

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO

ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL

PROGRAMA DE DOCTORADO

“ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL”



TESIS DOCTORAL

LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL

Autor: Rocío Martín Ríos

Director: Prof. Dr. Lorenzo Bujosa Vadell

Salamanca, enero 2018

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO

ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL

PROGRAMA DE DOCTORADO

“ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL”



LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL

**TRABAJO QUE SE PRESENTA PARA LA COLACIÓN DEL
GRADO DE DOCTORADO EN DERECHO POR LA
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

Autor: Rocío Martín Ríos

Director: Prof. Dr. Lorenzo Bujosa Vadell

Salamanca, enero 2018

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS EMPLEADOS	10
CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN	13
I. EL PROCESO PENAL.....	13
II. EL PAPEL DE LA PRUEBA EN EL PROCESO.....	15
III. LA CARGA DE LA PRUEBA	22
1. <i>La carga de la prueba en el proceso</i>	22
2. <i>Especialidades de la jurisdicción penal</i>	25
3. <i>Posibilidad de su práctica de oficio</i>	27
IV. EL PRINCIPIO DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	35
CAPÍTULO SEGUNDO: CONCEPTO, FUNDAMENTO, PRESUPUESTOS Y NATURALEZA JURÍDICA	38
I. CONCEPTO.....	38
1. <i>Aproximación a la prueba anticipada</i>	38
2. <i>La perspectiva jurisprudencial</i>	39
3. <i>La previsión legal</i>	41
4. <i>Definición</i>	43
II. FUNDAMENTO	44
1. <i>El tiempo y la prueba anticipada</i>	44
2. <i>Una auténtica excepción</i>	46
3. <i>La necesidad como fundamento</i>	51
III. PRESUPUESTOS	53
1. <i>Imposibilidad, extrema dificultad y riesgo de suspensión</i>	53
A. <i>Imposibilidad o extrema dificultad</i>	54
B. <i>Riesgo de suspensión</i>	58
2. <i>Consideraciones acerca de la irrepetibilidad como supuesto</i>	59
IV. NATURALEZA JURÍDICA	60
1. <i>Semejanzas con las medidas cautelares</i>	60
2. <i>Acto previsible</i>	62
3. <i>Un acto inaplazable</i>	63
A. <i>Desaparición de la urgencia en el juicio oral</i>	64
CAPÍTULO TERCERO: DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA	69
I. DIFERENCIA ENTRE FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA.....	69
1. <i>Distinción conceptual</i>	69
2. <i>La fuente y el medio de prueba en las excepciones probatorias</i>	71
II. DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA ANTICIPADA Y LA PRUEBA PRECONSTITUIDA.....	73
1. <i>La tradicional confusión de las figuras</i>	73
2. <i>Tratamiento doctrinal de las excepciones probatorias</i>	74
3. <i>Evolución jurisprudencial en el estudio de la prueba anticipada</i>	81
4. <i>La no consideración de actos de investigación como actos probatorios</i>	88
5. <i>Elementos diferenciadores de la prueba anticipada y la prueba preconstituida</i>	95
6. <i>Análisis de la posible aplicación del art. 730 LECrim en la prueba anticipada</i>	103

CAPÍTULO CUARTO: REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	105
I. LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA NORMATIVA PROCESAL	105
II. LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA JURISPRUDENCIA	109
1. <i>La jurisprudencia del TS</i>	109
2. <i>La jurisprudencia del TC</i>	112
III. CRÍTICA A LA PARCA REGULACIÓN	115
IV. PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REGULACIÓN.....	116
1. <i>Proyectos legislativos para la modernización de la LECrim</i>	116
A. Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011	117
B. El borrador de Código Penal Procesal Penal de 2013	123
C. El fracaso de los borradores	129
2. <i>Propuestas de avance</i>	130
CAPÍTULO QUINTO: PRINCIPIOS Y PRUEBA ANTICIPADA	132
I. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.....	134
II. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.....	140
III. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.....	146
IV. PRINCIPIO DE ORALIDAD	150
V. PRESENCIA FÍSICA DE LOS ACUSADOS.....	152
VI. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN O UNIDAD DE ACTO	158
VII. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	161
CAPÍTULO SEXTO: PROCEDIMIENTO.....	166
I. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA FASE INTERMEDIA	166
II. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA	168
1. <i>Momento para proponer la anticipación</i>	168
2. <i>Contenido de la petición</i>	172
3. <i>Defectos en la proposición</i>	176
III. ADMISIÓN DE LA PRUEBA.....	178
1. <i>El auto de admisión</i>	178
2. <i>Requisitos de admisibilidad de la prueba anticipada</i>	179
A. Requisitos generales	179
B. Requisitos específicos.....	187
IV. CITACIÓN DE LAS PARTES	202
V. DESARROLLO	202
1. <i>La remisión a las normas generales de la prueba</i>	202
2. <i>La práctica ante el tribunal sentenciador</i>	203
A. La composición del tribunal	203
3. <i>El desarrollo temporal</i>	207
VI. ACCESO AL JUICIO ORAL	208
VII. GARANTÍAS EN SU EJECUCIÓN.....	209
VIII. CRÍTICAS A LA PRUEBA ANTICIPADA	213
1. <i>El empleo de medios de comunicación bidireccional como alternativa a la prueba anticipada</i> ...	213
2. <i>La quiebra del principio de concentración</i>	234
3. <i>La innecesariedad sobrevenida de la prueba anticipada</i>	236
4. <i>La tendencia a reducir la fase investigatoria</i>	237
IX. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA POR LOS TRIBUNALES	239
1. <i>Ventajas vs comodidad</i>	239
2. <i>La hipervaloración de la fase sumarial</i>	240
3. <i>Su empleo por las partes del proceso</i>	243

4. <i>Una figura ignorada</i>	243
CAPÍTULO SÉPTIMO: SUPUESTOS DE PRUEBA ANTICIPADA	245
I. PRUEBA TESTIFICAL.....	245
1. <i>Consideraciones generales</i>	245
2. <i>Formalidades</i>	249
3. <i>Supuestos particulares</i>	255
A. Testigo en peligro inminente de muerte o aquejado de enfermedad	256
B. Testigo extranjero.....	263
C. Testigo objeto de amenazas	269
D. Testigo sujeto a cualquier otro impedimento grave	275
E. Testificales de víctimas con necesidad de especial protección. El menor de edad como testigo	277
4. <i>Reconocimientos</i>	282
A. El reconocimiento en el juicio oral	282
B. Reconocimiento en rueda.....	286
C. Reconocimiento de voces	289
D. Reconocimiento de cosas.....	295
E. Otros reconocimientos	296
5. <i>Contradicción de la manifestación del testigo con lo declarado anteriormente</i>	299
6. <i>La declaración de los coacusados</i>	304
A. Consideraciones generales	304
B. Formalidades	308
7. <i>Valoración del testimonio en la prueba anticipada</i>	311
II. CAREOS	318
1. <i>Consideraciones generales</i>	318
2. <i>Formalidades</i>	321
3. <i>Práctica</i>	324
4. <i>Problemas prácticos en su realización</i>	325
III. PRUEBA PERICIAL.....	325
1. <i>Consideraciones generales</i>	325
2. <i>Formalidades</i>	330
3. <i>Supuestos particulares de pericial</i>	334
A. La prueba pericial dactiloscópica.....	334
B. Análisis de sustancias estupefacientes	335
C. Prueba pericial grafológica	339
D. Informe de perito sobre funcionamiento de armas.....	339
E. La diligencia de autopsia.....	340
F. La prueba pericial fonométrica de identificación de voces.....	341
G. Examen pericial forense del acusado	341
H. La prueba pericial de inteligencia	343
I. Dictamen psicológico sobre la credibilidad de testimonio	347
J. Las nuevas tecnologías de comunicación e información.	348
IV. SUPUESTOS ESPECIALES	350
1. <i>Las intervenciones corporales</i>	350
2. <i>Análisis de ADN</i>	352
3. <i>La prueba de reconocimiento judicial</i>	353
A. Consideraciones generales	353
B. Desarrollo.....	359
C. Supuestos de reconocimientos judiciales	364
D. Valoración del reconocimiento	367

V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE LA FIJACIÓN DE UN NUMERUS CLAUSUS EN TORNO A LA PRUEBA ANTICIPADA	369
CAPÍTULO OCTAVO: LA PRUEBA ANTICIPADA EN LOS PROCESOS DE JURADO, DE MENORES Y MILITAR	372
I. PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO	372
1. <i>Consideraciones generales</i>	372
2. <i>Formalidades</i>	373
3. <i>Supuestos</i>	376
A. Prueba testifical anticipada	376
B. Prueba pericial anticipada	380
II. EL PROCESO PENAL DE MENORES	381
III. LA JURISDICCIÓN MILITAR	383
CAPÍTULO NOVENO: PRUEBA ANTICIPADA CIVIL Y LABORAL. DIFERENCIAS CON LA PENAL	387
I. LA PRUEBA ANTICIPADA CIVIL	387
1. <i>Consideraciones generales</i>	387
2. <i>Naturaleza</i>	388
3. <i>Requisitos</i>	389
4. <i>Competencia</i>	390
5. <i>Legitimación</i>	393
6. <i>Admisión</i>	394
7. <i>Práctica</i>	397
8. <i>Valoración de la prueba anticipada civil</i>	398
II. LA PRUEBA ANTICIPADA LABORAL	400
1. <i>Consideraciones generales</i>	400
2. <i>Naturaleza</i>	401
3. <i>Regulación</i>	401
4. <i>Legitimación</i>	402
5. <i>Requisitos</i>	403
6. <i>Admisión</i>	404
7. <i>Práctica</i>	404
CONCLUSIONES.....	409
ANEXO I: LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL ITALIANO: EL INCIDENTE PROBATORIO Y LOS ACTOS URGENTES	419
I. CONSIDERACIONES GENERALES	419
II. UNA AUTÉNTICA PRUEBA	428
ANEXO II: FORMULARIOS	431
I FORMULARIOS DE SOLICITUD DE PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA.....	431
II FORMULARIOS DE SOLICITUD DE PRUEBA PERICIAL ANTICIPADA	439
III FORMULARIO DE SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO DE MENORES	444
BIBLIOGRAFÍA	446

