

BOLETÍN DE INFORMACIÓN

■ Año LXIX

■ Núm. 2180

■ Julio de 2015

ESTUDIO DOCTRINAL



**Reflexiones críticas en torno a la prueba en el
proceso penal español: especial referencia a la
prueba preconstituida y a la prueba anticipada**

María Victoria Álvarez Buján



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad y
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

*Investigadora Predoctoral de Derecho Procesal¹
Universidade de Vigo*

Resumen

El objeto principal de estudio del presente trabajo se centra en el análisis de las diligencias de anticipación y preconstitución probatoria, su parca regulación, sus singularidades, la confusión doctrinal y jurisprudencial existente en torno a estas dos figuras procesales, así como la problemática que ello genera en la praxis judicial. Todas estas cuestiones serán examinadas con el fin de clarificar el oscuro panorama que rodea esta materia y de proporcionar una visión sobre la misma que resulte de utilidad práctica.

Abstract

The main aim of this work is focused on studying the inquiries of pre-constructed and anticipated proof, its scarce regulations its singularities, the misunderstandings that exist concerning this issue, on behalf of the

¹ Beneficiaria de la *Ayuda de apoyo a la etapa predoctoral del Plan Gallego de Investigación, Innovación y Crecimiento 2011-2015 (Plan I2C) para el año 2014*. Otorgada por resolución de la Consellería de Educación, Cultura e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia de 14 de abril de 2015.

doctrine and the jurisprudence, as well as, the problems that this phenomenon generates in the practical field. All these questions will be examined with the purpose of clarifying the dark outlook surrounding this matter and provide a vision with practical utility.

Palabras Clave

Proceso penal, prueba, preconstitución y anticipación probatoria, problemas prácticos.

Keywords

Criminal proceedings, evidence, anticipated and pre-constructed proof, practical problems.

Sumario

1. *Consideraciones previas.*
2. *La prueba en el proceso penal español: aspectos esenciales.*
3. *La prueba preconstituida y la prueba anticipada: regulación y problemática jurídica existente.*
4. *A modo de conclusión.*
5. *Bibliografía.*

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El proceso penal ha venido definiéndose doctrinalmente desde hace ya largo tiempo como “*el instrumento que la Jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del ius puniendi del Estado*”². Como tal, posee una estructura y unos principios propios que lo diferencian del resto de procesos, civil, contencioso-administrativo y laboral, ya que se divide en dos fases: la fase de instrucción y la fase de juicio oral, además de una fase intermedia entre ambas, que según nos encontremos en el marco del procedimiento abreviado o del procedimiento ordinario será más clara o se desarrollará de forma más atenuada.

Dentro de la fase de instrucción, donde rige el principio de investigación de oficio se llevan a cabo los denominados “actos o diligencias de investigación” que son aquellas actuaciones que tienen por objeto comprobar la *notitia criminis* y, por tanto, acreditar la existencia del ilícito penal, su tipicidad y el presunto responsable, esto es, determinar si existe o no base suficiente para formular la acusación³. En suma, el resultado de las diligencias de investigación proporciona argumentos jurídicos en el desarrollo del proceso para resolver las cuestiones relativas a la imputación, las medidas cautelares, las peticiones de sobreseimiento y la apertura del juicio oral⁴. Por su parte, dentro de la fase de juicio oral tiene lugar la actividad probatoria que, al contrario de lo que ocurre con las diligencias de investigación, incumbe a las partes, y su principal finalidad no es otra que la de servir de fundamento para la sentencia de absolución o de condena, razón por la cual debe ser practicada en presencia de un órgano juzgador de carácter imparcial e independiente y bajo el abrigo de los principios de contradicción, igualdad de los medios probatorios, oralidad, publicidad, inmediación y concentración⁵.

² GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2013, pp. 37 y 38.

³ *Vid. ibídem*, pp. 176-178.

⁴ Sobre las características que son intrínsecas a los actos de investigación, *vid.* MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 201-203.

⁵ En este sentido, HUERTAS MARTÍN, M. I. (*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 28), asevera que “*en el proceso penal la prueba está constituida por la actividad procesal de las partes y del propio juez o tribunal encaminada a la determinación de la veracidad o no de las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes, y cuya finalidad no es otra que la de conducir al órgano judicial sentenciador a la convicción psicológica acerca de la existencia o inexistencia de dichos hechos*”.

Ciertamente existen numerosos y distintos tipos de diligencias de investigación, ruedas de reconocimiento, indagatorias, declaraciones testificales, careos, etc., pero sin duda, las más singulares tanto por su naturaleza como por su finalidad son aquellas que persiguen la anticipación y la preconstitución probatoria. No obstante, aunque pueda parecerlo, el estudio de las mismas no resulta tarea sencilla, y ello es fruto no solo de la escasa regulación que la LECrim contempla en relación con esta clase de diligencias, sino también de las numerosas incorrecciones y confusiones en las que incurren tanto la doctrina como la jurisprudencia a la hora de dictaminar acerca de qué debe entenderse por “prueba anticipada” y por “prueba preconstituida”, cuál es la finalidad a la que cada una de estas medidas se consagra, en qué momento procesal se deben practicar y cuál es su eficacia probatoria en fase de juicio oral. Este es el motivo por el cual nos ha parecido harto interesante abordar el examen de esta materia, visto que las diligencias de instrucción y, más en particular, las diligencias de anticipación y preconstitución probatoria —aquellas que configuran el objeto central de nuestro trabajo— representan una pieza fundamental no solo de la investigación penal sino también del propio proceso, ya que pueden llegar a adquirir valor probatorio en sede de juicio oral en virtud de lo dispuesto en el art. 730 de la LECrim⁶. Pero además, y aquí es donde se encuentra el verdadero *quid* de la cuestión, estos dos institutos procesales y la forma en la que los mismos se emplean en el marco del proceso penal poseen, como veremos, una importante trascendencia en lo que respecta a la protección de los derechos y garantías del justiciable, que deben salvaguardarse en toda causa.

2. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: ASPECTOS ESENCIALES

a) Diligencias de investigación y prueba

El proceso penal se divide en dos fases bien distinguidas: por un lado, la fase de instrucción, donde rige el principio de investigación de oficio⁷ y se

⁶ Esta es, en verdad, una materia compleja y para su correcto estudio, resulta indispensable examinar, si bien con carácter incidental y previo, determinadas cuestiones que se presentan fundamentales para la apropiada comprensión del concepto, la naturaleza, la finalidad y el funcionamiento de la anticipación y la preconstitución probatorias en el marco del proceso penal. Tales cuestiones se refieren, fundamentalmente, a la estructura del proceso penal, al concepto de prueba, a la diferencia entre fuente y medio de prueba y a los principios de contradicción e intermediación, habida cuenta de que precisamente las diligencias de prueba anticipada y prueba preconstituida se configuran como una excepción a los mismos.

⁷ Sobre el principio de investigación de oficio, *cfr.* ZEGRÍ BOADA, E., «Finalidad, alcance y límites de la investigación sumarial», *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y*

practican las diligencias de investigación; y por otro lado, la fase de juicio oral, en el marco de la cual se desarrollan los actos probatorios que se encuentran revestidos por el principio de aportación de parte. Además, existe otra fase denominada “fase intermedia” que es aquella que “*va desde el momento en que se cierra o se concluye la instrucción [a veces, mediante un auto que conocemos como de conclusión (art. 622 LECrim), otras sin denominación específica, como es el caso del art. 780.1, o art. 27.4 LOTJ] hasta el momento que el órgano judicial dicta, bien el auto de sobreseimiento provisional o libre, bien el auto de apertura de juicio oral*”⁸.

Por su parte, las diligencias de investigación tienen por objetivo determinar si existe o no base suficiente para continuar con la tramitación del procedimiento penal y formular la acusación. De esta manera, “*Debido a la función esencial de la fase instructora, consistente en preparar adecuadamente el juicio oral (art. 299), el juez ha de realizar toda una serie d actos instructorios de investigación a fin de comprobar la existencia y tipicidad de la «notitia criminis», así como la de su autoría*”⁹. Sin embargo,

medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites, (Dir. ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M.), v. I, La Ley, Madrid, pp. 454-457. Esto es así, porque tal y como aduce la STS 378/2014, de 7 de mayo (TOL4.331.271), “*la ausencia del Secretario Judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida, y la del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio, pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ, para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial*”. Vid. también aquí STS 381/2010, de 27 de abril (TOL1.847.071).

⁸ MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 54. Esta fase contiene ciertas diferencias en función del tipo de procedimiento en el que nos encontremos. Así, en lo que respecta al procedimiento abreviado, la fase intermedia será escrita y se desarrollará ante el Juez de Instrucción (art. 780 de la LECrim), y en lo que concierne al proceso ante el Tribunal del Jurado, la misma se ventilará también ante el Juez de Instrucción, pero ostentará un carácter predominantemente oral, concentrándose en una audiencia denominada “preliminar” (art. 29 y ss. LOTJ). Sin embargo, en el proceso ordinario, dicha fase será preponderantemente escrita y se llevará a trámite por la Audiencia Provincial (arts. 623 y 632 de la LECrim), criterio este que no parece muy correcto habida cuenta de que al ser el órgano funcionalmente competente para dictaminar sobre la acusación el mismo que para decidir sobre la condena o absolución, se genera una situación que puede poner en entredicho la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento. *Ibidem*, pp. 55 y 56. Cfr. también GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho...*, op. cit., pp. 379-984.

⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 227.

la utilidad final de los actos de prueba no es otra que la procurar la convicción del jugador sobre la realidad de los hechos objeto del litigio y, por tanto, en último extremo, de servir de fundamento (*de ratio decidendi*) para la sentencia¹⁰.

Consecuentemente, actos de investigación y actos de prueba son elementos claramente discernibles, dado que los primeros “no se convierten por sí solos, en actos de prueba, que permitan posteriormente al órgano decisor fundar en ellos una sentencia de condena”, sino que se encaminan a “facilitar a las partes la fundamentación fáctica de sus respectivos escritos de calificación o acusación, pero no permiten al juez o tribunal sentenciador extender sobre ellos su conocimiento en la declaración de los hechos probados de la sentencia”¹¹.

En suma, investigación y prueba representan los dos grandes pilares sobre los que se sustenta el proceso penal y, justamente, la singularidad de nuestro tema objeto de estudio radica en el hecho de que cuando entra

En el art. 299 de la LECrim se dice que: “Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

¹⁰ Vid. sobre esta cuestión, MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal...*, op. cit., pp. 365-367. Con todo, es preciso tener en cuenta que “Las partes no son dueñas de la apertura del procedimiento a prueba, debiéndose en cualquier caso, y si no hubiera conformidad, disponer el inicio de las sesiones del juicio oral (art. 701); asimismo, el tribunal puede de oficio proponer la práctica de los medios de prueba (art. 729.2º), formular su presidente preguntas a los intervinientes en la misma (cfr. La obligación de «esclarecimiento» -«die Aufklärungspflicht»- del artículo 708.2º), disponer de oficio la diligencia de careo (729.1º) o examinar el tribunal también de oficio la prueba documental (art. 726). GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 413.

¹¹ *Ibidem*, p. 227.

MAGRO SERVET, V. (*Guía práctica profesional de investigación policial y medios de prueba en el proceso penal*, La Ley, 2011, p. 496), pone de relieve en relación con esta cuestión que “al introducir la polémica de qué validez probatoria tienen las diligencias policiales, recuerda de forma reiterada el TS (entre otras, Sentencia 217/1989, 21-12-89) que: «Únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia... Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgado»”.

en juego la realización de pruebas anticipadas y de pruebas preconstituidas no resulta nada sencillo distinguir entre diligencias de investigación y diligencias de prueba, pues, aunque en un principio las actuaciones de anticipación y preconstitución probatoria se practican en la fase de instrucción o, incluso, con carácter previo a esta y, en cualquier caso, con anterioridad a la práctica de la prueba en sede de juicio oral, finalmente, las mismas pueden llegar a desplegar eficacia probatoria, siempre y cuando se cumplan las garantías procesales adecuadas a tal efecto; y ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 730 de la LECrim¹².

b) Concepto de prueba

Los distintos y principales autores que representan una clave en el estudio del derecho procesal en nuestro país han proporcionado no pocas acepciones acerca de qué debe entenderse por prueba en el ámbito penal¹³. Así, en puridad y siguiendo a HUERTAS MARTÍN, podemos concebir la prueba como *“todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley para llevar al juez el*

¹² Cfr. en este sentido, entre otras muchas, SSTC 303/1993, de 25 de octubre (TOL82.324); 187/2003, de 27 de octubre (TOL319.135); SSTS 1234/1997, de 6 de octubre (TOL408.364); 148/2012, de 3 de marzo (TOL2.532.608) y SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 -caso Kostovski- (TOL164.143) y de 15 de junio de 1992, -caso Lüdi- (TOL220.338).

El tenor literal del art. 730 de la LECrim es el siguiente: *“Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”*. Es preciso resaltar que el contenido de este precepto es notablemente parco, aspecto que critica ASENSIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 182-184. No obstante, el mismo ha sido modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito –que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE–, quedando pues su redacción de la siguiente manera: *“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”*. En definitiva, se ha introducido como novedad el último inciso del precepto, dando con él la posibilidad de que las víctimas menores de edad y las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección efectúen sus declaraciones como prueba anticipada sumarial, evitando así que estas tengan que reiterar su testimonio en el acto del juicio oral y que, como consecuencia de ello, se vean obligadas a sufrir un encuentro directo con su agresor. Vid. también aquí la Circular 3/2009 de la Fiscalía General de Estado sobre protección de los menores víctimas y testigos y la STS 593/2012, de 17 de julio (RJ 2012\10546).

¹³ Empero, teniendo en cuenta el perfil y la extensión del presente trabajo, nos hemos decantado por reflejar únicamente aquellas definiciones que, a nuestro juicio, resultan más completas y clarificadoras.

*convencimiento o la certeza sobre los hechos que son objeto del proceso o, desde otra perspectiva, constituirían la prueba todo el conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe emitir su fallo, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza*¹⁴.

De modo más sintético, GUZMÁN FLUJA considera que *“la prueba es todo medio o instrumento que permite introducir en el proceso y hacer llegar al juez los elementos necesarios para poder decidir sobre el juicio de hecho”*¹⁵.

En conclusión, podemos sostener que *“la prueba es la actividad esencial en el proceso, pues justifica y fundamenta la resolución judicial que decide el litigio”*¹⁶.

Amén de lo explicado en las anteriores definiciones, es preciso reseñar que la única actividad probatoria válida para enervar la presunción de inocencia y fundar el fallo de la sentencia será, por regla general, aquella cuya práctica se lleve a cabo en sede de juicio oral, estando presidida por los principios de contradicción, intermediación, oralidad, publicidad y contradicción¹⁷. En este particular contexto, el art. 741 de la LECrim en su párrafo primero dispone que *“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”*, consagrando de esta forma el principio de prueba circunscrita al juicio oral¹⁸.

En último término y a fin de ofrecer en este punto una definición de prueba penal acabada, simplemente nos resta añadir que la misma debe ser

¹⁴ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, op. cit., pp. 27 y 28.

¹⁵ GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 33.

¹⁶ MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 365.

¹⁷ Cfr. en esta línea, entre otras, SSTC 31/1981, de 28 de julio (TOL110.833) y 145/1985, de 28 de octubre (TOL79.535).

