aquellos medios probatorios que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia (art. 422.2.a del CPP de 2004).

Fundamento de la proposición de medios de prueba “nuevos” en segunda instancia: flexibilización del sistema de apelación limitada

Como es bien sabido, el sistema de apelación limitada no ha sido adoptado en su plenitud por ningún estado, sino que encuentra diversos matices según cada legislación³⁶⁰. Así, CALDERÓN CUADRADO explica que el deber de los jueces de “acomodarse a la realidad” permite abrir una brecha en el sistema de apelación limitada. En sus palabras: “Es cierto que el conocimiento del tribunal *ad quem* en un proceso inspirado en el doble grado debe referirse a lo que fue objeto de debate en la etapa anterior pero igualmente lo es que, si queremos que ese instrumento sea de verdad el medio a través del cual los órganos jurisdiccionales cumplen la función que la Constitución les asigna, forzosamente ha de acomodarse a la realidad. Y tal realidad puede exigir excepcionar la regla de preclusión [probatoria] y puntualiza el significado de aquel criterio, autorizando –bajo ciertas condiciones y tal y como se viene haciendo en la fase de juicio oral– la proposición de nuevas pruebas (...)”³⁶¹. Dicho de otro modo, la “realidad” a la que hace alusión la citada autora posibilita, vía recurso de apelación, la proposición –bajo

359 LARALÓPEZ, Antonio María, *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Pamplona, Aranzadi, 2014, p. 133.

360 BALBONTÍN RETAMALES, Alberto, “El régimen probatorio en el recurso de apelación civil”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004/8, pp. 98.

361 CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 114.

ciertas condiciones– del material probatorio que existió durante el periodo de la primera instancia, pero que no fue introducido en la misma³⁶².

Es posible hablar entonces de una excepción o, si se quiere, flexibilización a las rígidas reglas de prohibición de admisión de material probatorio en segunda instancia³⁶³. De ahí que encuentre legitimidad el art. 422.2.a del CPP de 2004 que posibilita la admisión de los medios de prueba que “no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia”, esto en calidad de “prueba nueva”. “La idea del legislador sería pues aprovechar la continuación del proceso al objeto de completar –e ilustrar– el ámbito de conocimiento de tribunal *ad quem* que, en principio, sería el mismo que el del juzgador *a quo*”³⁶⁴.

Criterios para determinar la admisibilidad de los medios de prueba “nuevos” en segunda instancia

Los criterios a tener en cuenta para la admisibilidad de los medios de prueba “nuevos” en segunda instancia son cinco.

Primer criterio: el medio probatorio no debe ser uno de los ya propuestos y practicados en la primera instancia³⁶⁵. Tal como hemos indicado anteriormente, conforme al modelo de apelación limitada que instaura el CPP de 2004, la proposición de medios de prueba vía recurso de apelación guarda relación con la prohibición de repetición de la práctica de medios probatorios de la primera instancia³⁶⁶. Caso contrario, explica MAGRO SERVET, debería abrirse *ex novo* otra

362 CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal...*, p. 115.

363 RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, “La impugnación y revisión de la prueba mediante los recursos ordinario y extraordinarios en el proceso penal”, en ABEL LLUCH/RICHARD GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre prueba penal*, t. III, Madrid, La Ley, 2013, p. 498.

364 CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal...*, p. 115.

365 LARA LÓPEZ, Antonio María, *El recurso de apelación...*, p. 137.

366 Al respecto, MAGRO SERVET explica lo siguiente: “El examen de las pruebas se verifica por el Juez «a quo» y es en la alzada donde se debe analizar si la valoración que ha llevado a cabo el Juez penal es correcta o incorrecta, pero no reiterar de nuevo la práctica de la prueba en segunda instancia respecto de la ya practicada en la primera, ya que ello, según este criterio, debería abrir *ex novo* otra tercera vía para poder revisarse la nueva declaración que podrían llevar a cabo las partes o testigos que volvieran a declarar en una segunda instancia, pero respecto de los que ya han declarado en la primera. Lo que se admite es la práctica de la admitida y no practicada o la denegada indebidamente, pero no de la practicada, por lo que por regla general procede la denegación de la proposición por no estar prevista legalmente y ser el legislador el que debe disciplinar la práctica de la prueba en segunda instancia”.

tercera vía para su revisión³⁶⁷. No obstante ello, un caso excepcional a este criterio es el dispuesto en el art. 422.5 del CPP de 2004.