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS EMPLEADOS

A.	- Auto
AAP	- Auto de Audiencia Provincial
AA.VV	- Autores Varios
AP	- Audiencia Provincial
ap/aps	- Apartado/Apartados
art./arts.	- Artículo/Artículos
BOE	- Boletín Oficial del Estado
Cap/Caps	- Capítulo/Capítulos
CE	- Constitución Española
Cfr.	- Confróntese
CP	- Código Penal
C.P.C	- Código Procesal Civil
CPP	- Código Procesal Penal
Ed.	- Edición
Edit.	- Editorial
Ídem	- En los mismos términos
Ibídem	- En el mismo lugar, igual que la referencia anterior
LEC	- Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	- Ley de Enjuiciamiento Criminal

Letrado de la A.J.	- Letrado de la Administración de Justicia
LJS	- Ley de la Jurisdicción Social
LOPJ	- Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTJ	- Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LRJS	- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
MF	- Ministerio Fiscal
núm.	- Número
op. cit.	- Obra citada
Pág.	- Página
RIDP	- Revista Internacional de Derecho Público
RPJ	- Revista del Poder Judicial
s./ss.	-Siguiente/s
SSTC	-Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	- Sentencia del Tribunal Constitucional
StPO	- Código Penal Alemán
STS	- Sentencia del Tribunal Supremo
T.	- Tomo
TC	- Tribunal Constitucional
TEDH	- Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	- Tribunal Supremo
Vol.	- Volumen

Vid. - Véase

V.Gr. - Verbigracia

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

I. EL PROCESO PENAL

El proceso, en una dimensión genérica, ha sido entendido como un encadenamiento de actos procesales que tiene lugar en el seno de cada uno de los distintos órdenes jurisdiccionales.

En el ámbito penal, podemos definirlo como marco jurídico en el que se investigan y enjuician conductas constitutivas de delito. Doctrinalmente, se ha venido aceptando que conforma el instrumento de la Jurisdicción para la aplicación en exclusiva del *ius puniendi* del Estado¹.

Por su propia naturaleza, el proceso penal cuenta con algunas peculiaridades: por una parte, nos encontramos con que existen una serie de principios que han de ser salvaguardados y que son exclusivos de este orden jurisdiccional y, por otro lado, cuenta con una progresión de fases que no se aprecian en el resto de órdenes jurisdiccionales. En relación con la segunda de las características, podemos decir que el proceso penal español se configura a través de dos grandes etapas perfectamente diferenciadas: una primera de instrucción o investigación, que tiene como objeto la práctica de sucesivas diligencias encaminadas a la determinación de un hecho punible y de la participación en el mismo de uno o varios investigados. A la vista de los datos obtenidos de la práctica de aquellas actuaciones y, conforme al principio acusatorio, todas o alguna de las acusaciones (Ministerio Fiscal, acusación particular o actor popular) podrán decidir si formulan acusación contra todos o algunos de los encausados, solicitando entonces la apertura de la siguiente etapa a la que aludíamos: el juicio oral. Entre la instrucción y el juicio oral existe una fase intermedia, que estará definida de distinta forma en función del tipo de procedimiento: ordinario o abreviado.

Como hemos adelantado, conforme al principio acusatorio los únicos que podrán formular acusación contra los investigados y, por ende, solicitar imposición de pena respecto de los mismos, serán las partes acusadoras a través de sus correspondientes escritos. Las conclusiones provisionales de la acusación deberán respetar un contenido

¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2015, págs. 37 y 38.

mínimo, de manera que en ellos quedarán fijados los hechos objeto de enjuiciamiento, la calificación jurídica de los mismos, la participación que los investigados hubieran tenido en ellos, la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuante, agravante, eximente completa o incompleta) y la pena solicitada (con inclusión de la responsabilidad civil derivada del delito), así como los medios de prueba de los que pretenden valerse. Como es lógico, habrá tantos escritos de acusación como partes acusadoras haya.

Una vez que los acusadores presenten sus respectivos escritos, se dará traslado de estos a las defensas, quienes formularán sus pertinentes conclusiones con apartados correlativos a los de la acusación. En el momento en que la defensa tiene conocimiento formal de los hechos de los que se acusa a sus representados puede discutir tanto aquellos como su participación, la concurrencia de circunstancias modificativas y la pena, así como la responsabilidad civil, proponiendo, al igual que sucedía con la acusación, los medios de prueba de los que pretenden valerse.

A partir de la presentación de las conclusiones, el Juez de instrucción, mediante una resolución que adquirirá inexorablemente la forma de auto, deberá fijar los hechos que serán objeto de enjuiciamiento, que afectarán tanto a la fase del juicio oral (no podrán practicarse pruebas relativas a hechos distintos) como a la sentencia (el órgano de enjuiciamiento no podrá condenar por hechos diferentes). Este auto de apertura del juicio oral provocará asimismo el levantamiento del secreto de la causa con respecto de terceros, dando lugar a la entrada en el proceso del principio de publicidad.

Por tanto, el segundo de los estadios antes comentado, el de juicio oral, se abrirá después de que las partes personadas presenten sus respectivos escritos o una vez que transcurre el plazo legal para su presentación, y será precisamente en esta sede- y no antes- donde se practicarán las pruebas necesarias para determinar la existencia o no del ilícito penal, la participación de los acusados, la concurrencia de las circunstancias modificativas y la pena de la que, en su caso, resultaran merecedores.

A nivel doctrinal, la diferencia entre las fases del proceso penal ha suscitado siempre un gran interés. Se ha considerado de forma generalizada que durante la etapa investigadora el juez instructor deberá realizar actos instructorios tendentes a comprobar no sólo la existencia de la *notitia criminis* y su tipicidad, sino también su autoría, dado que la

primera de las etapas procesales se enfoca hacia la preparación del juicio oral (art. 299 LECrim)². De esta manera, distinguen claramente ambas fases, entendiendo que los actos de investigación no se convierten por sí solos en actos de prueba sobre los que el órgano decisor pueda fundar una sentencia de condena, sino que están dirigidos a suministrar a las partes la fundamentación fáctica de sus respectivos escritos de calificación o acusación pero no permiten al juez o tribunal sentenciador basar la declaración de hechos probados de la sentencia sobre ellos³.

Comprobamos, por tanto, la razón de ser de dividir el proceso en dos grandes períodos. Cada uno de ellos se rige por fines distintos, con aplicación de diferentes criterios y principios y son presididos por órganos también dispares. Precisamente, una de las principales diferencias la constituye el principio inspirador: la fase investigadora, a diferencia de la de juicio oral, viene presidida por el principio de investigación de oficio, mientras que el juicio oral gira en torno al principio acusatorio.

En cuanto a los fines, la instrucción cuenta con un doble propósito: por un lado, permite a los intervinientes recopilar datos que pueden entender indiciarios de la comisión de una infracción penal por los encausados y, en virtud de su entidad y solidez, les conducirá finalmente a la formulación del escrito de acusación bajo la creencia de que podrán practicar en el plenario prueba suficiente como para lograr la convicción del juez sobre su existencia y, por otro, actúa asegurando los medios de prueba, siendo que el acto probatorio en sí mismo tendrá lugar únicamente en el plenario. Asimismo, la fase investigadora permitirá obtener datos suficientes como para resolver cuestiones tales como la necesidad de adopción de medidas cautelares de carácter personal o real, la existencia de responsables civiles, en su caso, o incluso el dictado de auto por el que se archiven las actuaciones⁴.

II. EL PAPEL DE LA PRUEBA EN EL PROCESO

A través de la prueba practicada en la vista se busca lograr la convicción del órgano judicial sentenciador, unipersonal (Magistrado- Juez de lo penal) o colegiado

² GIMENO SENDRA, Vicente, *Ibidem*, pág. 227.

³ *Ibidem*, pág. 227.

⁴ Profundizan en la fase investigadora Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 201-203.

(Audiencia Provincial o Sección correspondiente de la misma) acerca de la existencia de un hecho punible (es decir, si se produjeron los hechos que se narran en la conclusión primera por los acusadores y si estos constituyen delito alguno), de la condición de autor del o de los acusados, de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y de la procedencia de imposición de la pena instada así como de la condena a la responsabilidad civil derivada del hecho enjuiciado, en su caso.

Los medios de prueba que las partes podrán proponer y practicar en el acto del juicio oral son múltiples y han dado lugar a innumerables tratados, abarcando las declaraciones testificales, la prueba pericial, la inspección ocular, la prueba documental aportada por las partes, la prueba de reconocimiento... La Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECrim) le dedica un amplio apartado, pero con una sistemática poco práctica que debiera ser revisada.

Se le reconoce a cada una de las partes intervinientes el derecho a participar no sólo en los actos probatorios que propusieren en su escrito, sino también en el resto de pruebas propuestas por los demás. Esta facultad de intervenir en las pruebas no solicitadas directamente da lugar al conocido como "principio de comunidad de la prueba", que incorpora el medio probatorio al procedimiento desligándolo de su proponente, de manera que no podrá evitarse su práctica -aun cuando se renuncie a ella en el acto de la vista- si las demás partes personadas se adhirieron a ella o lo propusieron en sus escritos. Una vez que se hayan efectuado todas aquéllas que fueron admitidas por el órgano sentenciador (unipersonal o colegiado), comenzará el trámite de conclusiones, en el que la representación procesal de cada parte personada en el procedimiento, tras elevar a definitivos sus escritos provisionales o introducir en ellos las modificaciones oportunas a la vista del resultado de las pruebas, procederá a exponer al tribunal un "resumen de pruebas" que fundamenten sus pretensiones y pongan "ante los ojos del tribunal" la versión de los hechos que defienden.