¹⁸ ASENCIO MELLADO, J. M. (*Prueba prohibida...*, op. cit., pp. 160 y 161), aclara que este precepto trata de conseguir dos objetivos al mismo tiempo: el primero de ellos se refiere al *“aprovechamiento de la totalidad de lo acaecido en el acto del juicio para la formación de la convicción”*; y el segundo, es el relativo a *“la preeminencia de la prueba personal sobre la lectura en la vista de las actas en las que se documentan los interrogatorios o se hacen constar los resultados de cualquier otra prueba no testifical o pericial”*.

propuesta en tiempo y forma, reuniendo determinados requisitos específicos. Así, la prueba tiene que ser relevante para fundamentar el fallo de la causa en cuestión; pertinente, lo que significa que ha de estar necesariamente relacionada con el objeto del juicio; necesaria, esto es, que posea utilidad para los intereses de la concreta parte que la propone (acusación/defensa) y, además, su práctica debe ser posible¹⁹.

Asimismo, la prueba que exista tendrá que ser suficiente para fundamentar la decisión final del órgano juzgador, habrá de estar razonada y deberá gozar de licitud, es decir, tendrá que haber sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas constitucional y procesalmente²⁰.

c) Los principios que rigen la práctica de la prueba. Especial mención al principio de contradicción y al principio de inmediación

Podemos tomar como punto de partida en este apartado la consideración que efectúa GIMENO SENDRA en lo que atañe a los actos de prueba, al referirse a los mismos como *“la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del juez o tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba”*²¹.

¹⁹ En lo tocante a la necesidad de que se cumplan estos peculiares requisitos de la prueba, cfr., entre otras, STS 1947/2004, de 29 de octubre (TOL525.694).

En consonancia con esto, es preciso incidir en el hecho de que *“El Juez, no está obligado a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa “sino los que el juzgador valore libre y razonablemente como tales” (Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1983, de 11 mayo y 150/1988, de 15 julio, entre otras). Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: “pertinencia” es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye “thema decidendi” (vid. STC 51/1981, de 10 abril); “relevancia” existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta (ci. SSTC 116/1983, de 7 diciembre 51/1985, de 10 abril y 45/1990, de 15 marzo)”*. Auto núm. 37/2009 de la AP de Almería, Sección 2ª, 12 de febrero de 2009. Cfr. también en la misma línea, SAP de Castellón (Sección 2.ª) núm. 205/2006, de 19 de mayo de 2006.

²⁰ Cfr. entre otras, SSTS 435/2013, de mayo (TOL3.791.874) y 912/2013, de 4 de diciembre (TOL4.042.049).

²¹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 413.

En definitiva, la práctica de la prueba debe estar presidida por los principios de contradicción, intermediación, oralidad, concentración y publicidad, siendo la concurrencia de tales requisitos lo que, precisamente, otorga protección al principio de presunción de inocencia²². Además, su mayor peculiaridad estriba en que todos ellos se encuentran intrínsecamente vinculados, de manera que difícilmente podría entenderse el significado de uno sin el concurso de los demás y, si bien, los mismos no están expresamente recogidos en la LECrim, sí se encuentran ínsitos implícitamente en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la CE²³, que en su valor de *norma normarum*, obliga a llevar a cabo una reinterpretación del proceso penal de acuerdo con los principios constitucionales, cuyo fin último es el de garantizar el orden público y la paz social, amén de conseguir que el ciudadano deposite su confianza en la Justicia, una Justicia que deberá ser ágil y garante²⁴.

En este orden de composición, debemos precisar que la intermediación es el presupuesto que, por excelencia, debe conducir la práctica de toda prueba porque *“consigue asegurar que el órgano judicial esté en contacto directo tanto con los sujetos como con el objeto del proceso”*²⁵. En tal sentido, es evidente que *“la convicción judicial fundada en datos percibidos directamente gozará de una fiabilidad comparativamente mayor que la que obtendríamos por cualquier otra vía, simplemente o porque nos permitirá una mayor cercanía a los hechos cuya realidad se pretende comprobar”*²⁶.

De igual modo, la presencia del principio de contradicción resulta fundamental al objeto de garantizar la igualdad de armas de las partes y

²² Cfr. en este sentido, entre otras, STS de 07 de octubre de 2002 (TOL229.697).

²³ Asimismo, el art. 120 de la CE hace mención expresa al principio de oralidad y al principio de publicidad al preconizar que *“1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”*.

²⁴ Vid. sobre este particular aspecto, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 23-35.

²⁵ HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Comares, Granada, 2006, p. 7.

²⁶ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 24.

evitar con ello que se genere indefensión²⁷. Dicho principio se basa en “la necesaria oposición argumental entre acusación y defensa en orden a obtener la convicción que constituye el fundamento de la sentencia penal”²⁸.

En lo que se refiere a la oralidad, la concentración y la publicidad, tales requisitos suponen un complemento para el perfecto cumplimiento del principio de inmediación. Así, la oralidad es un elemento imprescindible para que la inmediación goce de todas sus ventajas²⁹ y, tal y como declara HUERTAS MARTÍN haciendo cita de MONTERO AROCA, “significa que en los actos procesales tiene preeminencia la palabra sobre la escritura como forma de expresión y comunicación entre los distintos sujetos intervinientes en el proceso”³⁰. Respecto a la publicidad, esta “protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH 8 de diciembre de 1983, caso Axen)”³¹. Finalmente, la concentración exige que los actos procesales y, más en concreto, los actos probatorios no se dispersen en el tiempo, agrupándose en una sola audiencia o en las menos posibles, de forma que el juez pueda contar con una percepción próxima y certera acerca de las pruebas que se practican en el plenario³².

²⁷ Este principio no es sino una clara manifestación del contenido del art. 24 de la CE.

²⁸ ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida...*, op. cit., p. 164. Asimismo, “el principio de contradicción en relación con la actividad probatoria se concreta en la facultad que las partes poseen no solamente de contraponer afirmaciones o alegaciones como fuentes de información, sino también en la posibilidad recíproca de proponer pruebas y contrapruebas”. HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, op. cit., p. 114.

²⁹ El art. 229.1 de la LOPJ dispone que “Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación”.

³⁰ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, op. cit., p. 118. Acerca del principio de oralidad, vid. también, CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 130-131 y HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación...*, op. cit., pp. 8-10.

³¹ STS 1027/2002, de 3 de junio (TOL173.403). Además, es necesario reseñar que la restricción del principio de publicidad ha de ser adoptada mediante resolución motivada del órgano juzgador. Vid. aquí, entre otras, STS de 5 de diciembre (TOL3.500.085). Acerca del principio de publicidad procesal, vid. también las reflexiones plasmadas en IGLESIAS CANLE, I. C., «Los límites de la información judicial: Secreto de sumario y filtraciones», *Comunicación y Justicia en Violencia de Género*, (Coords. IGLESIAS CANLE, I. C.; LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89-95.

³² Cfr. HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación...*, op. cit., p. 11 y 12.7

No obstante, en ocasiones y en la práctica habitual, se producen inconvenientes que impiden o dificultan la intermediación del órgano de enjuiciamiento en el momento de la práctica de la prueba, como ocurre cuando es menester acudir al auxilio judicial, teniendo que practicar ciertas diligencias o actuaciones probatorias *“fuera de la sede judicial y por órganos, instituciones o personas ajenas al órgano jurisdiccional donde se sigue el proceso”*³³. Además, también es frecuente que existan testigos que no pueden desplazarse al juzgado para declarar o peritos que no pueden acudir a deponer al acto del juicio en la fecha en la que este se celebra, sin olvidar la problemática que plantean los elevados costes que conlleva el desplazamiento de estos expertos a la sede judicial. Estos últimos contratiempos se solventan a través del uso de la videoconferencia, medio de auxilio técnico gracias al cual *“se podrán practicar las diligencias personales del interrogatorio de las partes, testigos o peritos que residan en lugares muy distantes a la sede del órgano judicial en que se esté celebrando el proceso, o se encuentren impedidos y el traslado les resulte imposible o muy gravoso”*³⁴, evitando con ello el tener que recurrir a la práctica anticipada de tales actos de prueba³⁵.

Otro de los problemas a los que nos enfrentamos a la hora de intentar preservar el cumplimiento de los principios de intermediación y contradicción se produce, ni más ni menos, con la realización de actuaciones de prueba anticipada y de prueba preconstituida, dado que, como ya hemos indicado anteriormente, tales diligencias de naturaleza sumarial pueden llegar a integrarse en el acervo probatorio, conformando, por consiguiente, una

³³ MORENO CATENA V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 274.

³⁴ HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación...*, *op. cit.*, p. 209. Sin embargo, compartimos la opinión de la autora cuando afirma que *“debe evitarse que la videoconferencia se convierta en un sustituto de la declaración directa, y que la mera comodidad de los que intervengan en el proceso acabe haciendo de esta técnica el medio habitual para tomar cualquier declaración que deba practicarse en el proceso”*. *Ibidem*, p. 210. En este sentido, para que el uso de la videoconferencia sea lícito y apropiado será necesario ponderar los intereses en juego, valorando a tal efecto las razones de utilidad, seguridad y orden público a las que hace mención el art. 731 bis de la LECrim, cuya redacción fue modificada, junto con la de los arts. 433, 448 y 707, por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. *Vid.* aquí, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2010, p. 556.

³⁵ Ello es así, porque el mecanismo de la videoconferencia permite *“la transmisión a tiempo real del resultado (imagen y sonido) de un medio probatorio, a un lugar distinto de aquél en que se practica mediante una conexión bidireccional plena a tiempo real entre ambas sedes”*. *Ibidem*, p. 550.

excepción a dichos principios y al significado del art. 741 de la LECrim³⁶. El vehículo por medio del cual estas actuaciones adquieren valor probatorio es el artículo 730 de la LECrim, precepto que en, una línea similar a la del artículo 714, que hace referencia a los supuestos en los que existe una disconformidad entre las declaraciones prestadas en fase de instrucción y las vertidas en el acto del juicio oral³⁷, se aparta “*de la regla general de que solo son pruebas para fundar el fallo del órgano judicial las practicadas en el juicio oral y, por lo tanto, sometidas a las garantías de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción*”³⁸.

Lógicamente y dadas las nefastas consecuencias que ello conllevaría, especialmente desde la óptica de los derechos y garantías del justiciable, las excepciones no pueden ser, de ningún modo, interpretadas de manera extensiva, razón por la que el ámbito de aplicación del art. 730 de la LECrim se halla restringido a determinadas diligencias, esto es, a las diligencias de prueba preconstituida y de prueba anticipada, las cuales revisten distintas particularidades y disimilitudes entre sí. Así, a modo de anticipo y a grandes rasgos, podemos referir que la prueba preconstituida es aquella que tiene como objetivo la obtención y el aseguramiento de las fuentes de prueba cuando por motivos de irrepitibilidad dichas actuaciones no pueden ser practicadas en el juicio oral (p. ej. un reconocimiento judicial, una inspección ocular con hallazgo de vestigios, una entrada y registro domiciliario con incautación de objetos, una escucha telefónica o una prueba de alcoholemia)³⁹. En contraposición, la prueba anticipada es

³⁶ En lo tocante a la posibilidad de que se otorgue valor probatorio a tales diligencias sumariales, siempre y cuando las mismas se hayan practicado con todas las formalidades exigidas constitucional y procesalmente, *cfr.* entre otras, SSTC 80/1986, 82/1988, 201/1989, 217/1989, 161/1990, 80/1991, 140/1991, 328/1994, 303/1993 o 36/1995 y SSTs de 6 de noviembre de 1992 o de 3 de marzo de 1993.

³⁷ El art. 714 de la LECrim establece que “*Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones observe*”. *Cfr.* en relación con esta cuestión, STS 269/1996, de 20 de marzo y STS de 25 de enero de 2007.

³⁸ HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación...*, *op. cit.*, p. 130.

³⁹ Esto es así, porque un test de alcoholemia sólo puede ser realizado en el momento en el que el sujeto en cuestión es interceptado por la policía conduciendo un vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, habida cuenta de que si se espera a la fase de juicio oral, los efectos del alcohol sobre la sangre o el aire aspirado ya habrán desaparecido. Sobre los controles de alcoholemia y todas sus singularidades, *vid.* MAGRO SERVET, V., *Guía práctica profesional...*, *op. cit.*, pp. 585-612. *Cfr.* también aquí STC 107/1985, de 7 de octubre (79.522) y STS 188/2002, de 14 de octubre (TOL258.548).

aquella que se efectúa cuando existen determinados motivos que impiden que la prueba se pueda practicar en el juicio oral, esto es, cuando no hay disponibilidad de la fuente de prueba para las sesiones del juicio oral, pero sí para el momento actual⁴⁰ (este es el caso paradigmático del testigo en peligro de muerte)⁴¹.

d) Diferencia entre fuente y medio de prueba: aseguramiento de la prueba.

La distinción entre fuente y medio de prueba no aparece recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratándose por tanto de una cuestión meramente doctrinal, pero de notorio interés en la práctica procesal, especialmente, a la hora de llevar a cabo el aseguramiento de la prueba.

Así, HUERTAS MARTÍN haciéndose eco de CARNELUTTI asevera que *“medio de prueba es «la actividad del juez mediante la que busca la verdad del hecho a probar» y fuente de prueba «el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad»*⁴². A continuación, la autora matiza siguiendo a SENTÍS MELENDO que *“la fuente es un concepto extrajurídico o a-jurídico y existirá con independencia de que se inicie o no un proceso,*

Vid. las consideraciones ofrecidas sobre las peculiaridades de la prueba preconstituida en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., «Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en la instrucción del proceso penal», Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, núm. 1, 2002, pp. 599-601.

⁴⁰ Cfr. GUZMÁN FLUJA, V. C., «La anticipación y aseguramiento de la prueba penal», *Prueba y proceso penal: (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*, (Coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 212. No obstante, GUZMÁN FLUJA entiende que este momento se produce necesariamente una vez que se ha dado apertura al juicio oral, cuestión con la que disintimos, por los motivos que explicaremos más adelante.

⁴¹ A este supuesto hacen referencia los arts. 448, 449 y 777.2 de la LECrim. Cfr. también sobre esta particular cuestión, entre otras, STS de 30 de mayo de 1995 (TOL405.077) y STC 209/2001, de 22 de octubre (TOL81.527).

⁴² HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, op. cit., p. 29. En sentido análogo, GIL VALLEJO, B. (*El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 37), expone citando a MONTERO AROCA que *“con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él. El medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal (Sentís Melendo)”*.

*mientras que el medio es un concepto jurídico, concretamente procesal, de forma que nace y se desarrolla en el proceso; así pues se buscan las fuentes, y una vez obtenidas, se incorporan al proceso a través de los medios, que constituyen el resorte del juez*⁴³.

En definitiva, “los medios de prueba son únicamente los instrumentos utilizados por las partes para trasladar los hechos de la realidad a la presencia judicial”⁴⁴, dicho en otras palabras, son el mecanismo a través del cual se introducen las fuentes de prueba en el proceso y, como tal, deben estar regulados en la ley⁴⁵. Así, dentro de la LECrim se contemplan diversos medios de prueba: La confesión de los procesados y personas civilmente responsables (arts. 688 a 700), el examen de los testigos (arts. 701-722), el informe pericial (723 a 725) y la prueba documental (arts. 726 y 727)⁴⁶.

⁴³ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, op. cit., pp. 29 y 30. Cfr. también en el mismo sentido, MORENO CATENA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 367.

Fue, precisamente, la tesis de SENTÍS MELENDO la que vino a esclarecer la distinción entre fuente y medio de prueba, siendo la misma acogida y suscrita por la doctrina de forma pacífica y unánime desde entonces. Vid. sobre este extremo GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y...*, op. cit., pp. 50 y ss.