Segundo criterio: el medio probatorio nuevo que se propone debe guardar relación con los hechos objeto de apelación. No pueden proponerse medios de prueba que pretendan acreditar aspectos alejados a la materia de recurso. De ello, se entiende que con estos medios de prueba no se puede pretender corroborar hechos nuevos, sino los mismos que han sido objeto de estudio por el juez *ad quo* y que han sido fijados en la sentencia³⁶⁸.

Aquí importa destacar lo estipulado por el art. 422.3 del CPP de 2004, según el cual la admisión de los medios de prueba se condiciona a que estos se encuentren referidos a la culpabilidad o inocencia del procesado, o a la determinación judicial de la pena.

Tercer criterio: Es necesario que la proposición de los nuevos medios de prueba encuentre su fundamento en el desconocimiento de su existencia hasta después de finalizada la etapa probatoria de la primera instancia. La acreditación debida de dicho desconocimiento debe ser suficiente para que el juez *ad quem* admita el medio de prueba propuesto “(...) sin perjuicio de que si el tribunal considera la diligencia redundante, superflua, inútil o desproporcionada la inadmita”³⁶⁹.

Se trata de nuevos medios de prueba surgidos con posterioridad, o existentes con anterioridad, pero de imposible proposición por desconocimiento de

su existencia³⁷⁰ o que, en un sentido más amplio, su proposición no estaba al alcance del oferente³⁷¹. Así, a modo de ejemplo, enumera VARELA GOMEZ a los documentos de conocimiento o aparición posterior, o testigos de existencia desconocida, o de disponibilidad para comparecer sólo con posterioridad; siendo inadecuado la solicitud de un inspección ocular o una prueba pericial con carácter general³⁷².

En esa línea, HERNÁNDEZ GARCÍA considera que es importante que el oferente demuestre que las razones por las cuales no se propuso el medio de prueba en primera instancia no le son imputables a él mismo³⁷³. En efecto, “para que puedan admitirse medios de prueba en atención a esta causa la parte no solo debe justificar que no tuvo un comportamiento negligente sino también que cumplió estándares medios de diligencia en la búsqueda y proposición de los medios de prueba”³⁷⁴.

Cuarto criterio: La admisión debe tener como fundamento la búsqueda de la verdad material, sin que ello suponga la subsanación del acto negligente de la omisión probatoria.

Quinto criterio: La inadmisibilidad del medio de prueba por parte del órgano jurisdiccional no debe generar un estado de indefensión a la parte que la ofrece³⁷⁵. Y dado el carácter amplio de este derecho, la prohibición de indefensión también debe alcanzar a las demás partes, es decir, que con la proposición y, en su caso, la admisión del nuevo medio de prueba no debe generar tampoco un estado de indefensión a la contraparte.

367 Así parece reconocerlo MAGRO SERVET, Vicente, “De nuevo sobre la práctica de prueba en segunda instancia penal en los recursos de apelación (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2010)”, *La ley penal* (on line), 2011/79.

368 Para el caso español, en segunda instancia no solo se admiten medios de prueba nuevos, sino también de hechos nuevos –junto al material probatorio que lo acredite (desconocido anteriormente o de imposible proposición en su momento)–, en tanto que estos sean solamente complementarios y no alteren el objeto del proceso penal. Así, VILLAMOR MONTORO, Pedro-Roque, “El recurso de apelación contra sentencias. Problemática actual”, *Estudios de Derecho judicial: Recursos en el proceso penal*, 2008/150, p. 120. VARELA GÓMEZ, Bernardino J., *El recurso de apelación penal*..., p. 324. No obstante, un sector de la doctrina critica esta posición, reconociendo que más garantista reconocer la posibilidad de aportar como “nuevos” solo los medios probatorios y no hechos fácticos complementarios. Así, CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal*..., p. 126.