Así pues, la prueba se configura como uno de los ejes centrales no ya del proceso penal, sino de todos los procesos judiciales, pues a través de la misma cada parte pretende inclinar la balanza de la justicia hacia sus pretensiones. Es por ello por lo que ha sido tradicionalmente objeto de amplio estudio por la doctrina, siendo además que la Ley le concede un lugar resaltado en su articulado. Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo de la institución de la prueba, entendemos necesario -dada su relación con la materia

objeto de estudio- acercarnos a ella a través de algunas definiciones que, por clarificadoras, entendemos interesante resaltar.

HUERTAS MARTÍN la ha conceptualizado como todo motivo aportado al proceso por los cauces establecidos legalmente para que el juez adquiera el convencimiento sobre los hechos que son objeto del proceso y respecto de los que debe emitir su fallo⁵.

Para GUZMÁN FLUJA es prueba cualquier medio o instrumento que permite introducir en el proceso los elementos necesarios que permitan al juez poder decidir sobre el juicio de hecho⁶.

En la misma línea, GIMENO SENDRA define los actos probatorios como actividad de las partes procesales orientada hacia la obtención de la íntima convicción del Juez sobre los hechos afirmados por aquéllas, que se practica en presencia del juzgador y en los que se hace indispensable el respeto de los principios de contradicción e igualdad, así como de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, y que se ven incorporados al acto del juicio a través de medios lícitos de prueba⁷. No podemos perder de vista que el Derecho penal versa exclusivamente sobre hechos pasados, por lo que a través de la prueba se buscan elementos suficientes que permitan al juzgador otorgar credibilidad a la versión otorgada por las partes sobre cómo sucedieron los hechos juzgados.

En virtud de lo expuesto, y haciendo una amalgama de las definiciones ofrecidas podemos conceptualizar la prueba como aquella actividad procesal efectuada por las partes y dirigida a obtener del juez el convencimiento sobre aquellos hechos tratados en el proceso y que constituyen el objeto mismo de aquél. Es, efectivamente, un acto de parte, a quienes corresponde introducir en el proceso unos hechos determinados y su acreditación mediante la propuesta de los medios de prueba de que se disponga.

Antes de entrar en el análisis de la prueba anticipada, y con el propósito de no inducir a error al lector en relación con una figura análoga, que no igual, cual es la prueba

⁵ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 27 y 28.

⁶ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 33.

⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho (...)*, op. cit., pág. 413.

preconstituida, deslindaremos brevemente el concepto de prueba propiamente dicha de la diligencia de investigación o sumarial, cuestión que será abordada más tarde con profundidad. Así, mientras la prueba (celebrada, generalmente, durante la vista) tiene por objeto lograr la convicción del juez sobre los hechos afirmados por las partes de forma que se declare la culpabilidad o inocencia del sujeto en cuestión, todos los actos que se realicen durante la fase de averiguación o investigación (es decir, durante la fase sumarial) pretenden esclarecer los hechos que dieron motivo a la formación de la causa, de manera que el juez instructor pueda basar la eventual investigación en un fundado juicio de probabilidad. De acuerdo con GIMENO SENDRA, los actos de prueba requieren un *thema probandi* propuesto por las partes, mientras que los actos de investigación sólo requieren una *notitia criminis*, que puede ser introducida tanto de oficio como a instancia de parte⁸. Los actos de prueba y las diligencias de investigación cuentan con fines bien distintos, siendo su objeto la nota diferenciadora entre ambos, y no el momento de realización pues, como veremos, cabe que la prueba pueda efectuarse antes de su momento naturalmente previsto. Las diligencias de investigación pretenden averiguar los hechos que se indican en el escrito de acusación y buscar y proteger las fuentes de prueba en que fundarlos⁹. Si bien no podemos perder de vista que los actos practicados durante la investigación, cuando se produzcan con respeto a las garantías procesales del inculpado y se ratifiquen en el juicio oral sometidos a contradicción, adquieren el valor de auténtica prueba.

No obstante, como apuntamos, en el proceso penal español en que existe una clara diferenciación entre la fase de investigación y la de enjuiciamiento -encarnada, además, en dos órganos judiciales diferenciados- se considera prueba en sentido amplio la practicada en el acto del juicio oral. Esto constituye el auténtico acervo probatorio en cuanto información o material que será tomado en consideración por el juzgador para formar su convicción relativa a la culpabilidad o inocencia de un sujeto. Y tales pruebas tendrán, necesariamente, que practicarse bajo el tamiz de los principios de inmediación, concentración, publicidad, contradicción e igualdad de partes, principios que, como tendremos ocasión de analizar, deberán observarse también de manera ineludible en la excepción al art. 741 LECrim objeto del presente trabajo: la prueba anticipada.

⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna Ed. Jurídicas, Madrid, 2015, págs. 307 y 575.

⁹ ANADÓN JIMÉNEZ, Miguel Ángel, “La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial”, *La Ley*, Sección Doctrina, T. V, 1999, pág.2.

De acuerdo con dicho precepto, el juez sólo podrá dictar sentencia de acuerdo con las pruebas efectuadas en el acto del juicio oral, pues considera el legislador que únicamente en este instante se observarán en su totalidad los principios inherentes al proceso penal y, más allá, a la práctica de la prueba. Tanto es así, que el juicio oral se convierte en el auténtico proceso, el lugar donde tienen lugar los actos verdaderamente procesales, mientras que la etapa instructora adquiere tintes administrativos¹⁰.

Sin grandes esfuerzos reparamos en que el valor de la prueba en el proceso penal es máximo, determinante de la certeza de la realización o no de un hecho punible y de la participación o no del acusado en él. ANADÓN JIMÉNEZ recuerda las palabras de RUIZ VADILLO, para quien “antes del juicio oral nada está probado y en él todo se puede contradecir con más o menos posibilidades de éxito”¹¹. A través de la realización de la prueba y de su valoración por el tribunal se busca la verdad, de ahí su relevancia. Es por ello por lo que, haciendo nuestras las palabras de WINFRIED HASSEMER: “así como la Justicia es el paradigma del Derecho Material, la verdad es el paradigma del Derecho procesal penal”.

Sobre la finalidad de la prueba se pronuncia HUERTAS MARTÍN, afirmando que se puede entender por prueba en el proceso penal no sólo la actividad de las partes, sino también la del propio órgano enjuiciador (juez o tribunal) dirigida a probar la realidad o falsedad de las afirmaciones que las partes efectúan sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. Está dirigida a lograr la convicción psicológica del juzgador sobre la existencia o no de tales hechos¹².

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) también ha tenido oportunidad de referirse al valor de la prueba en el proceso penal y a los requisitos imprescindibles para que despliegue todo su potencial informativo. Advirtió que una de las consecuencias del derecho fundamental a la presunción de inocencia es el desplazamiento de la carga de la prueba hacia las partes acusadoras, únicas a quienes compete probar los hechos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 317/1981, 107/1983, 124/1983 y 17/1984), añadiendo que la prueba ha de ser suficiente para generar en el tribunal la evidencia de

¹⁰ ASECIO MELLADO, José M^a, *Derecho Procesal Penal*, 7^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 285.

¹¹ ANADÓN JIMÉNEZ, Miguel Ángel, “La recogida de pruebas (...)”, op. cit., pág.2.

¹² HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal (...)*, op. cit, pág. 28.

la existencia, no solo de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (SSTC 141/1986, 150/1989, 134/1991 y 76/1993). Precisamente, el TC ha recordado en infinidad de ocasiones que el derecho constitucional a la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* desvirtuada únicamente a través de un material probatorio suficiente. Para ello, para que se produzca la enervación de dicha presunción, deben concurrir varios requisitos:

a) Que se cuente con prueba de cargo suficiente que verse sobre los hechos punibles, la participación del acusado y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, bien a través de coincidencia plena entre el hecho probado y el hecho contemplado en la ley como delito, bien mediante una conexión lógica entre el hecho tipificado como delito y el hecho probado.

b) La prueba deberá ser practicada con todas sus garantías (con cumplimiento de los principios inspiradores del proceso penal de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad).

Conforme a lo dicho, si la regla general es que únicamente la prueba practicada durante el juicio oral es la que tiene capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, la consecuencia lógica será que las diligencias practicadas en un estadio anterior, en fase de instrucción, no constituirán por sí mismas, pruebas de cargo¹³, sino que serán “actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente”.

El TC, máximo intérprete de la Constitución, ha dejado sentado en numerosas ocasiones que sólo podrán considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio únicamente podrá desarrollarse en el seno del juicio oral ante el juez o tribunal encargado de dictar sentencia, de forma que la plena convicción se alcance a través de un contacto directo con los medios probatorios aportados por las partes¹⁴.

En base a estas consideraciones, lo ordinario es que en el proceso penal la prueba se practique en el acto del juicio oral, pues su finalidad, como apuntamos, es convencer al

¹³ SSTC 101/1985, 137/1988 y 161/1990.