⁴⁴ GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba...*, op. cit., p. 39. Cfr. también, en relación con la diferencia entre fuentes y medios de prueba, las consideraciones ofrecidas en DOLZ LAGO, M.J. (Dir.); FIGUEROA NAVARRO, C. (Coord.) con VV.AA., *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid, 2012, p. 94.

⁴⁵ En palabras de GUZMÁN FLUJA, V. C. («La anticipación y aseguramiento (...)»), op. cit., p. 185), “en la instrucción se localizan fuentes de prueba cuya vocación es ingresar en el juicio oral a través de la actividad de las partes y sólo de ellas; son estas fuentes de prueba las que pueden alcanzar el rango de pruebas, una vez acrisoladas con el correspondiente medio probatorio”. En la misma línea, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (*Del principio de intermediación...*, op. cit., p. 137), declara que dentro de los fines que son propios de las diligencias investigadoras se incluye el de suministrar “las fuentes de prueba útiles, aquéllas de las que se hace acopio durante la instrucción de la causa y se preparan y aseguran para ser introducidas en el juicio oral a través de los medios legalmente previstos”.

⁴⁶ Por su parte, el art. 299 de la LEC, norma procesal común y de aplicación supletoria, proporciona en su apartado primero una enumeración de los distintos medios de prueba que podrán ser utilizados en juicio: “1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados. 4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos”, añadiendo en su apartado segundo que “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. Finalmente, como cláusula de cierre, en su apartado tercero prevé la posibilidad de que “Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes,

La diferencia existente entre fuente y medio de prueba no es cuestión baladí y posee mayor trascendencia en el seno del proceso penal de la que a primera vista pudiera parecer; y ello, porque esta materia se encuentra en clara sintonía con la regulación y práctica de las medidas de aseguramiento de la prueba, por cuanto el fin último de las mismas “*consiste en garantizar la existencia de los objetos o estados de cosas con valor probatorio –fuentes– que estén amenazados de alteración o desaparición, para hacer posible la práctica del medio de prueba propuesto y admitido dentro del proceso en el momento previsto para ello*”⁴⁷.

Con certeza, el tema relativo al aseguramiento de la prueba guarda, a su vez, una estrecha vinculación con la prueba anticipada y la prueba preconstituida. Ello obedece a la circunstancia de que, como bien apunta GIMENO SENDRA, “*el aseguramiento de la prueba es una actividad del juez de instrucción que comprende dos cometidos concretos, bien la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de prueba instructora anticipada, bien la guarda o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida*”⁴⁸.

En suma, la principal pretensión del aseguramiento probatorio no es otra que la de preservar las fuentes de prueba para conseguir que se pueda llevar a efecto la práctica del medio de prueba en cuestión en el acto del juicio oral.

3. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y LA PRUEBA ANTICIPADA: REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA EXISTENTE

a) Delimitación del concepto y finalidad de la prueba preconstituida y de la prueba anticipada

Lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia manejan los conceptos de prueba preconstituida y de prueba anticipada de manera indistinta e imprecisa, incluso, en ocasiones, se refieren a los mismos como si fuesen figuras equivalentes, lo que implica que en la práctica se genere una notable confusión en lo que concierne a esta materia por parte de los operadores jurídicos, quienes se enfrentan con importantes

el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”.

⁴⁷ GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba...*, op. cit., p. 185.

⁴⁸ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 228.

dificultades no solo a la hora de distinguir con el debido rigor jurídico estas dos instituciones procesales, sino también al operar con ellas en el seno del proceso, porque desconocen cuál es la verdadera virtualidad de las mismas, los matices que se pueden dar en relación con cada una y los requisitos que han de reunir para poder desplegar efectos probatorios⁴⁹.

Probablemente, el primer y principal error existente aquí parte de la propia nomenclatura que arroja a estas diligencias, dado que, si bien no hay discusión acerca de la utilización de la expresión “prueba anticipada”, en palabras de IGLESIAS CANLE, “*resulta absurdo adjetivar con el participio «preconstituida» el sustantivo «prueba» pues una actividad no se puede preconstituir. Lo que sí se puede es dejar constancia de que se ha realizado y el modo como se ha hecho, en un soporte apto para albergar datos (documentos, fotos, vídeos, etc.), pero ello no es cosa distinta a la creación de una fuente de prueba*”⁵⁰.

Nos corresponde, pues, iniciar el estudio de este complejo tema, tratando de proporcionar una definición exacta de prueba preconstituida y de prueba anticipada, explicando las características y fines que son inherentes a cada una, así como el diverso momento procesal en el que las mismas pueden practicarse y el órgano que resulta competente a tal efecto⁵¹.

⁴⁹ A través del contenido de la STS 96/2009, de 10 de marzo (TOL1.494.514) puede vislumbrarse el galimatías que existe en la jurisprudencia en lo que respecta a la forma correcta de definir y denominar las diligencias de prueba anticipada y prueba preconstituida. Vid. también acerca de la confusión doctrinal y jurisprudencial imperante en lo que atañe a estos conceptos, GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y...*, op. cit., pp. 198-201.

⁵⁰ IGLESIAS CANLE, I. C., «La denominada “prueba pericial preconstituida”: La nueva redacción del art. 788.2 LECrim», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 605, 2003, p. 1. Asimismo, GUZMÁN FLUJA, V. C. (*Anticipación y...*, op. cit., p. 292), opina que la expresión “prueba preconstituida” debería sustituirse por la de “preconstitución de las fuentes de prueba para juicio”, por ser esta, a su parecer y teniendo en cuenta el propio objetivo que se persigue con esta clase de actuaciones, más adecuada. Sobre la inexacta aplicación del término de prueba preconstituida, vid. también DÍAZ CABIALE, J. A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», *Cuadernos CGPJ*, Madrid, 1991, p. 45 y MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 321-324.

⁵¹ Acerca de las diferencias existentes entre prueba anticipada y prueba preconstituida, vid. entre otros autores, IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 128-133, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., «Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36, 2001 (Ejemplar dedicado a: Genética y Derecho), pp. 133 y ss. y PEDRAZ PENALVA, E., «La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias

Por su parte, la prueba preconstituida es aquella clase de diligencia que posee un carácter aseguratorio de la fuente de la prueba⁵², por cuanto versa sobre “*hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral*”⁵³, y toda vez que su pretensión principal es la de evitar que se produzca “*la pérdida o desaparición de fuentes de prueba durante la tramitación de la causa*”⁵⁴. Es por esto que, en principio, la competencia para llevar a cabo este tipo de diligencias corresponde al juez instructor, pero ello, sin perjuicio de que las mismas puedan ser efectuadas también de manera preventiva por la policía ordinaria o judicial –pensemos, por ejemplo, en los test de alcoholemia o en las grabaciones de videovigilancia–, el Ministerio Fiscal e, inclusive, los órganos judiciales objetiva o territorialmente incompetentes, siempre que conste de manera acreditada la existencia de razones de urgencia⁵⁵.

En este orden de cosas, es preciso dejar claro que los actos de preconstitución probatoria no son, por sí mismos, elemento suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que “*Inicialmente estos actos eran diligencias de investigación y, por tanto, en su formación no se observaron las garantías de la prueba y, en especial, el principio de contradicción*”⁵⁶. En consecuencia, para que los mismos desplieguen

previas), 1998, pp. 49-56.

⁵² No obstante, dado que existe un enardecido debate en torno a la inmensa mayoría de los aspectos que rodean nuestra materia objeto de estudio, debemos destacar que la doctrina también discute, tal y como refiere GUZMÁN FLUJA, V. C. (*Anticipación y...*, *op. cit.*, pp. 199-200), sobre la cuestión de si la preconstitución probatoria se produce ante “*la imposibilidad de reproducir el medio de prueba o la fuente de prueba*” y cita a HERNÁNDEZ GIL como defensor de la primera opción.

⁵³ GIMENO SENDRA, V., «La prueba preconstituida de la policía judicial», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, p. 38.
<http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194212/260386> (27/12/2014).

⁵⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de intermediación...*, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁵ La legitimación de la policía judicial para realizar actos de prueba preconstituida viene concedida de la mano del art. 282 de la LECrim, que hace referencia a la obligación de la policía judicial de proceder al aseguramiento de “*todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial*”. En relación con la prueba preconstituida efectuada por la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y los jueces incompetentes objetiva o territorialmente, *vid.* GIMENO SENDRA, V., «La prueba preconstituida (...)», *op. cit.*, pp. 37 y 38. El autor apoya sus reflexiones en la STC 303/1993 y la STS de 19 de abril de 2005. *Cfr.* también aquí SSTC 107/1983, de 29 de noviembre (*TOL79.272*) y 138/1992, de 13 de octubre (*TOL80.748*).

⁵⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., «Anticipación, preconstitución (...)», *op. cit.*, p. 600.

verdadera eficacia probatoria las partes deberán instar en el momento procesal oportuno que se practique la prueba en la fase de juicio oral con las debidas garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción ex art. 730⁵⁷.

En última instancia, los elementos que engloba la prueba preconstituida *“no son otra cosa sino el resultado documentado de una actividad investigadora, que bajo ciertas condiciones cumplirá en la fase plenaria una función equivalente a la que desempeñan los medios de prueba auténticos como elementos de convicción judicial”*⁵⁸. Se trata, pues, en puridad, de diligencias investigadoras que, por su propia naturaleza y sus características de irrepitibilidad e irreproducibilidad, podrán adquirir *a posteriori* eficacia probatoria, siempre que en su práctica se cumplan los presupuestos necesarios a tal efecto y referidos, fundamentalmente, a la existencia de control o inmediación judicial y a la salvaguarda del principio de contradicción y del derecho de defensa, los cuales serán estudiados con mayor detenimiento más adelante⁵⁹.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., Del principio de inmediación..., *op. cit.*, p. 137.

Por su parte, GIMENO SENDRA V. («La prueba preconstituida (...), *op. cit.*, p.37), refiere que *“la prueba preconstituida es una prueba documental sobre hechos irrepitibles imposible de trasladar, por medios de prueba ordinaria, al juicio oral”*. Asimismo, para VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. («Anticipación, preconstitución (...)», *op. cit.*, p. 600), la prueba preconstituida *“sería en general, aquella que no puede reproducirse en el momento del juicio oral (...) nos hallamos ante diligencias de investigación, documentadas en los autos, que en casos puntuales (y que deberían ser excepcionales) se pueden transformar en prueba por medio de su introducción en el juicio”*.

Por otro lado, MUÑOZ CUESTA, F. J. («Proposición, admisión (...)», *op. cit.*, pp. 77-78), aprecia dos tipos de pruebas preconstituidas *“las que se han creado fuera del proceso, sin que constituyan una actividad procesal propia de la investigación y los actos que durante la investigación o instrucción de la causa por su naturaleza resulten irreproducibles o de muy difícil reproducción en el acto del juicio oral”*. Así, distingue entre *“los actos u objetos producidos al margen de la tramitación ordinaria del procedimiento penal, como documentos, grabaciones e incluso huellas del delito y por otro lado todos los actos de investigación sumarial que son realizados por la Autoridad judicial con la finalidad de obtener la certeza de la comisión del delito y de su culpabilidad y que no son posibles reproducir en juicio oral, además excepcionalmente los actos de «constancia» contenidos en los atestados policiales, los que se limitan a reflejar fielmente datos o elementos de la realidad externa obtenidos en una inspección ocular, estos tienen la consideración de prueba preconstituida”*. Cfr. en este sentido, STC 138/1992, de 13 de octubre (TOL80.748).

Vid. también en relación con las particularidades de la prueba preconstituida, entre otras, SSTC 107/1983, de 29 de noviembre (TOL79.272) y 201/1989, de 30 de noviembre (TOL81.772).

⁵⁹ Sobre los requisitos que se exigen para la validez de las diligencias de prueba

Cosa distinta es la prueba anticipada, la cual pivota sustancialmente sobre dos fenómenos, o bien, la existencia de una “*previsión de imposibilidad de llevar al acto de juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical*”⁶⁰, o bien, la pretensión de evitar que el juicio oral se suspenda, y ello, a tenor de lo dispuesto en los arts. 657 y 777.2 de la LECrim⁶¹.

Ahora bien, dentro de la conceptualización de prueba anticipada debemos efectuar indefectiblemente una disquisición entre dos figuras: la prueba anticipada sumarial y la prueba anticipada que se celebra ante el propio órgano de enjuiciamiento. Así, la primera de ellas se lleva a cabo cuando la necesidad de promover una anticipación probatoria surge en fase de instrucción porque se prevé, ya en este momento, la imposibilidad de efectuar la prueba en la vista oral. Pongamos aquí que existe un testigo de los hechos que se encuentra en inminente peligro de muerte y que es necesario tomarle declaración para el caso de que el proceso prospere y se proceda a decretar la apertura de juicio oral⁶². En este caso, la única opción que cabe para salvaguardar dicho testimonio y poder hacer uso del mismo en el juicio, es realizar la práctica de la prueba ante el juez instructor, permitiendo a las partes estar igualmente presentes en dicho acto, a fin de garantizar el principio de contradicción. El problema que se plantea en este supuesto no es otro que la falta de intermediación, ya que el órgano instructor no es quien va a conocer finalmente del enjuiciamiento de la causa, razón por la cual, para que la prueba anticipada tenga aquí virtualidad y ostente valor probatorio deberá ser introducida, a semejanza de la prueba preconstituida, ex art. 730 LECrim⁶³.

En lo que se refiere a la prueba anticipada que se celebra ante el órgano de enjuiciamiento, la misma se lleva a cabo “*en cualquier momento que*

preconstituida, *cf.* ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida...*, *op. cit.*, pp. 164-169.

⁶⁰ RIFÁ SOLER, J. M., «Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba», *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M.), v. I, La Ley, Madrid, 2011, p. 155. *Cfr.* aquí los art. 448, 449 y 777.2 de la LECrim.

⁶¹ GUZMÁN FLUJA, V., «La anticipación y aseguramiento (...)», *op. cit.*, p. 212.

⁶² Otro ejemplo de idénticas características sería el de una víctima que, por razón de su lugar de residencia, tampoco pudiese estar presente en el acto del juicio oral y, por consiguiente, deviniese necesario tomarle declaración en fase de instrucción como diligencia de prueba anticipada. *Vid.* en este sentido, STS 1375/2009, de 28 de diciembre (*TOL1.776.377*).

⁶³ Sobre la necesidad de que la prueba anticipada deba ser leída en el acto de la vista oral cuando sea de naturaleza sumarial, *vid.* MUÑOZ CUESTA, F. J., «Proposición, admisión y práctica de la prueba en los procesos ordinarios. Prueba anticipada y preconstituida», *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2003, p. 79.

*medie entre la apertura y el inicio efectivo de las sesiones del juicio oral*⁶⁴; y su singularidad radica en que por su forma de realizarse, al ser celebrada en presencia de las partes ante el propio órgano de enjuiciamiento (tras su oportuna solicitud por las partes en sus respectivos escritos de calificación ex art. 657.3º LECrim en relación con el procedimiento ordinario y ex arts. 781.1 párrafo tercero y 784.2 de la LECrim por lo que respecta al procedimiento abreviado⁶⁵), se da cumplimiento igualmente a los requisitos esenciales de la prueba, inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, siendo, por lo tanto, el único de los requisitos que de manera irremediable y por razones obvias no puede ser observado, el principio de concentración⁶⁶. Es a resultas de tales características que autores como MUÑOZ CUESTA ponen de relieve que en estos supuestos, leer la diligencia documentada en la vista oral *“sería una redundancia, ya que la defensa y acusación han participado en la confección de la prueba y el Tribunal la tiene a su disposición para poder obtener las consecuencias pertinentes, sin perjuicio de la inmediatez de un miembro del Tribunal que la haya presenciado*⁶⁷. No obstante, no convenimos con este extremo, puesto que, posicionándonos desde una óptica enfocada a extremar las

⁶⁴ GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y...*, op. cit., p. 265.