369 BAÑERES SANTOS, Francisco, “Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal”, *Manuales de Formación continuada: La prueba en el proceso penal*, 2000/12, p. 100.

370 En ese sentido, CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “La cuestión. El error en la apreciación de la prueba y su «mediato» control ulterior”, *La ley* (on line), 2012/459.

371 VARELA GÓMEZ, Bernardino J., *El recurso de apelación penal*..., p. 326.

372 VARELA GÓMEZ, Bernardino J., *El recurso de apelación penal*..., p. 326.

373 HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “¿Cómo debe entenderse la cláusula legal ‘medios de prueba que no pudo proponer en la primera instancia’ a los efectos de pretender la práctica de prueba en segunda instancia?”, en HERNÁNDEZ GARCÍA (dir.), *93 Cuestiones básicas sobre la segunda instancia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 424.

374 HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “¿Cómo debe entenderse la cláusula legal...”, p. 424.

375 HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “¿Cómo debe entenderse la cláusula legal...”, p. 424. Así también parece entenderlo, CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediatez*, Madrid, La Ley, 2011, p. 205.

En efecto, el derecho de defensa, como indica nuestro Tribunal Constitucional, “garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”³⁷⁶.

De lo expuesto, queda claro que el derecho de defensa –y, como la otra cara de la moneda, el derecho a la prohibición de indefensión– “se proyecta a todas las etapas y articulaciones que pudiera comprender la articulación del proceso, las que indudablemente abarcan (...) cuando se hace uso de los recursos impugnatorios”³⁷⁷.

Por último, indicar que, desde una perspectiva más objetiva, y tal como sostiene SANCHEZRUBIO, se producirá la indefensión de cualquiera de las partes cuando, por un motivo legalmente no previsto o siendo previsto sea irrazonable o desproporcionado, se les prive de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se posibilite a una de las partes una situación prevalente con respecto a la contraria. Agrega que, por el contrario, “la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano no se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente aceptada por él, o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia”³⁷⁸.

Ahora bien, es de precisar que la tercera exigencia debe vista en concordancia con el cuarto (fundamento de prueba nueva) y quinto requisito (prohibición de indefensión); de cuya interpretación conjunta se desprende lo siguiente: la presentación de nuevos medios de prueba en segunda instancia se restringe,

376 Exp. 1231-2002-HC/TC (FJ. 2), caso: Ann Vallie Lynelle.

377 Exp. 1231-2002-HC/TC (FJ. 2), caso: Ann Vallie Lynelle. Junto a ello, debemos destacar también que, desde la coyuntura del proceso penal, nos referiremos concretamente a situaciones de “indefensión intraprocésal”, es decir, aquella causada por los órganos jurisdiccionales (no por otros poderes públicos) en el ejercicio de su función. En ese sentido, SÁNCHEZRUBIO, M.^a Aquilina, “Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 2003/21, p. 603.

378 SÁNCHEZRUBIO, M.^a Aquilina, “Derecho a la tutela judicial efectiva...”, p. 604.

por disposición legal, a aquellos que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; no obstante, podrá ser admitida al proceso cuando, en virtud del test de proporcionalidad, dicha interpretación (legal) no se imponga sobre el fundamento de esta figura: la búsqueda de la verdad material, lo que se verificará según cada caso –y sin que ello suponga subsanar la omisión probatoria por negligencia–; y, por último, la admisión del nuevo medio de prueba no conllevará la indefensión de alguna de las partes (a la parte oferente en caso de que se declare su inadmisibilidad, o a la contraparte si es declarada admisible).

Una interpretación meramente legalista del artículo 422.2.a del CPP de 2004 –que regula la prueba nueva en segunda instancia– imposibilitaría la admisión de nuevos elementos de prueba que permitirían acreditar con mayor contundencia los hechos, con lo que se atentaría con la finalidad de todo proceso judicial, la cual es hacer justicia sobre la base del conocimiento de la verdad de los hechos. Pues, como dice BALBONTÍN RETAMALES –al destacar una crítica al sistema de apelación limitada–: “la función jurisdiccional habrá cumplido su cometido sólo formalmente si se falla un litigio con un conocimiento parcial de las cuestiones sustantivas materia del proceso”³⁷⁹, esto evidentemente cobra importancia cuando no se permite aportar elementos de prueba que se encuentren destinados a acreditar de mejor manera los “hechos cuestionados” que constituye el objeto de apelación.