¹⁴ Como ejemplo de la doctrina expuesta, la STC 217/1989, de 21 de diciembre.

juez o tribunal sentenciador sobre los hechos introducidos en el debate mediante los escritos de acusación, así como la participación del ya acusado en los mismos. Ahora bien, como toda regla general cuenta con una excepción, en este caso, doble: la prueba anticipada y la prueba preconstituida. En la vida pueden surgir distintos acontecimientos o vicisitudes que imposibiliten absolutamente o hagan muy difícil o gravosa la práctica de la prueba en el debate. Para dar respuesta a la indefensión que tales situaciones ocasionarían en las partes si conllevaran la no práctica del acto en cuestión, se arbitraron mecanismos que permitieran conservar la información de la fuente de prueba y que, en el caso de la prueba anticipada, se tradujo en la oportunidad de desarrollar la actividad probatoria con carácter previo al momento naturalmente previsto.

Si bien la celebración de la prueba en el acto del juicio oral es el principio constitucionalmente asentado y aceptado tanto por doctrina como por jurisprudencia fundamentalmente por la inmediación que ello reporta para aquellos que, a la postre, van a decidir, es indudable que la práctica cotidiana de los tribunales exponen numerosas ocasiones que imposibilitan su escrupuloso desarrollo, deviniendo la práctica de la prueba inviable¹⁵. No puede obviarse la circunstancia de que si sólo se admitiese como prueba la realizada en el juicio oral, se daría en numerosos casos una “patente de inmunidad” a la acción delictiva, que obtendría indudables beneficios derivados de inconvenientes meramente procesales. Ahora bien, el temor a que la conducta delictiva quede impune no puede conllevar una rebaja de las exigencias probatorias en el desarrollo de la prueba anticipada con el único fin de no perder la fuente de prueba, pues el debilitamiento de los requisitos procesales para su práctica supone a su vez debilitamiento del principio de presunción de inocencia, al aplicarse distinto rasero para desvirtuarlo en función del momento en que la prueba se desarrolla.

El TC exige que la sentencia dictada por el tribunal tenga “un mínimo de actividad probatoria”, y para alcanzar tal mínimo deben articularse las reglas del proceso de manera que se posibilite la práctica de los medios con los que se cuentan. De otra forma, se favorecería al acusado al verse privadas las partes acusadoras del desarrollo de pruebas que, aunque no pudieran practicarse en el momento ordinario, podrían desarrollarse con anterioridad y ofrecer al tribunal los elementos de juicio necesarios

¹⁵ Cfr. El artículo de J.E. VILA MAYO “Consideraciones en orden a la práctica de la prueba en el Juicio oral”, en *Actualidad Penal*, núm. 13, 1990, pág. 131.

para lograr su convicción sobre la postura defendida. Podría alegarse -en contra de lo dicho- que las dificultades temporales no sólo correrían en contra de la parte acusadora, sino también de la defensa, quien podría observar impasible cómo se le imposibilitaría la realización de pruebas de descargo. Pero, dado que en el Derecho español rige en fase de juicio oral el principio acusatorio, cualquier obstáculo a la práctica probatoria será siempre mayor para la acusación, quien deberá quebrar el principio de presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo ciudadano hasta que se enerve dicha presunción.

El presente trabajo pretende abordar el concepto de la prueba anticipada desde una perspectiva probatoria global, tratando de delimitarla de otras figuras análogas, así como ofrecer tanto interrogantes en torno a su práctica como posibles respuestas a los mismos. Así, se expondrán no sólo los inconvenientes o dificultades que puedan surgir durante su desarrollo, sino también, desde una perspectiva constructiva, posibles soluciones a los mismos o, en ocasiones, tratar de abrir debate sobre aspectos controvertidos.

La regulación de la prueba anticipada, como ya iremos desgranando, se encuentra excesivamente limitada (especialmente si la comparamos con otros países como Italia), siendo comúnmente conocida la confusión entre esta excepción probatoria y la prueba preconstituida (tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial), con los consiguientes problemas prácticos que pueden surgir durante su ejercicio efectivo ante los tribunales. Esta idea, unida a una intención de ofrecer tanto una imagen lo más clarificadora posible de la figura como de elaborar un material útil a los operadores jurídicos constituyen el motor del presente trabajo.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA

1. La carga de la prueba en el proceso

En el estudio de la carga de la prueba encontramos de nuevo terreno abonado para las discrepancias doctrinales. La determinación de a quién corresponde la introducción del material probatorio es distinta según el ámbito jurisdiccional ante el que nos encontremos, cobrando una importancia incuestionable la fijación de los sujetos que, en los diferentes procesos, deben introducir los elementos necesarios para acreditar los

hechos controvertidos. En el Derecho civil, como regla general, quien alega un hecho debe probarlo, al ser un elemento al servicio del interés de las partes. Si una de ellas no emplea los medios de que disponga para lograr la convicción del juez sobre un punto, puede desembocar en una sentencia contraria a sus intereses.

El art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC) plasma un auténtico *onus probandi*, amplio precepto que trata de dar respuesta a diversas cuestiones y de cuyo contenido pueden extraerse diversas conclusiones. En primer lugar, el apartado primero parece ser supletorio, aplicable únicamente en los casos en que la prueba desarrollada haya resultado insuficiente, recalcando quién ha de soportar en este caso la falta de prueba. Parece reconocer así un concepto de carga material de la prueba (en terminología de ROSEMBERG), por el que el peso de ésta recaerá sobre la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada parte tendrá que probar el presupuesto de hecho de la norma o normas sobre la que base su pretensión o excepción. La carga de la prueba en sentido material, pues, plantea una verdadera “carga” para la parte que trate de acreditar un hecho.

La carga de la prueba en sentido material también tiene virtualidad en los casos de ausencia de la misma, pues el juzgador deberá dictar sentencia en cualquier caso con el material de que dispusiere, siendo aquélla perjudicial para quien tenga la carga de probar una afirmación y no lo realice. El juzgador queda obligado a resolver en todo caso, incluso en los supuestos de ausencia de prueba o incluso cuando resulte poco convincente. En estas situaciones debe valorar no ya quién tiene la carga de la prueba, sino quién soportará las consecuencias negativas de la inactividad probatoria. El apartado primero del art. 217 LEC trata de amparar al juzgador en su labor cuando se encuentra ante un hecho no probado, pautas que no serán de aplicación cuando la prueba practicada sí hubiera resultado suficiente.

Los números segundo y tercero del precepto establecen que la prueba de los hechos constitutivos recae sobre el actor, mientras que el demandado deberá probar los hechos impositivos, extintivos y excluyentes. Mientras que los excluyentes sólo podrán ser introducidos por el demandado, los impositivos y extintivos pueden apreciarse de oficio por el juzgador. El carácter de cada hecho no puede conocerse *a priori*, sino que se deducirá tras el examen del asunto en cuestión.

La doctrina ha considerado el precepto indicado como un distribuidor de la carga de la prueba entre las partes de un pleito, empleando para llevar a efecto dicha distribución la fórmula de la flexibilidad pues, tal y como indica: "el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio"¹⁶. De esta manera, el art. 217 LEC acoge el criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, de acuerdo con la que el *onus probandi* recae sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba¹⁷.

A través de este método el juez debe decidir para cuál de las partes del litigio era más sencillo probar los hechos. De este modo, en caso de que no lograra demostrarse, las consecuencias negativas de la falta de acreditación recaerán sobre quien tuviera dicha facilidad. Sin embargo, no es unánime la doctrina en la admisión de este sistema. NIEVA FENOLL discute su validez, sosteniendo la imposibilidad de atribuir de manera automática las consecuencias negativas de la práctica de la prueba relativa a un hecho a quien tuviera mayor facilidad de probarlo porque, entre otros motivos, no siempre puede afirmarse que la parte que debió probar ocultó la prueba o la perdió de modo intencionado¹⁸. El autor lo considera un residuo del anterior sistema de prueba legal y tasada, en el que las partes debían aportar las pruebas establecidas por ley y se valoraba de manera predeterminada el no presentarlas. No concibe un esquema de reparto de la prueba en sistemas de valoración libre de la misma, donde aquélla debe ser valorada una vez practicada en su totalidad- conforme a la sana crítica, sin que pueda conocerse con carácter previo cuál será la determinante para resolver. Conforme a su tesis, resulta incompatible un sistema en que el ordenamiento establece los efectos de la realización o no de la actuación siguiendo la guía de la facilidad probatoria con la idea de que el juez valore la prueba en su conjunto una vez efectuada en su totalidad y de manera libre, al ser ideas contrapuestas. Matiza el autor, no obstante, que no siempre existe una absoluta contradicción entre la prueba legal y la prueba libre, pues la prueba legal puede

¹⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 39.

¹⁷ Jorge PEYRANO defendió que el *onus probandi* debía recaer sobre la parte que se encontrara en mejores condiciones para producir la prueba, por entender que esta regla flexibilizaba la rigidez que existía en torno a la valoración de la prueba, permitiendo la valoración adecuada a las circunstancias del caso. PEYRANO, Jorge W., "Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorio: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios"; exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Óscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

¹⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 401.

actuar de guía hacia la libre valoración en cuanto a la identificación en cada caso concreto del *id quod plerumque accidit* que, en el caso de la carga de la prueba pretende señalar a aquél que es más frecuente que disponga de una prueba y, en la valoración de la misma, atiende a qué es lo más frecuente que haya sucedido. Si se apreciara que las normas pretendieran anular la voluntad libre del juzgador en la valoración del acervo probatorio, sí habría que fijar la contradicción entre ambos sistemas, pero siendo que uno puede servir como orientador del otro sin intromisiones, la compatibilidad de los sistemas se antoja posible¹⁹.

La jurisprudencia actual tiende a acoger en el ámbito civil la regla general de distribución de la prueba *inter partes* por la que cada parte tiene que acreditar los hechos que alegue a su favor. Ahora bien, eso no supone que se admita la existencia de una prueba legal o tasada, pues el juez sigue contando con la facultad de valorar la prueba conjuntamente, dando lugar a la “apreciación conjunta de los medios probatorios”. No obstante, para evitar que tal libertad se convierta en soberanía del juzgador, el Alto Tribunal admite la libre valoración “salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica” (STS 2003/4632).