⁶⁵ De acuerdo con el art. 657. 3º de la LECrim *“podrán pedir además las partes que se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión”*. Este precepto tiene sus homónimos en el procedimiento abreviado dentro de los arts. 781.1 párrafo tercero y 784.2 de la LECrim. Así, el primero de ellos prevé que *“En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral”*; y el segundo, preceptúa que *“En el escrito de defensa se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos, a los efectos de la práctica de la correspondiente prueba en las sesiones de juicio oral o, en su caso, de la práctica de prueba anticipada”*. Empero, es menester reseñar que *“Si la circunstancia que legalmente habilita la realización de la prueba anticipada se conoce al tiempo de formular los escritos de calificaciones provisionales (o de acusación y defensa) será ahí donde se deba solicitar, con la pregunta de si en caso de no hacerse se trata de una posibilidad que precluye. Si, en otro caso, se conoce la circunstancia después de evacuado el trámite de los escritos de alegaciones iniciales, pero antes de la celebración de la vista oral, antes de su inicio, será en ese momento cuando quepa hacer la solicitud y habrá que justificar efectivamente que concurre la circunstancia habilitante y que no concurría o no se conocía antes”*. GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y...*, op. cit., p. 267.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 257.

⁶⁷ MUÑOZ CUESTA, F. J., «Proposición, admisión (...)», op. cit., p. 79. Se muestra también partidario de esta idea, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación...*, op. cit., pp. 167 y 168. Curiosamente, también es esta la línea que propone el borrador de Código Procesal Penal de 2013 en su art. 465 (precepto, en cierta medida, similar al actual art. 730 de la LECrim), pues solo exige la lectura en juicio oral de las declaraciones prestadas como prueba anticipada ante el Tribunal de Garantías.

garantías procesales, creemos que esta clase de prueba anticipada debe ser introducida igualmente en juicio oral ex art. 730 LECrim, porque ello no solo permite garantizar la inmediación por parte de todos los miembros del Tribunal, sino que hace que se proporcione cobertura al principio de concentración y es, asimismo, más coherente con el dictado del art. 741 del citado texto normativo⁶⁸.

Con todo y con eso, si la imposibilidad inicialmente prevista que motivó la realización de una anticipación probatoria desaparece, verbigracia, porque un testigo que se encontraba gravemente enfermo finalmente sobrevive o un testigo que manifestó la necesidad de ausentarse de la península se encuentra ahora disponible, la prueba deberá repetirse como tal, de nuevo, en el juicio oral, al objeto de dar estricto cumplimiento a todas y cada una de las garantías que debe revestir la práctica de cualquier medio de prueba. En este caso, el órgano juzgador valorará ambas –la prueba realizada de manera anticipada y la practicada posteriormente en el acto del juicio–, según las reglas de la sana crítica⁶⁹.

En resumen, prueba anticipada y prueba preconstituida pueden distinguirse con nitidez y, tras todo lo referido, podemos colegir que las únicas características que estas dos figuras tienen en común, a la postre, son: por un lado, la finalidad común de *“llevar al juicio oral aquellas pruebas que, por diferentes circunstancias, sería imposible practicarlas en*

⁶⁸ A la vista del argumento de los autores que no comparten nuestra posición, quizá pudiera parecer que este trámite es inútil y dilatorio, pero nada más lejos, dado que introducir la lectura de las diligencias a través del instrumento previsto en el art. 730 de la LECrim supone, en el seno del juicio oral, un paso procesal sencillo y breve. Además, si algo debe primar en cualquier caso son las garantías procesales y no las razones de economía procesal.

⁶⁹ *Vid.* sobre este particular, entre otros autores, HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación...*, op. cit., p. 136 y PLANCHAT TERUEL, J. M., «Testigos y proceso penal», *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, (Dir. ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M.), v. II, La Ley, Madrid, 2011, p. 281. Estos autores, si bien insisten en la necesidad de que se cumpla este requisito, sólo se refieren en tal sentido al supuesto de que nos encontremos ante una prueba sumarial anticipada. No obstante, en nuestra opinión, si el elemento clave para justificar la anticipación de una prueba se desvanece, la misma debe ser practicada en todo caso en el momento del juicio oral. De facto, si nos remitimos al art. 295.4 de la LEC, norma que resulta de aplicación supletoria en el proceso penal, el mismo establece que *“La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad”*.

*la vista*⁷⁰ y, por otro lado, la forma en la que las mismas se hacen valer en fase de juicio oral al objeto de adquirir efectos probatorios, pues tanto una como otra se incardinan en el plenario por medio del cauce previsto en el art. 730 LECrim⁷¹.

Empero, no todos los autores suscriben nuestra postura en relación con la definición y clasificación de prueba preconstituida y prueba anticipada. En este sentido, GUZMÁN FLUJA entiende, al igual que un determinado sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que la prueba sumarial anticipada no es tal, ya que, a su parecer, prueba anticipada únicamente puede ser aquella que se efectúa “*en cualquier momento que medie entre la apertura y el inicio efectivo de las sesiones del juicio oral*”⁷², concibiendo, por ende, el resto de actuaciones que responden a la misma necesidad pero que se realizan en un momento distinto al referido y, particularmente, aquellas a las que se refieren los artículos 448 (cuya redacción ha sido modificada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que entrará en vigor en octubre de 2015), 449 y 777.2 de la LECrim, como una suerte de preconstitución probatoria⁷³, teoría con la que nos mostramos plenamente disconformes, toda vez que consideramos que la correcta caracterización de una diligencia como prueba preconstituida o prueba anticipada no tiene que ver tanto con el momento en el que se practica la misma y, en consecuencia, con el órgano judicial (Juez de

⁷⁰ MUÑOZ CUESTA, F. J., «Proposición, admisión (...)», *op. cit.*, p. 82.

⁷¹ De acuerdo con el principio de proposición de la prueba por las partes y con el propio tenor literal del art. 730 de la LECrim, serán estas quienes deberán instar que se haga uso en el juicio oral del trámite de lectura de diligencias documentadas contemplado en dicho precepto. *Vid. Ibídem*, p. 81. Además, es preciso destacar que en ningún caso se pueden introducir las diligencias de prueba preconstituida y de prueba anticipada como si fuesen una prueba documental, solicitando las partes que se tengan las mismas “por reproducidas” ni acudiendo el órgano juzgador a la fórmula prevista en el art. 726. *Vid.* acerca de este particular, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 231. *Cfr.* también aquí STS 148/2012, de 3 de marzo (TOL2.532.608).

⁷² GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y...*, *op. cit.*, p. 265 y también el mismo autor en su obra «La anticipación y aseguramiento (...)», *op. cit.*, p. 213.

⁷³ PLANCHAT TERUEL, J. M. («Testigos y (...)», *op. cit.*, pp. 279 y 280), pone de relieve que existe una candente discusión en orden a determinar cuál es la forma correcta para referirse a estas concretas actuaciones. Así, mientras un sector doctrinal aboga por denominarlas como “prueba preconstituida”, otra parte de la doctrina las apoda bajo el nombre de “prueba anticipada en sentido impropio” al objeto de “reservar el término de «preconstituida» a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica –como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias– es forzosamente única e irrepitable”. *Cfr.* también sobre este particular, entre otras, STS 96/2009, de 10 de marzo (TOL1.494.514) y STS 228/2012, de 8 de junio (TOL2.598.222).

Instrucción u órgano decisor) ante el que tiene lugar, cuanto con la precisa finalidad que se persigue con ella⁷⁴.

Quizás, el problema en la interpretación de dichos preceptos viene de la mano del hecho de que los mismos únicamente prevén la realización de las diligencias a las que hacen mención ante el juez de instrucción y no ante el juez decisor, extremo que, a nuestro juicio, debería ser modificado en una futura reforma, en el seno de la cual se aclarase que tales supuestos, que por su finalidad deben ser considerados como actos de prueba anticipada, podrán ser realizados, bien ante el juez instructor, bien ante el juez decisor, en función del momento en el que surja la concreta necesidad de anticipar la prueba⁷⁵.

b) Singularidades propias de la prueba pericial y su posible configuración como prueba preconstituida

En otro orden de ideas, nos gustaría poner el acento sobre el error que se produce en la práctica cuando se entremezclan los conceptos de prueba preconstituida y prueba pericial, pues la razón de que los análisis periciales

⁷⁴ Comparten la visión de este autor, entre otros, MAGRO SERVET, V., «Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 92, 2012, pp. 7-12 y también se posiciona en una línea similar, a nuestro juicio, PLANCHAT TERUEL, J. M., «Testigos y (...), *op. cit.*, pp. 277-281.

Corrobora nuestra teoría en lo tocante a la distinción que obra entre prueba preconstituida y prueba anticipada, considerando, por tanto, que sí ha lugar a la prueba anticipada sumarial, la STS de 27 de enero de 2003 (TOL265.678). Entre las sentencias que catalogan las declaraciones testificales previstas en los arts. 448, 449 y 777.2 de la LECrim como diligencias de prueba anticipada realizada en instrucción, podemos destacar también las siguientes: SSTS de 21 de febrero de 2000 (TOL23.726); 8 de noviembre de 2001 (TOL102.935); 823/2007, de 15 de octubre (TOL1.221.198); 96/2008, de 29 de enero (TOL1.292.764); 768/2008, de 21 de noviembre (TOL1.413.543); 186/2009, de 27 de febrero (TOL1.463.020) y 238/2009, de 6 de marzo (TOL1.486.867). Cfr. asimismo en esta línea, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 281-284.

Estiman, sin embargo, que dichas declaraciones tienen categoría de prueba preconstituida, contradiciendo nuestra postura y poniendo de manifiesto la confusión reinante en esta materia, sentencias como: SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre (TOL718.589); 28/2007, de 11 de enero (TOL1.643.752); 850/2009, de 28 de julio (TOL1.602.552) y 166/2012, de 6 de marzo (TOL2.498.890).

⁷⁵ Esta es la línea que propone el borrador de Código Procesal Penal de 2013, texto que examinaremos más adelante.

Es necesario puntualizar aquí que el hecho de que la anticipación probatoria se lleve a cabo ante el juez instructor supone, a priori, la ruptura del principio de inmediación, pero tal obstáculo quedará salvado en el momento de efectuar la valoración de la prueba, al ser dicha tarea desempeñada por el órgano judicial decisor.

se efectúen en fase de instrucción no responde siempre a una necesidad de preconstituir prueba, sino a las características que son intrínsecas a la propia prueba pericial y a las fases en las que la misma se divide⁷⁶. Así, en primer lugar y, como es lógico, en la fase de investigación, se obtiene la muestra; en segundo lugar, se efectúa la pericia; a continuación, los peritos que la han realizado proceden a deliberar y a discutir sobre el resultado de la misma; y tras esta deliberación, elaboran el correspondiente informe. Por último, dicho informe deberá trasladarse, con carácter general, al juicio oral a fin de ser ratificado y sometido al examen de contradicción ante el órgano de enjuiciamiento⁷⁷.

Uno de los ejemplos más ilustrativos en lo que se refiere a esta cuestión es la prueba de ADN, prueba de carácter pericial, que a menudo es calificada como si se tratase de una prueba preconstituida⁷⁸. No obstante, aquí es preciso reparar en una disquisición. En efecto, la prueba de ADN alberga naturaleza de prueba preconstituida, pero solo en su vertiente de recogida y análisis de muestras dubitadas, por cuanto con ello y al amparo de lo preceptuado en el art. 326 de la LECrim se pretende asegurar la

⁷⁶ La prueba pericial no debe considerarse como una posible prueba preconstituida, salvo en extraordinarias excepciones que, como bien apunta VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. («Anticipación, preconstitución (...)», *op. cit.*, p. 608), se refieren a los casos en los que se produce “la imposibilidad absoluta de practicar la prueba en el juicio oral: cuando imprevisiblemente hubiera desaparecido o se hubiera alterado sustancialmente el objeto de una pericia. En tal caso, el informe practicado en la instrucción podrá transformarse en prueba preconstituida, si bien el perito deberá comparecer en el juicio oral para someterse a contradicción”. Uno de los más clarividentes ejemplos aquí es la pericia forense de autopsia. Cfr. respecto a la prueba pericial preconstituida los arts. 467 y 476 de la LECrim.

⁷⁷ Cfr. aquí los artículos 456 a 485 y 723 a 725 de la LECrim relativos a la prueba pericial y sus fases. Vid. también sobre esta cuestión, CLIMENT DURÁN, C., *La prueba...*, *op. cit.*, p. 798 y MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, pp. 404 y 405. Es preciso poner el acento sobre el hecho de que los peritos deban comparecer en juicio para ratificar sus informes acarrea importantes costes económicos de desplazamiento de estos profesionales, amén del trastorno que supone, tanto para ellos como para los laboratorios en los que prestan sus servicios, la pérdida de demasiado tiempo de trabajo. La solución a este notorio inconveniente no es otra que la de realizar la práctica de la prueba por medio de la utilización del sistema de videoconferencia, en los términos ya apuntados con anterioridad y adaptando, de esta forma, el funcionamiento de la Justicia a las innovaciones de la era digital. De hecho, en la actualidad, ya se emplea con carácter habitual este medio técnico. Vid. aquí HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación...*, *op. cit.*, pp. 209-215 e IGLESIAS CANLE, I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo...*, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁷⁸ Es de interés destacar, en relación con este particular aspecto, que el art. 267 del anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal de 2011 disponía que “El resultado de los análisis comparativos de los perfiles de ADN tendrá el carácter de investigación pericial y deberá ser sometido a contradicción en el juicio oral”, previsión que consideramos acertada, amén de clarificadora.

fuente de la prueba que, por razones obvias y de urgencia, no puede demorarse a un momento más tardío ni repetirse⁷⁹. Empero, en el caso de la extracción de una muestra indubitada de ADN, pese a que tanto la práctica de una intervención corporal leve realizada a tal efecto sobre el sujeto investigado como el ulterior análisis de dicha muestra podrían hacerse en cualquier momento del proceso, siendo además tales actuaciones perfectamente repetibles, por la propia finalidad y configuración de la instrucción, las mismas deben ser efectuadas en esta fase para coadyuvar al buen éxito de la investigación penal⁸⁰. Esto es así porque uno de los objetivos esenciales de la instrucción es el de averiguar la identidad del supuesto autor de los hechos, para lo cual, en no pocas

⁷⁹ Las muestras dubitadas de ADN que se hallen en el lugar del crimen, así como las huellas y demás restos y vestigios que existan, deberán recogerse lo antes posible para poder así asegurar las fuentes de prueba y evitar que las mismas sean destruidas, alteradas o contaminadas.

También se realiza con carácter de prueba preconstituida la recogida de restos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso, que tendrán a la postre la categoría de muestras indubitadas, y para cuya obtención no es necesario recabar autorización judicial, al amparo del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 31 de enero de 2006.