Ello, tal como hemos sostenido dos párrafos atrás, guarda relación con el fundamento que excepciona la regla general que impide la práctica de prueba en segunda instancia: el derecho a conocer la verdad material. Así también lo han considerado CALDERÓN CUADRADO, al reconocer que los principios constitucionales exigen a los jueces garantizar el deber de acomodarse a la realidad (la verdad material)³⁸⁰, o VARELA GÓMEZ, cuando indica que pese a contar con un sistema legal taxativo que regula los supuestos de admisibilidad de medios de prueba en segunda instancia, “el dato más relevante tratándose del proceso penal será sin duda la averiguación de la verdad histórica sobre los hechos, la que deberá prevalecer sobre cualquier otra consideración”³⁸¹.

379 BALBONTÍN RETAMALES, Alberto, “El régimen probatorio en el recurso...”, pp. 99.

380 CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal...*, pp. 114-115.

381 VARELA GÓMEZ, Bernardino J., *El recurso de apelación penal...*, p. 326.

Visto ello así, una interpretación legítima y acorde con los principios constitucionales sería que el derecho de defensa permite, a quien todavía no ve satisfecha su pretensión por la puesta en duda –vía recurso de apelación– de ciertos aspectos de la sentencia del *ad quo*, la posibilidad de diseñar nuevamente su estrategia y considerar –además– la búsqueda de nuevos medios de prueba (incluso más eficaces) para reforzar los aspectos cuestionados por la parte apelante, pues, como venimos diciendo, sería absurdo pensar que –en virtud del ya mencionado art. 422.2.a– la parte litigante resigne la preparación de su defensa en los mismos argumentos ya expuestos en primera instancia.

Desde luego que, como hemos ya apuntado, importa considerar que la declaración de admisibilidad no debe conllevar a la subsanación de una omisión probatoria negligente de quien propone la prueba nueva. En efecto, el legislador habría pensado este supuesto legal (de prueba nueva) para aquellos casos en donde el sujeto que no pudo probar los hechos debido a la poca o nula diligencia probatoria pretende, luego, en segunda instancia, proponer como nuevos medios de prueba aquellos que, por dicha falta de diligencia, no pudo hacer durante la primera instancia. Concretamente, lo que la norma pretende es que la instancia superior no sea empleada como un medio para subsanar la omisión probatoria negligente de las partes.

En tal virtud, la lectura del art. 422.2.a del CPP de 2004 permite considerar lo siguiente: la figura de la “prueba nueva” no admite que en segunda instancia se subsane o corrija deficiencias o negligencias en cuanto a la actividad probatoria; sí admite, en cambio, que se pueda “complementar” los medios de pruebas ya presentados diligentemente en primera instancia, más aún cuando se obtuvo un resultado favorable en extremos que, debido a la interposición del recurso de apelación, han sido puestos en duda o cuestionados ante el juez *adquem*.

Por otro lado, y aquí importa tener en cuenta el ya mencionado quinto requisito, el otro criterio que opera como último límite a la admisión de prueba nueva en segunda instancia es la “prohibición de indefensión”. En efecto, la proposición de medios de prueba nueva en segunda instancia tiene como fundamento la averiguación de la verdad; no obstante, debe encontrar como límite la prohibición de indefensión, ya sea para la parte oferente en caso de que rechacen la admisión de la prueba nueva, o la parte contraria si determinan su admisión³⁸².

382 En ese tenor, aunque referido a la posibilidad de introducir hechos nuevos –tal como se permite para el caso español–, LARA LÓPEZ, Antonio María, *El recurso de apelación...*, p. 128.