De acuerdo con lo expuesto, nada impide al tribunal apreciar el caudal probatorio en su conjunto conforme a la sana crítica, debiendo, eso sí, dejar constancia de manera motivada en la resolución de los datos fácticos que considerara probados y la aplicación del criterio del gravamen de la prueba cuando quien debiere acreditar un extremo, no lo realizara.

2. Especialidades de la jurisdicción penal

En el Derecho procesal penal, por el contrario, se discute si nos encontramos ante un auténtico *onus probandi*. Para NIEVA FENOLL, el proceso penal no puede hacer suyo el esquema de la carga de la prueba. Y ello porque, en caso de que se acogiera, la distribución de la “obligación” de acreditar un hecho debería realizarse de acuerdo a la misma idea de la facilidad de acceso a la prueba, para no quebrar la igualdad de armas. Y esta idea, por sí misma, es contraria a uno de los principios inspiradores del Derecho

¹⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 278-280.

penal: la presunción de inocencia. Realizar esta distribución probatoria es tanto como obligar al acusado a probar su inocencia, lo que resulta impensable. En este ámbito también puede suceder que el juzgador no considere suficientemente justificado un hecho, pero el efecto no debe ser valorar quién tenía la obligación de probarlo, sino que la consecuencia jurídica ineludible será el dictado de una sentencia absolutoria²⁰.

De la misma manera, el sector doctrinal que niega que pueda hablarse de la posibilidad de una carga formal o subjetiva²¹ de la prueba en el proceso penal, lo hace sobre la base de las siguientes consideraciones:

a) Al contrario de lo que sucede en el proceso civil, en la vía penal no se puede defender la idea de que existan intereses contrapuestos, pues los intereses que pudieran tener las partes del proceso quedan siempre subordinados al interés verdaderamente digno de protección: el interés del Estado, único que ostenta legitimación para ejercitar el *ius puniendi*.

b) El órgano judicial y el Ministerio Fiscal actúan orientados a la búsqueda de la verdad, al esclarecimiento de los hechos, sin que eso deba entenderse como una carga probatoria.

c) Dicha orientación hacia la búsqueda de la verdad faculta al Ministerio Público a solicitar la condena o la absolución en función de la prueba de que se disponga, como lógica consecuencia del principio de legalidad a que queda sometido.

d) Dada la “aplicación directa e inmediata del derecho a la presunción de inocencia” previsto en el art. 24 CE, no cabe hablar de una carga de la prueba en sentido formal²².

Efectivamente, el hecho de que todo el mundo cuente con un derecho constitucional a la presunción de inocencia conlleva que se requiera una mínima actividad probatoria de cargo para que el sujeto en cuestión pueda ser condenado. En el caso de que no se

²⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III (...)*, op. cit., pág. 402.

²¹ La teoría de la carga formal de la prueba es la dominante en el proceso civil, mientras que la material es propia del proceso penal y demás procesos en que el principio de aportación de parte está atenuado por el de intervención procesal en la práctica probatoria. Aún así, se advierte en el proceso civil un mayor acercamiento entre las dos teorías, movido por la tendencia a lograr no sólo una justicia formal, sino también material.

²² ALEMAÑ CANO, Jaime, “La prueba de testigos en el Proceso Penal”, *Publicaciones de la Universidad de Alicante*, Murcia, 2002.

obtuviera dicha actividad probatoria o fuere insuficiente, el acusado quedaría absuelto. En este sentido, se diría que la carga de probar el hecho objeto de la investigación sería de la parte acusadora. Siguiendo esta línea, el TS ha señalado que los hechos han de ser probados siempre por el acusador, sin que se le pueda exigir al acusado un deber de colaboración en la probanza de la existencia de los hechos o de la participación que tuviera en los mismos (STS de 8 de septiembre de 1994). Si fuera así, si exigiéramos al acusado este tipo de colaboración, quebraría el derecho fundamental a no declararse culpable, pues habría de participar coactivamente en buscar datos contrarios a sus propios intereses. Puede ser que la defensa no logre acreditar suficientemente los hechos impositivos o excluyentes que permitan rebatir los datos de la acusación y, sin embargo, sea obligada la absolución al no haberse logrado probar en el juicio oral la culpabilidad del acusado en base a pruebas de cargo lo suficientemente sólidas contra aquél. En sentido inverso, también se protege la presunción de inocencia, pues, aun cuando exista una prueba de cargo, su propia existencia no hace obligada la condena, sino que habrá de valorarse la concurrencia y entidad de los hechos impositivos y extintivos concurrentes y probados²³.

3. Posibilidad de su práctica de oficio

Durante largo tiempo se ha discutido si la prueba en el proceso es una potestad exclusiva de las partes o si el propio juzgador puede practicar pruebas al margen de las interesadas por las partes en sus respectivos escritos de acusación y defensa.

En principio, el art. 728 LECrim determina que exclusivamente podrán efectuarse las pruebas propuestas por las partes y podrán examinarse los testigos que presenten las partes en sus listas. No obstante, el art. 729 LECrim fija entre las excepciones a dicha regla: “(...) 2º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”. Con esta cláusula se otorga al juez la posibilidad de practicar algún acto probatorio que estime necesario para contribuir a

²³ “La prueba de los hechos impositivos que, una vez acreditados los de la acusación, hayan de impedir sus efectos punitivos, es carga de quien la alega, ya que el equilibrio procesal de las partes en el proceso impone a cada una de ellas el *onus probandi* de lo que al proceso pretende aportar y así, tras la prueba de hechos y de la participación en él del acusado, sobre este último recae probar hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier elemento excluyente de la punibilidad de los hechos típicos acreditados como cometidos por él” (STS de 4 diciembre de 1995).

aclarar algún punto debatido. En cualquier caso, como podemos observar, la licencia es excepcional y limitada, de modo que no pueda convertirse en carta blanca para introducir nuevos elementos de debate en el juicio ni dinamitar el principio acusatorio, propio de la fase del juicio oral en el ordenamiento jurídico español. Por ello, deberá atenderse al tratamiento que de esta cuestión se hace por la jurisprudencia.

Pese a las iniciales reticencias a la aplicación de art. 729 LECrim, la jurisprudencia fue admitiendo su uso, siempre controlado, en sentencias como la de 9 de mayo de 2005, que considera que el artículo es constitucional y no ataca a la imparcialidad del juez ni al principio acusatorio siempre que se limite la facultad probatoria del juez a hechos discutidos en el proceso, se empleen fuentes de prueba que consten en autos y se realice con pleno cumplimiento de todas las garantías procesales. En diversas resoluciones del Alto Tribunal se admite lo conocido como “prueba sobre prueba”, entendida como la que “no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso (...) por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio” (crf. ATS de 5 de mayo de 2005 o la STS de 16 de junio de 2004). De modo general, la jurisprudencia ha admitido la iniciativa probatoria a instancias del juez en:

- a) El interrogatorio testifical (SSTS de 4 de febrero de 2009, 8 de junio de 2004 ó 17 de septiembre de 2002).
- b) La inspección ocular (SSTS de 9 de mayo de 2005 o de 3 de febrero de 2005).
- c) La prueba pericial, para que el perito pueda defender su peritaje en caso de que hubiera sido impugnado o para que pueda criticar el peritaje de un tercero (entre otras, SSTS de 22 de diciembre de 2008, 14 de noviembre de 2002).
- d) La prueba documental, como pudiera ser la lectura de una declaración testifical practicada en el sumario cuando no resulte coincidente con la efectuada en fase de juicio oral, la aportación de escritos presentados por terceros o la audición de una cinta o reproducción de un video que ya constaba en la causa (STS de 28 de junio de 2000, STS de 26 de marzo de 2001...).

A partir de las sentencias reseñadas el TS ha ido evolucionando significativamente en relación con la admisión de las pruebas practicadas *ex officio* por el tribunal

sentenciador²⁴.

²⁴ En una STS posterior, de 8 de abril de 2009 llegó a casar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por no haber hecho uso del art. 729 LECrim, manifestando lo siguiente: “Por otra parte, al perfilar el alcance y control casacional del ejercicio de las facultades atribuidas al tribunal por el art. 729 de la LECrim, esta Sala tiene dicho que tal ejercicio no es arbitrario, por lo que puede ser objeto de revisión casacional cuando puede ocasionar indefensión por limitar de modo no razonable el derecho a la prueba aplicando un criterio excesivamente formalista o restrictivo (STS de 6 de julio de 2000)(...). Sin necesidad de exponer la línea evolutiva de estas y otras sentencias, se extraen actualmente de su conjunto las siguientes conclusiones, en la interpretación del art. 729 de la LECrim, especialmente de su número 2º:

A) Su aplicabilidad no ofrece duda cuando se trata de pruebas acordadas de oficio con el fin de determinar el alcance probatorio o la eficacia de otras pruebas propuestas por las partes (...).

B) Igualmente, el art. 729.2º no es contrario a la inexcusable imparcialidad del tribunal, integrada en el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la búsqueda de la verdad material, finalidad esencial del proceso, sin perder la imparcialidad, se utiliza aquella facultad como cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates y que las propias partes plantean. En estos casos no está ejercitando el tribunal una facultad de iniciativa o de proposición de prueba, sino una facultad ordinaria de resolución en función de un juicio de necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes.

C) Asimismo, cuando la prueba se acuerda por iniciativa del tribunal para poder decidir de forma fiable con suficiente comprensión de lo alegado por las partes (...) y de las circunstancias en que se enmarca el hecho enjuiciado, se origina una prueba neutral que no afecta la imparcialidad del tribunal ni contradice el principio acusatorio.