⁸⁰ La habilitación legal para proceder a este tipo de medidas de intervención corporal se contiene en la redacción del art. 363 de la LECrim, así como en el dictado de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

La característica de diligencia de aseguramiento de prueba y de prueba preconstituida es propia de determinado tipo de intervenciones corporales que por su propia naturaleza no pueden ser repetidas como actos de prueba en el juicio oral. Ahora bien, dicha irrepitibilidad no se da en todos los supuestos relativos a intervenciones corporales y así, tal y como explica ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (*Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 89 y 90), “Serán irrepitibles las diligencias que tienen por objeto la determinación del estado o condición corporal del afectado en un momento específico y no en otro (por su alterabilidad, concentración de alcohol en sangre, por ejemplo)”, pero otro tipo de diligencias como son las intervenciones corporales leves realizadas al objeto de obtener muestras indubitadas de ADN, esto es, medidas tales como una extracción sanguínea, una extracción capilar o un frotis bucal, pueden realizarse o repetirse en cualquier momento. Ocurre, sin embargo, que tal repetición no se efectúa porque ello resultaría antieconómico, amén de irrelevante, ya que rara vez los resultados de la repetición difieren de los de la primera prueba. En definitiva, en la práctica, los análisis de ADN sólo se repiten (por regla general, a instancias de la defensa) cuando existen razones fundadas para creer que ha habido una posible contaminación o alteración de la muestra, que la misma se encontraba muy deteriorada o degradada, o que no se ha observado la cadena de custodia, de modo que los resultados obtenidos con los análisis de ADN no resultan fiables. Con respecto a la cadena de custodia y al protocolo que se debe seguir a la hora de realizar las pruebas de ADN para que las mismas gocen de un nivel adecuado de fiabilidad y puedan ser consideradas como prueba en el proceso, vid. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La prueba de ADN: su normativa procesal», *Jueces para la democracia*, núm. 51, 2004, pp. 76-78. http://www.juecesdemocracia.es/revista/jpd_num_51.pdf (29/12/2014).

ocasiones, resulta primordial realizar un análisis pericial de contraste entre los perfiles genéticos extraídos a partir de las muestras dubitadas y los obtenidos por medio de las muestras indubitadas⁸¹. Tales cuestiones

⁸¹ En línea colateral al objeto de nuestro estudio y en relación a las pruebas de ADN, cabe reseñar que con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la organización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de 5 de diciembre de 2014, se preveía la modificación de, entre otros preceptos, el art. 520 de la LECrim, relativo a los derechos del detenido. Llamaba poderosamente la atención que en la reforma de tal precepto se incluía la siguiente y desafortunada previsión: *“La asistencia letrada no será precisa para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN”*. Lógicamente, no podíamos hacer otra cosa más que estar absolutamente disconformes con el contenido de esta concreta propuesta de reforma por la merma de garantías que ello suponía, máxime, si atendemos al hecho de que en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, se estipuló que *“La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial”*.

No obstante, el Gobierno remitió a las Cortes Generales el pasado día 13 de marzo de 2015 dos Proyectos de Ley de modificación de la LECrim (que justamente traen causa del referido Anteproyecto de Ley de 5 de diciembre de 2014) y, particularmente, en uno de ellos, en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica se elimina el contenido de la referida estipulación y en la nueva previsión que propone la modificación de la redacción del art. 520.6, apartado c) inciso primero se incluye entre las funciones de la asistencia letrada la de *“Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten”*. Empero, la novedad más reseñable de este Proyecto de Ley en lo que atañe a las pruebas de ADN es que en el mismo –siguiendo la línea propuesta por el Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011 y el borrador de Código Procesal Penal de 2013– se incorpora una mención expresa a la posibilidad de acudir al recurso a la vis física, si bien la misma se limita exclusivamente al caso de que sea el detenido quien se niegue a facilitar una muestra biológica indubitada y siempre que la medida a realizar a tal efecto sea un frotis bucal. Así, se establece en dicho Proyecto de Ley (en la nueva redacción que se propone para el art. 520.6, apartado c, inciso segundo) que *“Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”*. Dicha previsión es de suma importancia e interés, máxime, teniendo en cuenta que es de esperar que estos Proyectos de Ley pasen a convertirse definitivamente en ley (dando nueva redacción a la actual LECrim) en un plazo de tiempo breve. No obstante, no podemos detenernos ahora en su examen, habida cuenta de que ello excedería los límites del tema central objeto de estudio en el presente trabajo.

Finalmente, en relación con las novedades más destacables de esta reforma legal (en tramitación) debemos añadir que con la misma se viene a sustituir la nomenclatura de “imputado” por la de “investigado” o “encausado” (al igual que propone el borrador de

se hallan precisamente ligadas con la prueba pericial y las referidas fases en las que esta se compone⁸².

Por otra parte, se presenta de sumo interés traer a colación en este apartado lo que sucede en relación con el art. 788.2 de la LECrim que, en el marco del procedimiento abreviado, preconiza que *“tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”*⁸³, pues, en estos casos, para que dicho informe pericial adquiera validez probatoria, bastará solo con que se señale el folio de las actuaciones en el que obra el informe y se solicite expresamente su lectura en el acto del juicio oral con arreglo a lo preceptuado en el art. 730 de la LECrim, lo que, a nuestro entender, es un despropósito por parte del legislador, habida cuenta de que con esta previsión está imposibilitando que dichos informes se sometan al principio de contradicción, salvo en aquellos supuestos en los que la defensa impugne expresa y motivadamente las conclusiones contenidas en el informe pericial⁸⁴.

Código Procesal Penal de 2013, pendiente todavía de su posible aprobación), y ello, al objeto de eliminar o diluir la connotación negativa que posee en la actualidad el término “imputado”. Así, tal y como se explica en la propia exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 13 de marzo de 2015, “el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto”.

⁸² Además, realizar la prueba pericial en el momento del juicio oral devendría absolutamente inoperativo, puesto que habría que suspender el juicio (para someter al acusado a la referida intervención corporal y realizar seguidamente el análisis de contraste de perfiles de ADN entre los resultados obtenidos a partir de la/s muestra/s dubitada/s y los hallados con la muestra indubitada), provocando una dilación procesal totalmente inútil e innecesaria. *Vid.* en relación con este extremo, ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales...*, *op. cit.*, pp. 89 y 90, si bien, a nuestro juicio, el autor atribuye erróneamente carácter de prueba anticipada a las intervenciones corporales que se realizan al objeto de extraer muestras genéticas indubitadas.

Asimismo, sobre la práctica de intervenciones corporales con fines de identificación genética, *cfr.* IGLESIAS CANLE, I. C., «Intervenciones corporales y prueba de ADN: libre valoración probatoria y argumentación jurídica», *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, (Coords. BONORINO RAMÍREZ, P. y GARCÍA AMADO, A.), Comares, Granada, 2014, pp. 323-355.

⁸³ En relación con el significado y aplicación de este artículo, *vid.* IGLESIAS CANLE, I. C., «La denominada “prueba pericial preconstituida” (...)», *op. cit.*, pp. 1-4.

⁸⁴ Es condición sine qua non para que se admita la impugnación, que la misma “no sea

No obstante, pese a lo estatuido por el citado precepto, hemos de reseñar que aun en estos supuestos la defensa no queda maniatada ni desprotegida, dado que, como vía alternativa al examen contradictorio de dichos dictámenes periciales, puede proponer contraprueba, esto es, solicitar la práctica de cuantas pruebas estime oportunas para apoyar su tesis y rebatir o matizar las conclusiones y resultados recogidos en esta clase de informes, siempre y cuando, claro está, las mismas resulten pertinentes⁸⁵.

En suma, la interpretación más correcta de este precepto es, a nuestro parecer, la de considerar dichos informes como una prueba pericial preconstituida, visto que por más que la ley les atribuya el carácter de prueba documental en la línea establecida por el art. 726 de la LECrim, los mismos no dejan de ser una pericia, pero con valor de prueba preconstituida, pues en vez de ser ratificados en el acto del juicio oral por los peritos que los efectuaron, simplemente se introducen mediante la lectura de la diligencia en la que consten documentados, ex art. 730 de la LECrim⁸⁶. Este carácter de prueba preconstituida persistirá siempre, *“a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o la competencia o imparcialidad profesional de los peritos, es decir, que el informe pericial haya sido impugnado de uno u otro modo, en cuyo caso será precisa la comparecencia de los peritos al juicio oral para ratificar, aclarar o complementar su dictamen, sometiéndose*

meramente retórica, o abusiva, como declaran algunas sentencias de esta Sala Casacional, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuáles son los temas de discrepancia: si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en éste la preservación de la cadena de custodia”. STS 72/2004, de 29 de enero de 2004 (TOL365.532). Cfr. también sobre este extremo, *vid.* DOLZ LAGO, M.J. (Dir.); FIGUEROA NAVARRO, C. (Coord.) con VV.AA., *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 184-194 y HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación...*, *op. cit.*, pp. 160-165.

⁸⁵ Este es el punto esencial en el que habrán de centrarse los letrados de la defensa en la práctica judicial. *Vid.* DOLZ LAGO, M.J. (Dir.); FIGUEROA NAVARRO, C. (Coord.) con VV.AA., *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

⁸⁶ Cfr. aquí, entre otras, SSTS 713/1999, de 5 de mayo (RJ 1999/4960), 1398/2000, de 18 de septiembre (RJ 2000/8649), 503/2001, de 30 de marzo (RJ 2001/2005) y 66/2001, de 16 de abril (RJ 2001/3590).

Por su parte, la STS 587/2003, de 16 de abril (TOL276.388) declara que *“cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita”*.

Cfr. aquí, entre otras, SSTS 713/1999, de 5 de mayo (RJ 1999/4960), 1398/2000, de 18 de septiembre (RJ 2000/8649), 503/2001, de 30 de marzo (RJ 2001/2005) y 66/2001, de 16 de abril (RJ 2001/3590).

*así la prueba a la contradicción de las partes, para que, solo entonces, el Tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma y servirse de ella para formar su convicción*⁸⁷.

Como conclusión y respecto a las singularidades por las que se encuentran rodeadas las actuaciones de prueba anticipada y de prueba preconstituida, cabe reseñar que las mismas albergan una especial importancia en el marco de la LOTJ, ya que aquí, en principio y a diferencia del resto de procedimientos, no se trasladará al órgano encargado del enjuiciamiento (el Tribunal del Jurado) el conjunto de las diligencias practicadas en fase de instrucción, sino solo el testimonio de aquellas que sean irreproducibles y que hayan de ratificarse en el juicio oral (art. 33 y 34. b de la LOTJ).

Además, el art. 46 de la LOTJ relativo a las especialidades probatorias propias de este procedimiento, en el párrafo segundo de su apartado 5 establece que *“Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”*. No obstante, el mismo precepto en su párrafo primero prevé que *“El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto”*. Este es el mecanismo por medio del cual se pueden hacer llegar a los miembros del Tribunal del Jurado otras diligencias instructoras que no tengan carácter de prueba preconstituida ni de prueba anticipada, pero tal posibilidad quedará limitada a los estrictos términos que marca el propio precepto⁸⁸.

⁸⁷ DOLZ LAGO, M.J. (Dir.) y FIGUEROA NAVARRO, C. (Coord.) con VV.AA, *La prueba...*, op. cit., p. 190. Este es un extremo de vital importancia desde el punto de vista del ejercicio de la abogacía y, en este sentido, los letrados de la defensa deberán realizar la impugnación en el momento procesal oportuno, que será *“como máximo temporal procedimental en el escrito de calificación provisional, o bien antes, que sería lo lógico, para que en la propia instrucción sumarial se pudiera practicar un contra-análisis, verdadero objeto de la impugnación de un informe pericial; la impugnación en conclusiones definitivas no es posible, porque impide que el Fiscal pueda proponer prueba sobre tal extremo”*. STS 72/2004, de 29 de enero de 2004 (TOL365.532). Ahora bien, dentro de lo aquí referido, los abogados tendrán que valorar, de acuerdo con la estrategia procesal diseñada para el asunto concreto, qué momento (al formular el escrito de calificación provisional o antes) es el más interesante para llevar a cabo la impugnación.

⁸⁸ Cfr. acerca de las peculiaridades del art. 46.5 de la LOTJ, HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación...*, op. cit., pp. 126-130.

c) Problemas que plantea la LECrim en esta materia. Propuestas de futura regulación: La prueba anticipada en el borrador de Código Procesal Penal (CPP) de 2013

Es *vox populi* que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada su condición de norma decimonónica, se encuentra obsoleta y anacrónica en lo tocante a numerosos de sus extremos⁸⁹. En concreto, en el ámbito que nos concierne, este texto legal no ofrece una regulación de la prueba preconstituida (o de las medidas de aseguramiento de la fuente de la prueba⁹⁰) ni de la prueba anticipada que pueda catalogarse como precisa y acabada y que defina con corrección la finalidad de cada una de estas figuras, antes al contrario, la misma resulta parca y confusa, amén de desordenada. Particularmente, suscitan no pocos problemas de interpretación los artículos relativos a la prueba testifical anticipada (por los motivos ya explicados con precedencia) y, además, el propio art. 730 padece una importante inconcreción en sus términos, dado que no especifica cuáles son las concretas causas independientes de la voluntad de las partes que determinan la irreproducibilidad o irrepeticibilidad de las diligencias sumariales en el juicio oral, ni tampoco menciona qué requisitos o garantías se deben observar obligatoriamente en su práctica para que las mismas puedan llegar a adquirir *a posteriori* eficacia y valor probatorio, habiendo quedado estas cuestiones sometidas, por tanto, al criterio interpretativo de la doctrina y de la jurisprudencia⁹¹.

⁸⁹ Con particularidad, en lo que se refiere a la prueba pericial y a las diligencias de investigación que afectan a derechos fundamentales.

⁹⁰ Ya que, a la luz de todo lo estudiado, quizá sea este un término más apropiado, sobre todo, si tenemos en cuenta que el de “prueba preconstituida” no se recoge como tal en ningún texto normativo y proviene estrictamente del campo doctrinal, por cuanto fue creado y utilizado por primera vez por el autor JEREMY BENTHAM. *Cfr.* aquí su obra, *Tratado de las pruebas judiciales* (obra compilada de los manuscritos del autor E. Dumont), traducción del francés efectuada por Manuel Ossorio Florit, Comares, Granada, 2001, pp. 23-24 y 196 y ss. *Vid.* sobre este extremo, GUZMÁN FLUJA, V. C., “Anticipación y...”, *op. cit.*, pp. 289 y ss. y CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Del principio de intermediación...”, *op. cit.*, pp. 134 y ss.

⁹¹ Sobre este particular, *vid.* ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida...*, *op. cit.*, pp. 182-184. Además, dada la imprecisión del citado art. 730 de la LECrim, algunos autores incluso opinan que este precepto no debe ser el cauce a través del cual se dé entrada en el acto del juicio oral a la prueba practicada anticipadamente, sino que el mismo ha de quedar reservado para introducir solamente las diligencias de prueba preconstituida. *Vid.* aquí MUÑOZ CUESTA, F. J., «Proposición, admisión (...)», *op. cit.*, pp. 81 y 82, autor que para fundamentar sus conclusiones se hace eco de MORENO CATENA.

En resumidas cuentas, es imperiosa la necesidad de que el legislador acometa al fin una reforma en el seno del proceso penal⁹², subsanando todos los defectos que contiene la regulación de la LECrim y, en especial, los advertidos en lo que respecta a la anticipación y preconstitución probatoria, por ser nuestro objeto central de estudio.

En este contexto, debemos tener presente la regulación que proclama la LEC en la Sección Cuarta, del Capítulo Quinto, Título I, Libro II, concretamente, en los artículos 293 a 298, acerca de las instituciones de la prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, puesto que este texto normativo contempla, en líneas generales, una clara, detallada y ordenada regulación de estas cuestiones, lo que no es un hecho inane, toda vez que la LEC es la norma procesal común y de aplicación supletoria para todos los procedimientos. En tal sentido, sus preceptos podrían servir no solo como ayuda para interpretar en la actualidad la tan parca y confusa regulación existente en la LECrim a tal efecto, sino que también podrían configurarse como un modelo o punto de partida a tomar en consideración para la elaboración de una futura reforma sobre esta materia en el marco del proceso penal.