Ixxii) La admisibilidad de las imágenes satelitales de Google earth como prueba nueva en segunda instancia

En concordancia con el artículo 422.2.a del CPP de 2004 que regula la “prueba nueva” en segunda instancia, comprendemos que los requisitos generales y específicos que determinan la admisibilidad de prueba nueva en segunda instancia son los siguientes:

- El medio probatorio no debe ser uno de los ya propuestos y practicados en la primera instancia³⁸³.
- El medio probatorio nuevo que se propone debe guardar relación con los hechos objeto de apelación.
- Es necesario que la proposición de los nuevos medios de prueba encuentre su fundamento en el desconocimiento de su existencia hasta después de finalizada la etapa probatoria de la primera instancia.
- La admisión debe tener como fundamento la búsqueda de la verdad material, sin que ello suponga subsanar el acto negligente de la omisión probatoria.
- En caso de que el órgano jurisdiccional inadmita el medio de prueba no se genere un estado de indefensión a la parte que la ofrece³⁸⁴.

A nuestro juicio, el escenario más favorable para la admisión de las imágenes satelitales del programa de *Google earth* –que, como hemos ya advertido, es un *software* de acceso público–, y de conformidad con estas tres últimas exigencias, es el siguiente:

- Debe haberse probado que el desconocimiento de la existencia de imágenes satelitales y, consecuentemente, su no ofrecimiento al proceso de primera instancia no se debió a la falta de diligencia por parte del sujeto que ofrece de la prueba nueva. En efecto, de los actuados debe desprenderse que en la primera instancia se realizó y proporcionó medios de prueba suficientes para acreditar los hechos alegados por la parte que, ahora, se encuentra ofreciendo la prueba

383 LARA LÓPEZ, Antonio María, *El recurso de apelación...*, p. 137.

384 HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “¿Cómo debe entenderse la cláusula legal...”, p. 424. Así también parece entenderlo, CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La encrucijada de una justicia penal...*, p. 205.

nueva en segunda instancia. Dicha “diligencia probatoria” quedaría corroborada plenamente si la sentencia del ad quem le fue resuelta favorablemente.

Al respecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que con la interposición del recurso de apelación se genera una nueva discusión en torno a los aspectos (de la sentencia del *ad quo*) que han sido cuestionados a través de dicho recurso, por lo que, ante esta situación, se debe posibilitar, en garantía del derecho de defensa y contradicción, la búsqueda de nuevos elementos para que las partes refuercen los argumentos que venían sosteniendo en primera instancia. De modo que, para el caso que venimos analizando, este criterio (nueva necesidad de probar), junto al anterior (demostración de que sí hubo diligencia probatoria en primera instancia), legitiman el empleo de nuevos medios de prueba, entre los cuales podrían encontrarse las imágenes satelitales, que no tendría otro fin que el de complementar la fuerza probatoria de los medios de prueba presentados en primera instancia. Dicha “complementación”, y aquí está lo importante, no debe suponer la “convalidación” de las negligencias probatorias de las partes.

En segundo lugar, dada las particularidades específicas de este medio probatorio, cabe señalar que las imágenes satelitales no cuentan, por un lado, con un desarrollo doctrinal o jurisprudencial respecto a su uso dentro del proceso penal (en cuanto a su validez y calidad probatoria), por lo que cabe comprender que no es usual que los operadores jurídicos consideren su proposición, dando preferencia incluso al uso de otros medios de prueba para acreditar sus alegaciones; y, por otro lado, que, si bien existe una versión gratuita del programa de *Google earth* que permite el acceso al público en general, no es menos cierto que solo unos pocos pueden hacer uso de ella, en tanto que la operatividad de dicho programa requiere de cierta preparación técnica para dotar de cualidades específicas a los productos obtenidos mediante dicho programa para que, más adelante, puedan ser correctamente admitidas y valoradas dentro del proceso. Respecto de esto último, no es cierto, por tanto, que *Google earth* se encuentre a disponibilidad de cualquier persona.