D) Lo que en ningún caso puede hacer el tribunal es sustituir a la acusación en su obligación constitucional de aportar la prueba de cargo. No es, por tanto, admisible, la sustitución por el tribunal de la actividad probatoria de las acusaciones de tal forma que la única prueba utilizada para desvirtuar la presunción de inocencia sea la practicada por iniciativa del tribunal por la vía del art. 729.2º de la LECrim.

3. En el caso presente, la defensa en el propio juicio oral interesó la unión de un documento, de fecha posterior al escrito de proposición de pruebas, consistente en un informe clínico sobre la drogadicción y proceso de deshabitación del acusado. La extemporaneidad de la proposición hacía inviable esta propuesta de parte en cuanto pretensión estimable. Pero nada impedía que en tal caso el tribunal, conocedor en ese momento de la existencia del informe, de su contenido y de su relevancia, acordara de oficio su lectura, su examen por las partes y su unión al acta del juicio oral sin perjuicio de la valoración posterior que mereciera en la sentencia. Todo ello mediante el ejercicio de la facultad prevista en el art. 729.2º de la LECrim, habida cuenta que: a) no se trata de un ejercicio libremente optativo sino discrecional al servicio de un fin no renunciable cual es el descubrimiento de la verdad material, de modo que el tribunal no puede libremente buscar o no esa verdad, sino que debe siempre perseguirla como fin del proceso, ejerciendo esa facultad cuando sea necesario para ese resultado. Lo que el tribunal puede y debe valorar es si se da o no la necesidad y conveniencia de practicar una prueba para ese fin, no si se debe o no perseguir la verdad material, dentro naturalmente del pleno respeto al principio acusatorio y a la salvaguarda de su imparcialidad; b) en este caso era evidente que el informe no se podía haber propuesto en conclusiones provisionales por ser de fecha posterior; c) su contenido era relevante y necesario para justificar, en su caso, una realidad fáctica de indudable significación jurídico-penal; d) su unión a los autos en el juicio oral no carecía de justificación; e) no suponía esa práctica probatoria ningún fraude procesal por parte de la defensa; f) no implicaba esa práctica ningún obstáculo a la contradicción ni exigía suspensión de la vista oral.

En definitiva: el que no pudiera ser técnicamente “propuesta” en sentido propio por extemporánea, no impedía que la defensa expresara su relevancia e interesara del tribunal una decisión al respecto, haciendo ver la conveniencia de ejercitar de oficio la facultad prevista en el art. 729.2º de la LECrim. La facilidad de su práctica, la importancia de su contenido, y la salvaguarda de la imparcialidad que tal ejercicio no alteraba, supone que en este caso la decisión contraria del tribunal, sin beneficiar al proceso ni a ninguno de sus principios, con innecesario sacrificio de la verdad material, constituya un quebrantamiento del proceso por incorrecto ejercicio, en sentido negativo, de la facultad prevista en el art. 729.2º de la LECrim, subsumible en el motivo casacional invocado por el recurrente”.

El TC también admitió la aplicación del 729.2º de la LECrim, eso sí, no de manera demasiado flexible para evitar la ruptura del principio acusatorio y un indeseable regreso al sistema inquisitivo²⁵. Admite la práctica probatoria *ex officio iudicis* siempre

²⁵ Sienta doctrina en la STC 188/2000, de 10 de julio, de referencia para otras posteriores, en los siguientes términos: “Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria *ex officio iudicis* prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto”.

En esta línea, admitió que se tomara declaración a un testigo cuya identidad surgió en el acto del juicio oral. En su FJ3º indicaba que: “En el presente, a la vista de las actuaciones queda fuera de toda duda que la propuesta probatoria de oficio que se denuncia arranca de la información obtenida en el acto del juicio oral, en donde se advierte –en lo sustancial, a partir del informe policial y del testimonio del perjudicado– la referencia, no ocasional sino reiterada, a una persona, don Antonio Palma Ramos, que había permanecido al margen del proceso y que habría adquirido de don José Barona y del acusado los derechos sobre la opción de compra que aquéllos habían acordado inicialmente con el Banco Exterior. Ello lleva a la Juez de lo Penal, apelando a la facultad prevista en el citado art. 729.2 LECrim, a proponer la citación de la referida persona para oír su testimonio en el juicio sobre un hecho, la antedicha adquisición, admitido por las acusaciones y reconocido por el acusado. Esta propuesta judicial, a la que ciertamente se opuso el actual recurrente formulando expresa protesta por la suspensión del acto del juicio a esos efectos, contó no obstante con el respaldo de las acusaciones, pública y particular. Tras la declaración del Sr. Palma, el Ministerio Fiscal modificó su conclusión inicial y calificación del delito de estafa por la alternativa de estafa o apropiación indebida, en tanto que la acusación particular calificó los hechos como delito de estafa y otro de apropiación indebida. La Sentencia del Juzgado absolvió al acusado del delito de estafa y le condenó como autor de un delito de apropiación indebida. La Jueza rechaza la alegación de pérdida de imparcialidad derivada de la propuesta de declaración del Sr. Palma. Fundamenta este rechazo en la doctrina contenida en varias Sentencias del Tribunal Supremo relativas al art. 729.2 LECrim y en el hecho de que la cesión de los derechos sobre la opción de compra al Sr. Palma estaba perfectamente documentada en autos, habiendo sido reconocida por el propio acusado.

Pues bien, cuando –como aquí es el caso– se adopta una iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida.

Con otras palabras: no se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un Juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral –por tanto, con plena garantía de contradicción– con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo prueba en contrario, a falta de la más mínima acreditación, aun indiciaria, de que la Juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento

que no se entienda de manera ilimitada, lo que pondría en jaque el principio acusatorio y limitaría la obligada imparcialidad del juzgador (argumentos utilizados por las SSTs de 11 de mayo de 1998 y de 1 de diciembre de 1993 para oponerse a su admisión). Para ello, debe aplicarse con precaución, fijando una serie de límites que permitan controlar su empleo indiscriminado.

El Derecho anglosajón penal (así como el civil), a diferencia del Derecho español, cuenta con un diseño adversarial en el que las partes intervinientes serán las únicas facultadas para aportar pruebas al juicio, ostentando el juzgador una posición neutral en la contienda que le impide tomar una actitud activa en tal sentido. No se tiende a obtener la verdad material, sino que prevalecerá la versión de aquella parte procesal que consiga convencer al juez de la certeza de sus pretensiones. El Derecho español, por el contrario, sí busca la verdad material, la verdad objetiva, la verdad con mayúsculas, facilitándose al juzgador los medios a su alcance para llegar a ésta.

Hemos de anticipar que, si bien el régimen procesal español queda lejos del anglosajón, no hay un acuerdo pacífico en la doctrina en torno al reconocimiento al juez de la posibilidad de introducir medios probatorios distintos a los propuestos por las partes para llegar a la meta indicada. Para los detractores de la teoría que defiende dicha atribución, la actuación del juzgador en torno a la prueba queda limitada a su admisión o denegación y al control de su correcta práctica. La proposición, estiman, sería un claro atentado contra el principio acusatorio. Alegan que son las partes del proceso las que tienen la carga de introducir no sólo los hechos sino también el material probatorio, apreciando que la prueba de oficio se inmiscuiría en una labor ajena a su competencia. De esta forma, dejan el contenido del proceso y la prueba en manos de las partes.

En sentido opuesto, para el sector doctrinal partidario de la prueba de oficio, su admisión abriría al juzgador la oportunidad de obtener más elementos de valoración sobre los hechos aportados por las partes en el proceso, vetándole, eso sí, la opción de introducir hechos nuevos²⁶. Para los partidarios, por tanto, se trata únicamente de

que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada. En definitiva: en las circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del Juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta o signifique una toma de partido por la acusación o por la defensa”.

²⁶ Entre los defensores, BUJOSA VADELL, quien recalca el predominio del principio de aportación de parte en el proceso penal pero, dada su singular naturaleza, admite la incursión del principio de oficialidad en el juicio oral, de manera que el órgano de enjuiciamiento pueda, *ex officio*, proponer

obtener nuevos elementos de valoración para comprobar los ya alegados. Así entendido, consideran que la prueba aportada es neutral (no considerándose de cargo ni de descargo) y plenamente susceptible de valoración²⁷.

Los autores simpatizantes con su admisión critican el empleo de la defensa del principio acusatorio como argumento para oponerse a la actuación conforme al art. 729.2 LECrim en cuanto que con ello se busca proteger la delimitación fáctica del proceso, lo que no se ve alterado por la ejecución de nuevas pruebas de oficio. De hecho, PICÓ I JUNOY defiende su puesta en práctica sobre la base de que cuando el juzgador entiende necesaria la realización de nueva prueba no propuesta por las partes, en el momento de decidir acerca de su desarrollo desconoce a cuál de las dos partes pudiera beneficiar el resultado, lo que aleja el fantasma de la parcialidad de su actuación. Por ejemplo, dice, cuando ordena la práctica de una pericial, ignora el resultado de la pericia o, en una declaración testifical, el sentido de la declaración del testigo²⁸.

A nuestro juicio, no hay argumentos de suficiente enjundia como para desmontar la posibilidad ofrecida en el precepto enunciado, máxime cuando el juzgador cuenta con amplias facultades en torno a la prueba desde que comienza su intervención en la fase de juicio oral, pues a él se le atribuyen las potestades de admitir o inadmitir aquellas diligencias probatorias que considere pertinentes, de solicitar aclaraciones a los peritos durante el acto de la vista o de interrogar a los testigos cuando vea preciso clarificar algún extremo. Ahora bien, la aplicación del precepto ha de efectuarse de forma controlada para evitar atentados contra el principio de acusación. Y dicho control puede realizarse fijando unas premisas que deberán respetarse para que su aplicación resulte constitucional, premisas que han ido definiéndose por la jurisprudencia del TC y del TS:

a) Los hechos discutidos en el proceso únicamente podrán ser introducidos por las partes a través de sus correspondientes escritos de acusación. En ningún caso podrá la prueba practicada por el juez introducir hechos nuevos. En este sentido, la STC

medios de prueba. BUJOSA VADELL, Lorenzo, *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal* (Dir. NIEVA FENOLL, Jordi/BUJOSA VADELL, Lorenzo), Atelier, Barcelona, 2016, pág.21.