En los últimos tiempos se han diseñado dos propuestas, el Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011, ya postergado⁹³, y el borrador de Código Procesal Penal de 2013, pendiente todavía de su posible aprobación y que será estudiado en este epígrafe, particularmente, en lo

⁹² Para un estudio en profundidad sobre la anticipación y el aseguramiento probatorios en el proceso civil, vid. RIZO GÓMEZ, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 35-42, 60-74 y 99-139.

⁹³ No examinamos aquí la regulación que se preconizaba de la prueba anticipada y del aseguramiento de la fuente de la prueba en el referido anteproyecto, aunque su estudio resulta también de gran interés, porque dada la acotada extensión del presente trabajo y el hecho de que dicho anteproyecto ya ha sido cancelado, hemos creído más apropiado centrarnos únicamente en el análisis del borrador de CPP de 2013, puesto que, además, este se orienta, en lo atinente a nuestra materia objeto de estudio, en una dirección más acorde con la línea argumentativa defendida en nuestro trabajo. Sencillamente y a modo de síntesis, podemos indicar que pese a que la regulación del Anteproyecto de 2011 se hallaba acertadamente sistematizada en lo que concierne a la anticipación y al aseguramiento probatorios, sin embargo, la línea en la que se planteaban las previsiones referidas al contenido y finalidad de la prueba anticipada, al haber sido la redacción de dicho texto encomendada a un Grupo de Trabajo del que formaba parte GUZMÁN FLUJA, resulta, en nuestra opinión, notablemente polémica, por cuanto en esta propuesta normativa se proyectaba la visión de dicho autor acerca de la prueba anticipada y la prueba preconstituida, visión con la que discrepamos por las razones ya expuestas.

que atañe a la regulación que se desarrolla en el mismo acerca de la prueba anticipada, la cual se recoge en los artículos 432 a 435⁹⁴.

En primer término, el artículo 432 lleva por título “Presupuestos y requisitos de la anticipación probatoria” y perfila cuáles son los supuestos aptos para que se produzca la práctica de una prueba anticipada. Así, dispone que *“Solo cuando exista el temor fundado de imposibilidad o grave dificultad de la práctica de la prueba en el acto de juicio oral por causa de las personas o del estado de las cosas, o cuando la reiteración de la comparecencia para declarar sobre los hechos resulte peligrosa para el desarrollo de los menores o para la salud de personas vulnerables”⁹⁵, se*

⁹⁴ También en relación con la prueba testifical anticipada, el art. 385, ínsito en la parte reguladora de las diligencias de investigación, establece que *“Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una declaración no podrá ser recibida en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Ministerio Fiscal o cualquiera de las demás partes podrán solicitar al Tribunal de Garantías que practique inmediatamente la misma con anterioridad a la celebración del juicio, de conformidad con lo previsto en el Título IV de este Libro”*. Además, hacen mención a la prueba anticipada distintos artículos contenidos a lo largo de esta propuesta: el artículo 255.1, que en su párrafo segundo habilita a las partes para solicitar la práctica de diligencias de prueba anticipada en la querrela; el art. 258, también relacionado con la querrela; el art. 377.7, concerniente a los testigos y peritos protegidos; el art. 410, atinente a la autorización para el mantenimiento de la identidad supuesta en el caso del agente encubierto y el art. 430.1, que determina los elementos que se incluirán, a instancia de parte, en la Pieza Principal del Tribunal de Juicio. Acerca de las particularidades de la prueba penal contenidas en la referida propuesta de regulación, *vid.* las reflexiones recogidas en SÁNCHEZ POS, M. V., «La prueba en el borrador de Código Procesal Penal de 2013», *Diario La Ley*, Madrid, vol. 5, 2013, pp. 1191-1195 (D-404).

⁹⁵ En una línea similar se postula la —ya mencionada— nueva redacción del art. 730 de la LECrim otorgada por la Disposición Final Primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que comenzará a estar vigente en octubre de 2015. Empero, cabe poner aquí de relieve que nos parece más acertada la previsión que efectúa en este sentido el borrador de CPP de 2013, por cuanto al referirse a “la salud de las personas vulnerables” se puede entender que se incluye aquí la salud psicológica de las víctimas de violencia de género —personas claramente necesitadas de especial protección—, mientras que la nueva redacción del art. 730 de la LECrim se ciñe única y específicamente a los menores y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección. Lo cierto es que, tratándose la Ley 4/2015 de una ley dirigida a proteger los derechos de las víctimas y su dignidad impidiendo que se produzca una victimización secundaria, no se comprende muy bien por qué, teniendo en cuenta su delicada situación y sus particularidades, no se inserta a las víctimas de violencia de género dentro de la nueva redacción del art. 730 de la LECrim evitando también así que estas tengan que reiterar su declaración en juicio oral. Ahora bien, a pesar de que tal medida no se encuentra prevista de forma expresa en la nueva redacción del art. 730 de la LECrim, entendemos que llevando a cabo una interpretación integradora de todas las normas concernientes a la protección de las víctimas en el seno del proceso penal, sería posible acordar igualmente la práctica de la declaración de las víctimas de violencia de género como una prueba anticipada sumarial, atendiendo, claro está, a su

*practicará prueba anticipada ante el Tribunal de Garantías o de Juicio que resulte competente para el conocimiento de la causa*⁹⁶ y, a renglón seguido, expone cuáles son las garantías mínimas imprescindibles para que la práctica de la prueba anticipada sea válida, estableciendo que la misma se efectuará “a instancia de parte y con salvaguarda del derecho de defensa y del principio de contradicción”. En efecto, el citado artículo

estatus de víctimas especialmente vulnerables, si bien, ello quedaría sometido, en cualquier caso, al criterio de actuación del órgano judicial en cuestión. Pero esto, a nuestro juicio, no resulta una solución adecuada, dada la disparidad de criterios de actuación judicial que podría haber al respecto, especialmente, teniendo en cuenta los estereotipos de género que se encuentran tan arraigados en nuestra sociedad y que podrían influir de manera negativa en la decisión del concreto órgano judicial.

Por otro lado, cabe poner de relieve que MAGRO SERVET, V. («Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida (...)»), *op. cit.*, pp. 5-13), considera que la declaración de las víctimas debería ser realizada siempre de forma preceptiva ante el Juez de Instrucción y sin necesidad de que estas tengan que reproducir su testimonio en el acto del juicio oral y en presencia del acusado, a fin de proteger con ello sus derechos y evitar que se genere una victimización secundaria o que se produzcan inclusive dilaciones procesales como consecuencia de la incomparecencia de la víctima en el plenario. En definitiva, según la propuesta de este autor, la declaración de la víctima debería realizarse únicamente en fase de instrucción estando presente en la misma el abogado del sujeto investigado a efectos de asegurar el principio de contradicción y, posteriormente, simplemente se introduciría en el plenario ex art. 730 de a LECrim, a través de la reproducción de la grabación en la que se hubiere documentado la diligencia instructora. Ahora bien, cabe puntualizar aquí que el citado autor denomina la referida diligencia como “prueba preconstituida”, cuando, en nuestra opinión y a la luz de lo contemplado en el borrador de CPP de 2013, se trataría, en realidad, de una prueba anticipada.

Tal posibilidad se presenta positiva sin duda para la víctima. No obstante, la misma debe ser objeto de una reflexión crítica, por cuanto de llegar a contemplarse legalmente que la declaración de las víctimas se efectúe siempre o por regla general como prueba anticipada sumarial—y no sólo en los casos en los que se trate de víctimas menores y víctimas vulnerables o necesitadas de especial protección, categoría esta en la que se deberían incluir, a nuestro juicio, las víctimas de violencia de género—, ello podría llegar a generar problemas en relación con el derecho de defensa e, inclusive, en lo que respecta al principio de presunción de inocencia del acusado, pues con previsiones de este tipo, no se haría sino correr, entre otros, el riesgo de que se le acabe concediendo, a la postre, un protagonismo extraordinario a la fase de instrucción, restándole peso y relevancia a las actuaciones llevadas a cabo en el acto del juicio oral y disminuyendo, por ende, la virtualidad del principio acusatorio, con todo lo que ello supone. Es por tales motivos que, quizás, una alternativa más adecuada para proteger a la víctima—salvo en los casos especialmente mencionados en relación con los cuales esta medida sí nos parece plausible— y observar al mismo tiempo con mayor rigor las garantías procesales sería la de realizar la declaración de esta no solo en la fase de instrucción, sino también en el acto del juicio oral, pero a través de videoconferencia. Esta opción evitaría que se produjese una confrontación entre víctima y agresor y, a su vez, sería más respetuosa con los principios de inmediación y contradicción.

⁹⁶ El texto prelegislativo de 2013, en tanto en cuanto encomienda la instrucción al Ministerio Fiscal, contempla que la práctica de la prueba anticipada en estos supuestos se lleve a cabo ante el Tribunal de Garantías y no ante el Juez de Instrucción.

prevé que la prueba anticipada podrá practicarse tanto ante el Tribunal de Garantías como ante el órgano competente para el enjuiciamiento de la causa concreta, lo que no hace sino apoyar la tesis que hemos defendido anteriormente respecto al concepto, a la finalidad, a las clases y a los requisitos de la prueba anticipada, contradiciendo, a su vez, la teoría de los autores que perseveran en el argumento de que la diferencia entre prueba anticipada y prueba preconstituida se encuentra fundamentalmente en el hecho de que la primera se practica ante el órgano juzgador y la segunda, ante el juez de instrucción⁹⁷.

En lo que respecta al artículo 433 del borrador de CPP de 2013, el mismo determina, tal y como su propio título indica, los aspectos relativos a la práctica de la diligencia, su documentación y la introducción de la prueba en el acto del juicio oral, haciendo especial énfasis en el cumplimiento de los principios de contradicción y publicidad⁹⁸. Asimismo, los últimos dos apartados de este artículo merecen especial consideración amén de una crítica positiva, visto que en la LECrim actual (art. 777.2) se dispone que las diligencias de prueba anticipada podrán documentarse de igual forma en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, mientras que esta propuesta concede prioridad a los soportes aptos para la grabación y la reproducción del sonido y la imagen, lo que es más acorde con el principio de inmediación, toda vez que este método permite tanto al juez

⁹⁷ Es partidario de esta postura contradicha por nosotros, entre otros, GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y...*, op. cit., pp. 256-265. Asimismo, a nuestro juicio, se posiciona en la misma línea doctrinal que la anterior PLANCHAT TERUEL, J. M., «Testigos y (...)», op. cit., pp. 277-281.

En cuanto a la redacción del señalado art. 432 del borrador de CPP de 2013, debemos referir que en la misma se toma como base el dictado del art. 293.1 de la LEC, el cual dispone que *“Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto”*. Asimismo, cabe destacar que el art. 297.1 de la LEC establece que *“Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla”*.

⁹⁸ En consonancia con este precepto se encuentra el art. 465 del borrador de CPP de 2013 que establece que *“el Magistrado o Presidente del Tribunal ordenará la lectura de aquellas declaraciones que hayan sido prestadas en presencia del Tribunal de Garantías, conforme al régimen previsto para la prueba anticipada en el Artículo 433 de la presente Ley”*.

como a las partes que hayan instado la reproducción de la grabación durante la vista oral, percibir de modo más nítido los detalles y los resultados de dichas diligencias⁹⁹.

Por su parte, el artículo 434 del borrador de CPP de 2013 hace mención a las **“Declaraciones de testigos menores de edad”** y, en tal contexto, dicta que *“El Tribunal podrá acordar que el interrogatorio de los testigos menores de edad se practique bajo su dirección de la forma prevista por el Artículo 383”*¹⁰⁰.

El último de los preceptos dedicado a la regulación de la anticipación probatoria en este texto prelegislativo hace referencia al **“Reconocimiento judicial”** y en su redacción se otorga, de nuevo, especial relevancia al principio de contradicción y al derecho de defensa¹⁰¹. Empero, debemos

⁹⁹ Dicho precepto se encuentra redactado de la siguiente manera: *“1.- En la práctica de toda prueba anticipada habrá de asegurarse en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. A tal efecto, se citará al Fiscal, al encausado y a su Letrado, así como a los Abogados del resto de partes personadas. 2.- Las declaraciones testificales y periciales constitutivas de prueba anticipada se practicarán en audiencia pública y se regirán por las normas establecidas para la prueba testifical y pericial en el acto del juicio oral. 3.- La diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. Sólo en ausencia de los instrumentos técnicos adecuados se documentará por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial. 4.- A efectos de su valoración como prueba, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 465 de este Código”*.

¹⁰⁰ El art. 383 designa las reglas que serán de aplicación en la práctica de las declaraciones de testigos menores de edad, las cuales se sintetizan básicamente en: 1. Evitar la confrontación visual de los testigos con el inculcado. 2. Permitir que quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor estén presentes en la declaración (salvo que se encuentren encausados o que el Fiscal, de forma motivada, acuerde lo contrario). 3. Que previa valoración de la naturaleza de los hechos y las circunstancias del menor, el Fiscal pueda acordar que la toma de declaración sea llevada a cabo por expertos.

¹⁰¹ Su dictado literal es el siguiente: *“1.- El reconocimiento judicial se acordará cuando, concurriendo las circunstancias que justifican la práctica de prueba anticipada, para la formación de la convicción sea necesario o conveniente que el Tribunal examine por sí mismo algún lugar u objeto. 2.- Sin perjuicio de la amplitud que el Tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial, la parte que lo solicite habrá de expresar los extremos principales a que quiere que éste se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Las restantes partes podrán, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona de las indicadas en el párrafo anterior. 3.- Acordada por el Tribunal la práctica del reconocimiento judicial, el Secretario señalará con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse el mismo. 4.- Las partes y sus Abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al Tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas. 5.- Si, de oficio o a instancia de parte, el Tribunal*

poner aquí de manifiesto que agregar la regulación de esta figura en la sección dedicada a la prueba anticipada no nos parece una opción demasiado apropiada; y ello, porque el reconocimiento judicial (también denominado “inspección ocular”) es propiamente una diligencia de prueba preconstituida, puesto que la necesidad de practicar el mismo surge en el marco de la instrucción cuando es menester examinar un determinado lugar, normalmente el lugar de los hechos, al objeto de obtener y asegurar las fuentes de prueba que allí se encuentran y que de lo contrario podrían esfumarse, siendo, por tanto, esta actuación irrepetible en fase de juicio oral¹⁰².

Ahora bien, pudiera ser una posible interpretación de este precepto que el mismo se refiriese, más bien, al particular supuesto de que se presente necesario que el tribunal (órgano decisor) se desplace al lugar de los hechos para poder valorar *in situ* determinados elementos que resulten de relevancia para fundamentar la decisión final de la causa, pero ello no requeriría, en sí, la realización de una prueba anticipada, salvo que, con la misma, se pretendiese evitar la suspensión del acto del juicio oral que inevitablemente se produciría al tener que desplazarse el órgano judicial y las partes al concreto lugar objeto del reconocimiento¹⁰³. No obstante, en el art. 432 no se inserta entre los motivos que justifican la práctica anticipada de la prueba el de evitar la suspensión del acto del juicio,

considerase conveniente oír las observaciones o declaraciones de las personas indicadas en el apartado segundo les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad. 6.- Del reconocimiento judicial practicado se levantará por el Secretario Judicial acta detallada, en la que se consignarán con claridad las percepciones y apreciaciones del Tribunal, así como las observaciones de las partes”.