- Debe procurarse que con la declaración de admisibilidad de las fotografías satelitales (como prueba nueva) se garantice el derecho de las partes a conocer la verdad de los hechos. En tal virtud, la admisión de las fotografías satelitales no debe tener otro fin que el de acreditar con más eficacia los aspectos que han sido cuestionados a través del recurso de apelación.
Solo de esta forma es posible afirmar que el procedimiento que determinó la admisibilidad de estos medios de prueba se ha realizado acorde a los principios constitucionales del proceso penal y, por ende, su práctica será legítima en el juicio oral, en tanto que con ello no se pretende subsanar ninguna omisión probatoria negligente (en la primera instancia), sino desvirtuar los alegatos de la apelación que ponen en duda algunos aspectos de la sentencia del *ad quo*.
- Debe procurarse que la declaración de admisibilidad de las fotografías satelitales (como prueba nueva) no ocasionará la indefensión en la contraparte; para evitar ello, importa que dicha declaración (de admisibilidad) le sea trasladada con el tiempo suficiente para que prepare su defensa. Por otro lado, también debe procurarse que, en el supuesto contrario, la declaración de inadmisibilidad de dichas fotografías no derive tampoco en la indefensión de la parte que ofrece las pruebas, en tanto que limitaría su derecho a la prueba y su derecho a contradecir los argumentos de la apelación.

Desde luego que son infinitos los hechos y múltiples las formas en que pueden suceder dichos hechos frente a un juez. No obstante, estos lineamientos pueden ser de utilidad para el operador jurídico al momento de declarar la admisibilidad de medios de prueba que pretenden ser introducidos en segunda instancia como “prueba nueva”.

De este modo, rechazamos una interpretación rígida y meramente legalista del art. 422.2.a del CPP de 2004, toda vez que, a nuestra consideración, este modo de interpretación resta o limita la perspectiva garantista y democrática del sistema de recursos. Como hemos ya sostenido antes, la flexibilización a la “preclusión probatoria” tiene su origen en el derecho a conocer la verdad, la misma que ha de proyectarse como un principio al momento de discutir la admisibilidad de la “prueba nueva” en segunda instancia. Con todo ello, no pretendemos legi-

timar la negligencia en la omisión probatoria de las partes, pero tampoco excluir material probatorio que puede ser de utilidad para conocer mejor los hechos y garantizar en mejor medida una decisión más acorde a Verdad y la Justicia. El límite entre ambas acciones (legitimación y exclusión) se ha de fijar según cada caso con ayuda del principio de proporcionalidad.

Ixxiii) Conclusiones

Las imágenes o fotografías satelitales pueden ser introducidas al proceso como medios de prueba documental y, de este modo, ser empleadas para acreditar los hechos que vienen siendo investigados. Como hemos dicho, se tratan, pues, de medios de constatación gráfica absolutamente objetivos.

Las imágenes satelitales de *Google earth* sí pueden ser admitidas dentro del proceso como medios de prueba “nuevos” en atención al cumplimiento de los 5 requisitos siguientes: i) el medio probatorio no debe ser uno de los ya propuestos y practicados en la primera instancia; ii) el medio probatorio nuevo que se propone debe guardar relación con los hechos objeto de apelación; iii) es necesario que la proposición de los nuevos medios de prueba encuentre su fundamento en el desconocimiento de su existencia hasta después de finalizada la etapa probatoria de la primera instancia; iv) la admisión debe tener como fundamento la búsqueda de la verdad material, sin que ello suponga subsanar el acto negligente de la omisión probatoria; y, v) en caso de que el órgano jurisdiccional inadmita el medio de prueba no se genere un estado de indefensión a la parte que la ofrece .

Por último, conviene señalar que para la valoración de estos medios de prueba se requerirá, en los casos que así lo requieran –y el juez lo determinará así si fuera necesario–, la práctica de una pericia a fin de que el perito pueda facilitar la explicación de la información que ha sido obtenida a través de la tecnología satelital (teledetección satelital). De lo dicho se desprende que si una imagen *per se* goza de ciertas características que permitan al mismo juez cumplir con el objetivo probatorio pretendido, no se requerirá la práctica de dicha pericia, salvo que dichas imágenes sean cuestionadas en su autenticidad o valor probatorio. Además, si dicho juez, por las máximas de la experiencia, estima necesario la práctica de una pericia podría requerirlo en virtud de los arts. 385.2 (prueba sobre prueba) y 424.1 del CPP 2004.