²⁷ MARTÍN OSTOS, José de los S., *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sitcs/default/l_ultima_visita_el_20.3.15, págs. 23 a 25.

²⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, en “Estudios sobre prueba penal, Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites, Vol. I” (Dir. Xabier ABEL LLUCH y Manuel RICHARD GONZÁLEZ), *La Ley*, Madrid, 2010, pág. 73.

161/1994, de 23 de mayo entendía que únicamente cabe condena relativa a los hechos imputados respecto de los que se ha formulado acusación, sin que se puedan apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de ésta, al resultar fundamental que el acusado pueda defenderse de todo aquello por lo que se le acusa. En este sentido, añade, el debate procesal vincula al juzgador. Por ello, resulta fundamental comprender la extensión del precepto, de manera que el juez busque únicamente aclarar lo ya existente, no buscar hechos nuevos. Ahora bien, si como consecuencia del acto probatorio realizado a instancia del juzgador se hallaran hechos nuevos que afectaran a los que fueran objeto inicial del procedimiento, no podría continuarse con la práctica de las nuevas pruebas sin más, habría que suspender para, conforme al art. 746.6 LECrim, practicar nuevas pruebas o una sumaria instrucción suplementaria.

b) Se precisa no sólo que los hechos en relación con los que va a practicar la prueba se encuentren ya delimitados por las partes en sus respectivos escritos, sino que el juzgador conozca ya las demás fuentes de prueba sobre las que posteriormente se desarrollará la actividad probatoria, evitando así que el art. 729.2 LECrim actúe como puerta de entrada del sistema inquisitivo. Considera PICÓ I JUNOY que la práctica *ex officio* englobaría a los testigos cuya identidad se revele en el acto de la vista y pudieran tener noticia del hecho en cuestión; los documentos que sean citados en el juicio; la concurrencia de hechos para cuya comprobación se requiere la práctica una prueba pericial; la concreción por las partes de aquello que interesan sea examinado directamente por el juzgador; y, en relación a la declaración del acusado, cuando éste no ejerza su legítimo derecho a no declarar²⁹.

c) Es requisito indispensable que se dé a las partes la posibilidad de intervenir en la práctica de la prueba, con el fin de garantizar el respeto al derecho de defensa e igualdad de armas.

Si el juez respeta los puntos señalados, no existe base alguna para entender que la práctica de la prueba *ex officio* lesiona el derecho de defensa o el principio acusatorio, convirtiéndose en un arma eficaz para el descubrimiento de la verdad material, fin al que tiende el proceso penal.

Como indica BUJOSA VADELL, el hecho de que el juez decreta de oficio la práctica

²⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, en “Estudios sobre prueba penal (...)”, op. cit., pág.76

de una nueva prueba no propuesta por las partes no ha de entenderse como un apoyo hacia la parte a quien favorece el resultado de ese acto probatorio pues, por un lado, habrá de practicarse de manera contradictoria y, por otro, la obligación de motivar la sentencia lo aleja de cualquier fantasma de parcialidad³⁰. Por ello, no puede rechazarse su admisión sobre la base de una posible quiebra del principio de igualdad de partes.

En sede de prueba anticipada, si nos ajustamos a los beneficios que aducen los partidarios, nada impediría que el propio tribunal acordara la práctica anticipada de una prueba cuando se prevea que no podrá celebrarse en el momento del juicio o que podrá provocar su suspensión. Sin embargo, la realidad hace que sean las partes las que generalmente tengan conocimiento directo de las circunstancias que rodean los medios probatorios y puedan comunicarlo al tribunal, siendo inusual que un órgano de enjuiciamiento valore la necesidad de la práctica urgente de una prueba no propuesta por las partes.

No obstante, en ocasiones, durante el desarrollo de una prueba anticipada, sí podrá el tribunal acordar de oficio la anticipación de otra prueba propuesta y admitida cuando tome conocimiento de la imposibilidad de su celebración durante el juicio oral. O, incluso, podrá acordar con carácter urgente la práctica de una prueba no propuesta por las partes pero que pueda contribuir a la formación de su convicción. Piénsese, pongamos por caso, en la hipótesis de que se celebre una testifical anticipada y, a partir de ella, el tribunal entienda conveniente el desarrollo de un careo anticipado no propuesto por ninguna de los litigantes. No puede olvidarse, añade BUJOSA VADELL, que el principio de legalidad y el interés público están interrelacionados, y no puede dejarse en manos del Ministerio Público en exclusiva los actos encaminados a la búsqueda de la verdad, sin que por efectuar tales actos el juez incurra en parcialidad³¹.

Menos conflictos surgen a la hora de admitir la participación del tribunal durante la prueba (anticipada o no). Al perseguir la obtención de la verdad se le atribuyen funciones más amplias que la de mero observador o controlador del cumplimiento de las formalidades. El TS, en sentencia de 18 de diciembre de 2003, consideraba que ello no

³⁰ BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “Prueba de oficio y proceso con todas las garantías. Análisis comparativo de Derecho español y colombiano”, en *Rigor doctrinal y práctica forense* (VÁZQUEZ SOTELO. Liber Amicorum), Barcelona, 2009, págs. 242 y 243.

³¹ BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “Prueba de oficio y proceso con todas las garantías (...)”, op. cit., pág. 245.

sustituía en absoluto a la acusación, no constituía el sistema en inquisitivo ni infringía las garantías procesales que deben adornar todo proceso.

No debe considerarse tampoco que la igualdad de las partes se ve lesionada con tal intervención, pudiendo en ocasiones actuar para compensar la desigual participación que pudieran tener las partes cuando una de ellas estuviera encarnada por el Ministerio Público, por ejemplo, que citando a MARTÍNEZ ARRIETA, dado el conocimiento teórico y práctico obtenido a través del ordinario ejercicio de la acción pública, posee cierta ventaja con respecto de la defensa³².

La posibilidad que brinda el art. 729.2 LECrim de que el tribunal adopte diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación³³ debe interpretarse, pues, en el sentido de actos probatorios que, de alguna manera, corroboren la información obtenida a través de otras evidencias. Ésta es la percepción desde la que deben entenderse los supuestos en que el tribunal, a raíz de la testifical anticipada o la práctica anticipada de la declaración de un coacusado, pueda acordar de oficio careo entre testigos, entre testigo o coacusado o de unos con otros.

IV. EL PRINCIPIO DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En el vigente proceso penal español, uno de los principios básicos que hallamos en torno al estudio de la prueba lo constituye el principio de libre valoración de la misma por parte del juzgador al que, por su íntima conexión con la materia aquí tratada, le dedicaremos unas líneas.

Durante mucho tiempo reinaba en nuestro ordenamiento el principio de prueba legal o tasada, propio del proceso inquisitivo, conforme al que legalmente quedaban fijadas tanto las pruebas mediante las que las partes podían hacer defender su posición en el proceso y el juez sustentar sus resoluciones como la valoración que por el juez debía hacerse de las mismas³⁴.

³² MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994, pág. 101.

³³ Para el Tribunal Supremo, este artículo no viola en sí mismo el principio acusatorio y el derecho a un juez imparcial aunque, para evitar supuestos de abuso, habrá que estar a cada caso.

³⁴ La introducción de la expresión “en conciencia” se la debemos al Code d’instruction criminelle francés de 1808, que introdujo el sistema libre de valoración de la prueba frente al sistema de prueba tasado.

Actualmente, el criterio que se sigue a la hora de interpretar la prueba, al amparo del art. 741 LECrim, es radicalmente distinto, confiriéndole al juzgador la posibilidad de interpretar los actos probatorios de forma libre, sin quedar vinculado a reglas preestablecidas de interpretación. De esta forma, se ha dicho, puede fundar su convicción, por ejemplo, en lo dicho por un solo testigo por encima de lo que declaren todos los demás si le merece mayor credibilidad. Pero no debe entenderse como una facultad absoluta e ilimitada del juzgador, pues debe valorar lo practicado durante el juicio oral “según las reglas del criterio racional” (art. 717 LECrim)³⁵. En cualquier caso, la valoración versará sobre lo celebrado durante el juicio oral, es decir, sobre los actos probatorios realizados³⁶.

El TS había mantenido durante años la tesis de que el juzgador debía contar con una libertad casi ilimitada a la hora de decidir en sentencia, pues si bien debía hacerlo en conciencia y reflexionando sobre las pruebas practicadas, no se veía obligado a fundamentar en qué datos concretos basaba su decisión al verse amparado por una facultad amplísima que le permitía decidir conforme a su propio convencimiento. No puede negarse la libertad que ha de presidir este tipo de resoluciones, pero la ausencia de motivación o justificación dejaba a las partes en una situación de absoluta indefensión al no poder rebatir la decisión adoptada por desconocimiento de los criterios empleados, de manera que quedaban seriamente limitadas las posibilidades de éxito en la interposición de cualquier recurso ante instancias superiores. En este sentido, el juez queda limitado a través de la objetividad que debe aplicar en la interpretación de las pruebas y la racionalidad de su discurso, procurando eliminar subjetividades en sus resoluciones. Por ello, el TC viró el rumbo en la STC 31/1981, de 28 de julio, donde interpretaba la expresión “en conciencia” y venía a fijar los límites de tal expresión:

a) La sentencia condenatoria debía estar basada en la práctica previa de la prueba con todas las garantías, fundándose la resolución en el valor atribuido por el juzgador a la misma.