¹⁰² De hecho, el propio borrador regula entre las diligencias de investigación la de “inspección ocular” en su art. 360 y con los fines señalados. Ciertamente no se comprende muy bien cuál es la razón por la que el citado texto prelegislativo utiliza estos términos de forma distinta en sus dos preceptos, en vez de emplear únicamente el de “reconocimiento judicial”, máxime, cuando la expresión “inspección ocular”, como bien apunta GIMENO SENDRA, V. (*Manual de Derecho...*, op. cit., p. 243), “es incorrecta, porque, dentro de esta diligencia, el juez ha de disponer que conste en acta cualquier percepción sensorial (y no sólo la de la vista), que tenga relevancia para la investigación del delito y participación de su autor)”.

¹⁰³ Ahora bien, debemos aclarar dos cuestiones en relación con este punto. Así, para el supuesto de que la actuación de reconocimiento judicial debiese ser practicada fuera del término municipal o de la circunscripción territorial del órgano de enjuiciamiento, podríamos recurrir también a la figura del exhorto, sin necesidad de hacer uso de la anticipación probatoria. Si, en otro caso, el reconocimiento judicial hubiera de ser practicado en el ámbito del partido judicial, aunque el Tribunal y las partes tuviesen que desplazarse al concreto lugar y suspender el acto del juicio oral, dicha suspensión sería lo suficientemente breve como para no causar una dilación procesal indebida y, por ende, tampoco sería necesario acudir a la realización de una prueba anticipada en este caso.

aunque si nos remitimos al art. 385 sí se hace mención a esta posibilidad en relación con la prueba testifical anticipada. En conclusión, el sentido y alcance del art. 435 no quedan claros y deberían ser, en cualquier caso, matizados.

En puridad, una regulación óptima para la materia que nos ocupa debería sustentarse sobre la idea esencial de restringir la preconstitución probatoria a la irrepetibilidad de la diligencia en cuestión y la anticipación a la imposibilidad de la práctica de la prueba en el momento procesal oportuno, pues, de otra forma, se podría correr el riesgo o caer en el error de que las figuras de prueba anticipada y de prueba preconstituida, en lugar de conformarse como supuestos excepcionales, pasasen a tomar un carácter demasiado amplio y genérico, con los riesgos que esto conllevaría, fundamentalmente que el acto del juicio oral se vaciase de contenido, llegando a desvirtuarse el principio acusatorio y peligrando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución española¹⁰⁴.

En definitiva, el borrador de CPP de 2013 estatuye una regulación en lo tocante a la prueba anticipada que a pesar de que debe ser valorada positivamente en orden a muchos de sus aspectos (referidos *ut supra*), también es cierto que podría ser mejorada en otros varios, sobre todo, en lo que respecta al art. 435 que, al fin y a la postre, vuelve a causar una cierta confusión, cuando menos, en lo que concierne a la finalidad y al concepto de prueba anticipada y al tipo de diligencias que se incluyen dentro de este. Además, en lo que se refiere a las medidas de aseguramiento de la fuente de la prueba este borrador de CPP recoge una regulación un tanto dispersa y, en nuestra opinión, sería recomendable que la misma se contemplase de un modo mejor sistematizado.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que la LECrim necesita una reforma no solo en lo que atañe a esta materia, sino también en relación con muchos otros de sus extremos, entre los que destacan, la regulación de la prueba pericial, de las intervenciones corporales, de la prueba de ADN, de la intervención de las comunicaciones orales, etc. El borrador de CPP de 2013, si bien puede ser perfeccionado en determinadas cuestiones, en línea de principio se configura como una innovadora y

¹⁰⁴ Sobre este particular, *vid.* ORTELLS RAMOS, M. (con VV.AA.), *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 323.

Cfr. también aquí las consideraciones ofrecidas en MOLINA GIMENO, F., «Un nuevo paso para el camino de la involución garantista en la práctica procesal penal», *Aranzadi doctrinal*, núm. 6, octubre 2009, pp. 159 y ss.

acertada propuesta normativa. No obstante, dicho texto se encuentra todavía pendiente de aprobación y no resultaría extraño, en absoluto, que como consecuencia de las tensiones parlamentarias que son tan habituales en nuestro país, el mismo quedase finalmente olvidado en un cajón sin llegar a ver la luz.

d) Consecuencias en la praxis judicial del incumplimiento de los requisitos que deben regir la práctica de la anticipación y de la preconstitución de la prueba: Análisis jurisprudencial

Llegados a este punto nos corresponde analizar las consecuencias prácticas que dimanen del incumplimiento de los requisitos que se tornan indefectibles para que prueba anticipada y prueba preconstituida puedan llegar a adquirir valor y eficacia probatoria¹⁰⁵. En este sentido, reflejaremos distintos pronunciamientos jurisprudenciales concernientes a este extremo, lo que nos permitirá conocer *grosso modo* la diversa casuística existente, esto es, los diferentes defectos que se producen en la praxis judicial y las consecuencias procesales que los mismos comportan, cuestión que se halla íntimamente ligada con la prueba prohibida y la prueba ilícita, institutos sobre los que también disertaremos¹⁰⁶.

Como hemos visto anteriormente, para que las diligencias de prueba anticipada y de prueba preconstituida desplieguen eficacia y puedan ser valoradas como prueba en el proceso es necesario que en su práctica se dé cobertura a los principios de jurisdiccionalidad y de contradicción de manera inexcusable, garantizándose con ello el derecho de defensa¹⁰⁷. En este contexto, cuando se realiza una prueba testifical anticipada es menester que la misma se practique en presencia del Ministerio Fiscal, del letrado del imputado (“investigado” o “encausado”), del Juez y del Secretario Judicial¹⁰⁸. Si alguna de las partes no está presente en las declaraciones se produce una vulneración del principio de contradicción y, por consiguiente, la prueba anticipada no puede desarrollar validez probatoria¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Es de suma importancia que los letrados dominen a la perfección estos particulares para, poder así, hacer valer adecuadamente todas sus oportunidades y garantías de defensa.

¹⁰⁶ En concreto y dada la acotada extensión de este trabajo nos limitaremos simplemente a referir aquellos pronunciamientos que nos han parecido más ilustrativos y de mayor interés.

¹⁰⁷ *Vid.* aquí, entre otras muchas, STS 177/2010, de 3 de marzo (TOL1.798.204).

¹⁰⁸ *Cfr.* entre otras, STS 166/2012, de 16 de marzo (TOL2.498.890).

¹⁰⁹ Esta es la situación que se describe en la STS 148/2012, de 1 de marzo (TOL2.532.608),

Por otra parte, es de interés advertir que se genera un singular problema práctico cuando las actuaciones instructoras se vuelven secretas para las partes como consecuencia de haberse decretado el secreto de sumario. Así, en la STS 175/2012, de 15 de marzo (TOL2.509.135) se determina que no pueden adquirir valor ni eficacia probatoria las declaraciones testificales efectuadas como prueba anticipada en fase de instrucción, estando declarado el secreto de sumario, ya que esta circunstancia impide que los letrados de las partes y, más en particular, de los sujetos investigados estén presentes en el interrogatorio de los testigos, haciendo valer las garantías y oportunidades de defensa y contradicción de su representado¹¹⁰. En definitiva, para que se pudiese articular prueba en este sentido, sería preciso que dichos testigos compareciesen en el plenario reproduciendo su testimonio bajo las debidas garantías de intermediación y contradicción. De no ser así, es decir, si los testigos que fueron interrogados en instrucción sin la presencia del abogado defensor no pueden acudir después al acto del juicio oral, la consecuencia será que sus declaraciones tendrán el solo valor de “actos de investigación” y no de “actos de prueba”¹¹¹, pues de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.2 de la CE.

También debemos resaltar que, en ocasiones, se producen ciertos defectos en la práctica de las diligencias de prueba anticipada y de prueba preconstituida que no tienen por qué suponer la ineficacia de las mismas, ya que pueden ser subsanados. Clara muestra de ello es la STS de 11 de marzo de 1993 (TOL443.281), donde se alude a un registro domiciliario que se llevó a efecto sin la presencia del Secretario Judicial, condición indispensable para la validez de dicha diligencia como prueba. Ocurrió aquí, sin embargo, que *“junto con los policías intervinientes, asistieron al registro dos testigos, uno de los cuales declaró en el acto del juicio oral y corroboró las deposiciones que en el mismo momento procesal hicieron aquellos policías, y que por sí mismos no hubieron podido servir de prueba al ser los protagonistas del registro irregular, (véase sentencias de 24 y 31 de marzo de 1.992) aunque sí constituyen prueba de los incidentes previos*

ya que *“En el presente caso dichos testigos marcharon, al parecer a su país, pero sus declaraciones no pueden considerarse prueba válidamente preconstituida cuando una de las partes, el Ministerio Fiscal, no tuvo oportunidad de intervenir en las mismas y el número de firmas que figura en las actas levantadas no coincide con el número de personas que se dice intervienen en el acto”*. Aunque la sentencia habla de prueba preconstituida, entendemos que se trata, en realidad, de una prueba anticipada.

¹¹⁰ Las armas de contradicción principales con las que cuentan los abogados cuando se practica un interrogatorio son las posibilidades de rebatir, argüir y formular preguntas.

¹¹¹ Cfr. también en relación con esta cuestión STS 347/2014, de 28 de abril (TOL4.270.323).

ocurridos en el exterior al producirse la detención de la recurrente, momento en el que actuaban como agentes de la autoridad y no como representantes o sustitutivos de la entidad judicial. Sala ha tenido, pues, elementos para estimar como probado el hallazgo de la droga y demás efectos de autos y las condiciones en que se produjo tal aprehensión [...]”. Con esta sentencia se pone de manifiesto que la ausencia del Secretario Judicial en los registros domiciliarios puede ser sanada a través de la introducción en el acto del juicio oral de las declaraciones de los testigos –que no sean los policías intervinientes– que hayan estado presentes en la realización de dichas actuaciones¹¹².

Representa, asimismo, un supuesto crítico el hecho de que, en determinadas situaciones, el registro tenga que realizarse sin estar presente el interesado. Pensemos aquí que el imputado o la persona contra la que se dirige el procedimiento se encuentra en ignorado paradero o, simplemente, fuera de la vivienda, no estando localizable en el momento del registro. Pues bien, al poseer la diligencia de entrada y registro domiciliario carácter urgente y no poder ser, por tanto, demorada, la LECrim autoriza en su art. 569 a que la misma se realice prescindiendo del imputado, pero en presencia de su representante si lo hubiera nombrado y, en su defecto, ante cualquiera de sus familiares mayores de edad¹¹³. Cuestión distinta es que el imputado se encuentre detenido o a disposición judicial, en cuyo caso, su presencia resulta absolutamente exigible¹¹⁴.

En cuanto a los test de alcoholemia, la eficacia probatoria de sus resultados quedará supeditada al acceso de los mismos al proceso, *“en condiciones que permitan al Juzgador examinar por sí mismo la realidad de las circunstancias que determinaron su práctica, singularmente –pero no necesariamente– a través de la ratificación o declaración complementaria de quienes la efectuaron, o de otros elementos probatorios; así como por el hecho de que se hayan respetado los principios de intermediación judicial, oralidad y contradicción, no siendo suficiente la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en*

¹¹² Cfr. SSTS de 10 de diciembre de 2001 (TOL129.995) y 378/2014, de 7 de mayo (TOL4.331.271).

¹¹³ Y si no hubiera ningún familiar, el registro se efectuará en presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo. Vid. sobre estos concretos particulares, STS 111/2010, de 24 de febrero (TOL1.798.229).

¹¹⁴ STS 420/2014, de 2 de junio (TOL4.364.972).

que consta el resultado de la prueba de impregnación alcohólica". SAP de Zamora, de 26 de julio de 2001 (TOL108.714)¹¹⁵.

En lo tocante a los reconocimientos en rueda, otra suerte de actos de preconstitución probatoria, si se pretende que los mismos desplieguen valor probatorio, deberán ser practicados con estricta observancia del principio de contradicción, lo que significa que *“es preceptivo que el abogado asista a las declaraciones del detenido y a los reconocimientos de que sea objeto. Por tanto es nula la práctica de una rueda de reconocimiento sin la presencia de letrado [...]”*¹¹⁶.

En suma y tras este breve análisis jurisprudencial, podemos llegar a la conclusión de que *“todos los actos de prueba preconstituida y anticipada, si no cumplen con todos y cada uno de los requisitos que los habilitan como actos de prueba, se convierten en actos de investigación”*¹¹⁷. No obstante, como hemos podido comprobar, la jurisprudencia permite que determinados defectos puedan ser subsanados.

Ahora bien, si, por la razón fuere, sucediese que un acto de anticipación o preconstitución probatoria se valorase finalmente como prueba pese a no haberse dado cumplimiento en la realización del mismo a los requisitos

¹¹⁵ Cfr. también aquí, entre otras, SSTs de 24 de febrero de 1992 (TOL400.670); 188/2002, de 14 de octubre (TOL258.548); Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1.ª) núm. 319/2009 de 28 diciembre (ARP 2010\566) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª, Melilla) núm. 83/2009 de 24 septiembre (JUR 2009\452579).

¹¹⁶ STS 353/2014, de 8 de mayo (TOL4.372.367). Cfr. también en relación con este extremo, entre otras, STS 103/1993, de 14 de diciembre (TOL401919).

¹¹⁷ GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho..., op. cit., p. 285.

La razón de que la jurisprudencia exija, con carácter general, de manera tan severa, la concurrencia de los requisitos de jurisdiccionalidad y contradicción para que las actuaciones de prueba preconstituida puedan adquirir finalmente valor probatorio, responde al hecho de que esta suerte de diligencias sumariales en ningún caso pueden, como bien señala CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (*Del principio de intermediación...*, op. cit., p. 158), *“convertirse en un “cheque en blanco” que permita la transformación en medio de prueba de lo que no son sino diligencias de investigación, con todas las limitaciones que le son inherentes, en menoscabo de las garantías procesales, entre ellas, el principio de intermediación. Antes al contrario, en su aplicación los tribunales deberán verificar el cumplimiento de los requisitos precedentes aunque fuera atemperando su rigor conceptual de acuerdo con el canon de la proporcionalidad”*.

Debe observarse aquí el principio de proporcionalidad porque aunque la realización de actos de prueba preconstituida tiene como objetivos últimos servir al interés público en la persecución de los delitos y garantizar el ejercicio del ius puniendi, la consecución de los mismos no puede subordinarse al detrimento de las garantías procesales y constitucionales de las que debe gozar impenablemente todo justiciable.

referidos, nos encontraríamos, según el tipo de supuesto, ante un caso de prueba prohibida o de prueba ilícita. La primera es aquella a la que se refiere particularmente el art. 11.1 de la LOPJ¹¹⁸, esto es, la “*que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales*”¹¹⁹, teniendo siempre como consecuencia la nulidad probatoria.

La verdadera trascendencia de la prueba prohibida radica en que la misma no solo implica la nulidad de la propia prueba, sino también la de las pruebas que deriven directa o indirectamente de ella, de conformidad con la «Teoría de los frutos del árbol envenenado»¹²⁰. Ahora bien, tal consecuencia no es absoluta y debe ser matizada, pues, aunque exista una conexión de antijuridicidad entre ambos medios probatorios, si el obtenido indirectamente es independiente, es decir, si se habría podido obtener igualmente al margen de la lesión del derecho fundamental en cuestión, la prueba obtenida es válida; y por ende, puede ser admitida por los tribunales, esto es lo que se denomina como “teoría de la fuente independiente”¹²¹.

Sin embargo, la prueba ilícita es la relativa a los supuestos en los que las fuentes de prueba son obtenidas con infracción de ley procesal, pero sin que se produzca la vulneración del contenido esencial de un Derecho Fundamental, no resultando, por tanto, de aplicación el art. 11.1 de la

¹¹⁸ Dicho precepto dispone que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

¹¹⁹ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., “Guía práctica de la prueba penal. Jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad. Formularios”, Madrid, 2005, p. 44. Se produciría un supuesto de prueba prohibida si, al dictarse sentencia, se valorase como prueba de cargo una declaración testifical anticipada o un reconocimiento en rueda, efectuados sin contradicción, pues ello supondría una manifiesta vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE).

¹²⁰ En relación con «la Teoría de los frutos del árbol envenenado», *vid. ibidem* pp. 57 a 61.

¹²¹ *Cfr.* sobre estos particulares, DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 22-33, IGLESIAS CANLE, I.C., “Investigación penal sobre el cuerpo...”, *op. cit.*, p. 139, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “99 cuestiones básicas sobre la prueba...”, *op. cit.*, p. 524, MARTÍ SÁNCHEZ, N., «La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales», *Actualidad Penal*, 1998, t. I, núm. 7, pp. 141-162 y SAAVEDRA RUIZ, J. (director), “Jurisprudencia penal (2005-2007): Análisis crítico”, Madrid, 2007, p. 237. *Cfr.* también aquí, entre otras, SSTC 86/1995, de 6 de junio (TOL82.825); 81/1998, de 2 de abril (TOL80.937) y STS 1151/2002, de 19 de junio (RJ 2002\8798).

LOPJ. El ejemplo arquetípico aquí es el de un registro domiciliario efectuado en ausencia del Secretario Judicial¹²².

Consiguientemente, para dar solución a los casos en los que se ha efectuado la práctica de una prueba ilícita, es necesario valorar la importancia o gravedad de la concreta infracción cometida, al objeto de decidir qué sanción resulta aplicable, la cual no tiene que ser necesariamente la nulidad de la prueba –que sí se producirá en el supuesto contemplado en el art. 238.1 3º de la LOPJ–¹²³, sino que puede tratarse meramente de su ineficacia, sin que ello imposibilite *“la utilización de otros medios indirectos o incluso subsanar el defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario”*¹²⁴.

Ahora bien, la diferencia entre prueba prohibida y prueba ilícita, clara en la teoría, no resulta siempre tan fácil de apreciarse en la práctica, motivo por el cual la concurrencia de una prueba ilícita, en determinados supuestos, puede conllevar un efecto reflejo prácticamente idéntico al que se produce con la prueba prohibida. Así, por ejemplo, podría suceder que *“si el registro fue nulo, por ausencia del secretario, y no se pudo constatar por otro medio lo encontrado en el lugar, también será nula la eficacia probatoria del informe dactiloscópico”*¹²⁵.

Por otro lado, el control de la licitud probatoria es una cuestión que por su propia naturaleza no compete solo a las partes, sino que también puede y

¹²² Esto es así, porque tal y como aduce la STS 378/2014, de 7 de mayo (TOL4.331.271), *“la ausencia del Secretario Judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida, y la del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio, pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ, para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial”*. Vid. también aquí STS 381/2010, de 27 de abril (TOL1.847.071).

¹²³ El art. 238.1 3º de la LOPJ dispone que los actos procesales serán nulos de pleno derecho *“cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”*. En estos supuestos, la prueba ilícita o irregularmente obtenida será absolutamente nula.

¹²⁴ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *“Derecho Procesal...”, op. cit.*, p. 382.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 383.

debe ser controlada de oficio por el órgano jurisdiccional. Así, en el ámbito del procedimiento abreviado se contempla expresamente la posibilidad de que las partes puedan instar la nulidad probatoria por causa de la conculcación de derechos fundamentales al inicio del juicio oral, ex art. 786.2. También en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado se prevén trámites a tal fin en los arts. 36 LOTJ y 54.3 LOTJ.

En cambio, en el ámbito del proceso ordinario no se recoge ningún cauce específico, siendo este un supuesto huérfano de regulación. Ante esta coyuntura, en la fase de instrucción tal ilicitud debería controlarse por el juez rechazando las diligencias que impliquen una vulneración de un derecho fundamental y, en la fase intermedia, se haría algo semejante al controlar el órgano judicial (aquí ya el órgano decisor del asunto) la admisibilidad e inadmisibilidad de los medios de prueba en general. En cuanto a la fase de juicio oral podría arbitrarse como mecanismo para la denuncia de la ilicitud probatoria el de plantear las mismas como un artículo de previo pronunciamiento, por el cauce previsto en el art. 666 LECrim¹²⁶.

En cualquier caso y como última vía, siempre restaría el control de oficio realizado por el órgano judicial en el momento de dictar sentencia y, de no observarse este extremo, procediéndose, por ende, a fundamentar la resolución final en la valoración de una prueba nula o ilícita, todavía quedaría abierta la posibilidad de recurrir en casación por quebrantamiento de forma, al haberse vulnerado un precepto constitucional (ex artículos 5.4 de la LOPJ, 852 de la LECrim y 24.2 de la CE)¹²⁷.

Las cuestiones relativas a los mecanismos para hacer valer las ilicitudes probatorias ostentan particular importancia desde la óptica procesal, y es claro que las mismas deben ser reguladas con mayor rigor en una futura reforma de la LECrim, especialmente, en lo que atañe al proceso ordinario¹²⁸.

¹²⁶ Vid. acerca de estos particulares, ARMENTA DEU, T., “La prueba ilícita: (un estudio comparado)”, Madrid, 2011, pp. 149 y 150 e IGLESIAS CANLE, I.C., “Investigación penal sobre el cuerpo...”, *op. cit.*, p. 145. No obstante, la utilización de la vía prevista en el art. 666 LECrim es objeto de una amplia discusión por parte de la doctrina y suscita no pocos problemas, dado que el tenor literal del precepto recoge una lista de *numerus clausus* y dentro de la misma no se contempla expresamente la posibilidad de hacer valer por medio de este trámite una nulidad probatoria.

¹²⁷ Cfr. sobre este concreto aspecto, ARMENTA DEU, T., “La prueba ilícita...”, *op. cit.*, p. 152.

¹²⁸ Sería conveniente que se arbitrasen mecanismos que permitan controlar, a instancia de las partes, los casos de ilicitud probatoria de manera previa al juicio oral (y a poder ser,

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como última concreción de todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, podemos decir sin ambages que el panorama que circunda los institutos de la anticipación y la preconstitución probatoria es verdaderamente arduo, amén de tortuoso. Existe una amalgama de opiniones diversas y argumentos enfrentados en relación con la práctica totalidad de las cuestiones que rodean esta temática y tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial. En definitiva, nos hallamos ante una de las materias del terreno procesal en las que reina mayor turbación y desacuerdo.

Ahora bien, el principal y más importante aspecto que no podemos perder de vista en relación con esta compleja materia es el hecho de que debemos avanzar en la meta de que las posibilidades de anticipación y, más todavía, de preconstitución probatoria, por los riesgos que esta última implica, especialmente, dada la falta de jurisdiccionalidad cuando su práctica se efectúa por las autoridades policiales o por el Ministerio Fiscal, deben ser conformadas como supuestos absolutamente excepcionales, pues solo de esta manera se estará dando cumplimiento a las garantías del debido proceso y únicamente así se podrán preservar y proteger el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

Aunque pudiera parecerlo, esto no es una cuestión banal, puesto que desafortunadamente la tendencia jurisprudencial y normativa se dirige cada vez más a incrementar los casos de prueba preconstituída que se practica en ausencia de las garantías de intermediación y contradicción y que, pese a ello, puede adquirir validez probatoria, atentando, en consecuencia, contra el derecho de defensa del justiciable y otorgando, a su vez, implícitamente, mayor peso a la fase de instrucción que al propio

en cuanto se descubra la existencia de los mismos), mediante el establecimiento de una audiencia preliminar a tal efecto y en la que se garantice la posibilidad de contradicción. Es partidaria de esta opción IGLESIAS CANLE (“Investigación penal sobre el cuerpo...”, *op. cit.*, p. 142), quien considera que también podría ser una solución adecuada, aunque arriesgada, la contemplada para el proceso civil en el art. 287.1 de la LEC.

El borrador de CPP de 2013 no resulta aquí un modelo muy apropiado porque aunque en su art. 13 propone una regulación de la “exclusión de la prueba prohibida” que explica con claridad cuáles son las actuaciones que tendrán este carácter y permite, además, su exclusión desde el mismo momento en que se constate que se ha producido una infracción en un derecho fundamental; sin embargo, su defecto radica en que no prevé el procedimiento que deberán seguir las partes en el caso de que se deniegue su solicitud de exclusión, pues simplemente se limita a decir que estas podrán reiterar su petición con posterioridad. *Cfr.* sobre esta cuestión, SÁNCHEZ POS, M. V., “La prueba en el Borrador...”, *op. cit.*, pp. 1191-1192.

acto del juicio oral. Quizás, el ejemplo más palpable en lo que concierne a esta controvertida cuestión es el supuesto contemplado en el ya comentado artículo 788.2 de la LECrim¹²⁹. En efecto, el nudo gordiano de esta polémica cuestión radica en la circunstancia de que *“nuestros más altos tribunales se acogen a la teoría de la «prueba preconstituida» para justificar condenas que no se basan en una actividad probatoria realizada con escrupuloso respeto de todas las garantías”*¹³⁰.

Pero además, en este tan complejo contexto, el fenómeno de que no exista una regulación apropiada de la anticipación y el aseguramiento probatorios favorece, precisamente, el incremento de este tipo de medidas en las que las garantías procesales son más que dudosas, razón por la cual, si partimos de un atisbo de desconfianza, no parece una casualidad que, a pesar de los problemas jurídico-prácticos que suscita la parca normativa existente en esta materia, así como la polémica y confusión que obra en torno a la misma, no dé lugar a una reforma que ponga fin a tales problemas, sobre todo, teniendo en cuenta los ya varios fallidos intentos habidos en nuestro país de aprobar un nuevo Código Procesal Penal. De hecho, los mencionados Proyectos de Ley aprobados el día 13 de marzo de 2015¹³¹ persiguen, tal y como se desprende de sus propias exposiciones de motivos, introducir modificaciones parciales de la LECrim a modo de “parcheo legislativo”, para paliar, al menos por el momento, la falta de aprobación de un nuevo texto de reforma íntegra del proceso penal español¹³².

¹²⁹ Pensemos también aquí, verbigracia, en la problemática que plantea el régimen de los registros corporales externos o los cacheos, particularmente, los llevados a cabo en aeropuertos y pasos fronterizos.

¹³⁰ Fenómeno del cual se lamenta IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo...*, op. cit., p. 131. Además, esta autora expone, a nuestro modo de ver, con acertado criterio que el concepto jurídico tan poco depurado de prueba preconstituida *“encubre un subterfugio rodeado de falso tecnicismo mediante el cual, en realidad, se limitan las garantías del debido proceso con el fin de asegurar la aplicación del «ius puniendi» ante dificultades o incomodidades de índole práctica que se derivarían de su respeto escrupuloso”*. *Ibidem*, p. 129.

¹³¹ El Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

¹³² La Exposición de Motivos de los dos referidos Proyectos de Ley dice así en su primer párrafo: *“La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometido a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal*

En puridad y a modo de colofón o reflexión final en relación con las diligencias de prueba preconstituida y de prueba anticipada, su virtualidad y su correcta utilización en el marco del proceso penal, debemos tomar como referente la premisa o la máxima de que las razones de celeridad y de economía procesal no pueden justificar la merma de los derechos y garantías del justiciable, ni tampoco puede hacerlo el interés público en la persecución de los delitos, que debe subordinarse siempre al principio de proporcionalidad y, en consecuencia, respetar el derecho de defensa.

cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M., *Guía práctica de la prueba penal: jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad, formularios*, Dijusa, Madrid, 2005.

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita: (un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales* (obra compilada de los manuscritos del autor E. Dumont), traducción del francés efectuada por Manuel Ossorio Florit, Comares, Granada, 2001.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

DÍAZ CABIALE, J. A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», *Cuadernos CGPJ*, Madrid, 1991.

y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

DOLZ LAGO, M. J. (Dir.); FIGUEROA NAVARRO, C. (Coord.) con VV.AA., *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid, 2012.

ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.

GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2011.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2013.

«La prueba preconstituida de la policía judicial», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 37-67.

<http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194212/260386>
(27/12/2014).

GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

«La anticipación y aseguramiento de la prueba penal», *Prueba y proceso penal: (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*, (Coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 183-231.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2010.

HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Comares, Granada, 2006.

HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.

IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.

«La denominada “prueba pericial preconstituida”: La nueva redacción del art. 788.2 LECrim», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 605, 2003, pp. 1-4.

«Los límites de la información judicial: Secreto de sumario y filtraciones», *Comunicación y Justicia en Violencia de Género*, (Coords. IGLESIAS CANLE, I. C.; LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89-127.

«Intervenciones corporales y prueba de ADN: libre valoración probatoria y argumentación jurídica», *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, (Coords. BONORINO RAMÍREZ, P.; GARCÍA AMADO, A.), Comares, Granada, 2014, pp. 323-355.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., «Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36, 2001 (ejemplar dedicado a Genética y Derecho), pp. 133-208.

MAGRO SERVET, V., *Guía práctica profesional de investigación policial y medios de prueba en el proceso penal: manual práctico con preguntas y*

respuestas sobre el desarrollo de la actuación policial: doctrina y jurisprudencia actualizada, La Ley, Madrid, 2011.

«Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 92, 2012, pp. 5-13.

MARTÍ SÁNCHEZ, N., «La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales», *Actualidad Penal*, 1998, t. I, núm. 7, pp. 141-162.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

MOLINA GIMENO, F., «Un nuevo paso para el camino de la involución garantista en la práctica procesal penal», *Aranzadi doctrinal*, núm. 6, octubre 2009, pp.159-170.

MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CUESTA, F. J., «Proposición, admisión y práctica de la prueba en los procesos ordinarios. Prueba anticipada y preconstituida», *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2003, pp. 55-83.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La prueba de ADN: su normativa procesal», *Jueces para la democracia*, núm. 51, 2004, pp. 72-80.

http://www.juecesdemocracia.es/revista/jpd_num_51.pdf (29/12/2014)

ORTELLS RAMOS, M. (con VV.AA.), *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1991.

PLANCHAT TERUEL, J. M., «Testigos y proceso penal», *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales*

y *prueba pericial*, (Dir. ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M.), v. II, La Ley, Madrid, 2011, pp. 261-313.

PEDRAZ PENALVA, E., «La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias previas), 1998, pp. 11-62.

RIFÁ SOLER, J. M., «Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba», *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.), v. I, La Ley, Madrid, 2011, pp. 117-168.

RIZO GÓMEZ, B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SAAVEDRA RUIZ, J. (Dir.), *Jurisprudencia penal (2005-2007): Análisis crítico*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, D.L., Madrid, 2007.

SÁNCHEZ POS, M. V., «La prueba en el borrador de Código Procesal Penal de 2013», *Diario La Ley*, Madrid, vol. 5, 2013, pp. 1191-1195 (D-404).

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.A. «Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en la instrucción del proceso penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2002, pp. 599-619.

ZEGRÍ BOADA, E., «Finalidad, alcance y límites de la investigación sumarial», *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. ABEL LLUCH, X.; RICHARD GONZÁLEZ, M.), v. I, La Ley, Madrid, 2011, pp. 441-461.

Maquetación:

Secretaría General Técnica
Subdirección General de Documentación y
Publicaciones

Enlaces de contacto:

Contacto Boletín
Normas de publicación en el Boletín del Ministerio
de Justicia
Suscripción al Boletín