³⁵ SSTs de 19/1/88 y 21/1/88.

³⁶ Al respecto, BUJOSA VADELL pone de relieve cómo en el ordenamiento jurídico español el único límite que encuentra el órgano de enjuiciamiento (unipersonal o colegiado) a la formación de su íntima convicción lo conforman los hechos probados en el juicio, que deberá interpretar de acuerdo con los criterios de la experiencia o de la lógica. BUJOSA VADELL, Lorenzo, *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág.21.

b) La terminología “en conciencia” no se refiere necesariamente a un aspecto íntimo e inaccesible del juzgador, sino que se halla vinculada a valoraciones en las que se aprecia indudablemente ciertos parámetros objetivos, aun cuando dichos parámetros deban coexistir con las apreciaciones derivadas de la experiencia del juez.

A través de la exigida motivación de las sentencias se pretende un doble fin: por un lado, dar publicidad al fallo de la sentencia y a las razones que le llevaron a dictarlo y, por otro, permitir a las partes rebatir la decisión judicial a través de los recursos, al conocer los datos en que se basó el juzgador³⁷.

³⁷ BARONA VILAR, Silvia, en AA.VV: *Derecho Jurisdiccional*, T. III, Edit. Tirant lo Blach, Valencia, 2015, págs. 384 y 385.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONCEPTO, FUNDAMENTO, PRESUPUESTOS Y NATURALEZA JURÍDICA

I. CONCEPTO

1. Aproximación a la prueba anticipada

Una de las principales preocupaciones del presente estudio de investigación estriba en ofrecer una definición de la prueba anticipada actualizada y que encuentre apoyo en la visión que al presente se tiene de ella tanto por la doctrina como por la jurisprudencia más moderna, tanto a nivel nacional como internacional. La dificultad radica en que, como suele suceder con otros muchos temas de gran calado, no existe en relación con esta institución un concepto generalmente aceptado por la doctrina; no encontramos una definición comúnmente admitida de la prueba anticipada. Es más, el término se viene empleando en múltiples ocasiones -a nuestro parecer- de manera excesivamente amplia, englobando no sólo la prueba celebrada una vez abierto el juicio oral pero con carácter previo al inicio de sus sesiones, sino también la que se produce durante la fase de instrucción, la mal llamada "prueba sumarial". Una definición conforme a este uso confundiría la prueba anticipada con la prueba preconstituida, por lo que debe ser rechazada. Precisamente la idea de acabar con esta confusión constituye una de las ideas de referencia del trabajo, pretendiendo la delimitación de las dos excepciones admitidas a la regla general de que la prueba debe practicarse durante el acto de la vista.

A nadie se le escapa que gran culpa del desconcierto terminológico debe atribuírsele a una LECrim decimonónica poco acertada en la regulación de ciertas figuras, entre las que deben incluirse, sin duda alguna, la prueba en general y, en concreto, la prueba anticipada y la prueba preconstituida. Lejos de colaborar en la demarcación de ambas establece preceptos dispersos, poco acertados en su mayoría, confusos y manifiestamente insuficientes. Por ello, es deseo de los operadores jurídicos que se lleve a cabo una actualización de la norma procesal de manera general y, en particular, en la materia aquí tratada, que cree un marco normativo seguro en el que encontrar los supuestos, requisitos y formalidades propias de las excepciones probatorias, sin hacer descansar toda la responsabilidad en las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Como referencia, el legislador podría inspirarse en la línea seguida en la propia Ley de

Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) (arts. 293 a 298, referentes a “La anticipación y del aseguramiento de la prueba”) o en las normativas de otros países, pongamos por ejemplo, Italia.

El proceso, como indicábamos al inicio, lo conforma una sucesión de actos procesales, previéndose por el legislador que cada uno de tales actos tendrá encaje en un momento procesal concreto³⁸. En esta senda, una vez sentado que el momento procesal oportuno para la práctica de la actividad probatoria es el acto del juicio oral, configuramos la prueba anticipada como una auténtica excepción temporal a la regla general³⁹ que, sin embargo, ha de cumplir el resto de principios inherentes a aquélla. La justificación que halla el legislador en admitir la existencia de excepciones a la regla general la basa en la búsqueda de la verdad y el ejercicio del *ius puniendi*, admitiendo que obtengan valor probatorio diligencias practicadas fuera del acto del juicio oral que contribuyan (o pudieran contribuir) al esclarecimiento de los hechos. Como vemos, dos son las excepciones al principio general: la prueba anticipada y la prueba preconstituida.

Siguiendo esta estela, se fue admitiendo que las excepciones poseían idéntica eficacia y valor que la regla general, pues todas contribuían a la formación de la certeza del tribunal sobre los hechos objeto de debate. Aún así, y pese a que la relevancia de la prueba anticipada se antojaba idéntica a la de la prueba ordinaria, las leyes procesales no prestaron a la prueba anticipada la atención merecida, reduciendo su regulación - como tendremos ocasión de comprobar- a la mínima expresión. De esta forma, y dado que los operadores jurídicos fueron poniendo de relieve cada vez con más ahínco la necesidad de profundizar en ella, se fue configurando su doctrina a través de la evolución extranormativa.

2. *La perspectiva jurisprudencial*

En cualquier caso, es conveniente precisar que siendo ambas perfectamente admitidas a día de hoy tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lo cierto es que la atención que le brinda no sólo la ley, sino también aquéllas es infinitamente mayor en el caso de

³⁸ Para ALVARADO VELLOSO, el proceso es una “serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad”, en *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, 1ª parte, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 1989, pág. 234.

³⁹ MADDALENA, M., “L’incidente probatorio”, en AA.VV, *Profili del nuovo processo penale*, Padua, 1988, pág. 105.

la prueba preconstituida que en el de la anticipada, siendo por ello uno de los fundamentos inspiradores del presente estudio abordar la segunda desde una perspectiva amplia que permita colmar algunas de las lagunas existentes en la materia a la vista de la relevancia que pudiera tener en el resultado del proceso.

La jurisprudencia ha ido avanzando con lentitud en la configuración de las excepciones a la regla general del art. 741 LECrim, dando forma a la figura con las limitaciones propias de esta fuente del Derecho, que no puede suplantar el papel del legislador. No obstante, hasta tanto no se aborde por aquél la regulación formal de las excepciones probatorias, la jurisprudencia ha ido dando solución a problemas prácticos concretos.

El TC fue particularmente reacio, en un primer estadio, a reconocer que cupiera alguna prueba cuya práctica pudiera efectuarse en momento diferente al juicio oral. Inicialmente, afirmaba que el tribunal penal sólo queda vinculado por las pruebas practicadas en el juicio oral pues, conforme al art. 741 LECrim, son sólo pruebas las que se efectúan en él⁴⁰. El fundamento de dicha previsión se hallaba en el derecho constitucional a la presunción de inocencia que tiene todo ciudadano; dicha presunción, como es archiconocido, únicamente podrá ser destruida a través la convicción formada en el juzgado a través de un material probatorio practicado con respeto a los principios procesales básicos de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad que, en el seno del proceso penal, únicamente se garantizan durante el momento del juicio oral. Esta consideración no es exclusiva del Derecho procesal español; lejos de ello, se encuentra en todos los ordenamientos con características análogas al nuestro en los que la garantía del cumplimiento de los principios básicos sólo se producían en el plenario, otorgando en exclusiva carácter de prueba a las actuaciones realizadas durante el juicio oral por, precisamente, garantizar el cumplimiento de los principios rectores⁴¹.

⁴⁰ STC 31/1981, de 28 de julio.

⁴¹ En los párrafos 250 y 261 de la StPO Alemán se infiere que el Tribunal deberá decidir sobre la base de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, en el marco de un ordenamiento procesal en el que la instrucción es dirigida por el Ministerio Fiscal. Sobre ello, entre otros muchos, Juan Luis GÓMEZ COLOMER en *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Edit. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 171 y Claus ROXIN en *Strafverfahrensrecht*, Edit., C.H., Beck, München, 1995, págs., 12, 89, 90, 305, 325, 335 y 345.

En el Derecho italiano también encontramos una división evidente entre la fase investigatoria y la fase de debate o acusatoria (nuestra fase de enjuiciamiento) sin que pueda el órgano judicial encargado de enjuiciar valorar la prueba practicada en la fase de investigación (art. 190 C.P.P.). En relación con ello, resulta interesante la *Guida al Codice di Procedura Penales*, NAPPI, Anielli, Edit. Giuffrè, Milano, 1996, págs. 83-88.

Sin embargo, con el paso del tiempo, fue suavizando su posición, de forma que ya en la sentencia 145/1985, de 28 de octubre, matizaba que la afirmación anterior era lo que se producía “normalmente”. La flexibilidad del aserto inicial se fue haciendo más evidente en las posteriores resoluciones, admitiendo que el principio de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral no era absoluto y que cabían excepciones a la regla general: las pruebas preconstituidas o anticipadas, siempre y cuando se sujetaran a los preceptos de la LECrim y estuviera justificada su práctica en razones de dificultad o imposibilidad de reproducción⁴².

En la STC 137/88, de 7 de julio, el TC justifica la posibilidad de la existencia de las dos excepciones por la necesidad de conservar todo dato o elemento de convicción con el que se cuente con el fin de lograr la verdad material. Esta precisión se nos antoja más que acertada, pues, teniendo el proceso penal como objeto hechos pasados, se hace indispensable la prueba como instrumento tendente a reproducir los hechos controvertidos para llegar a conocer la verdad material, única válida en la jurisdicción penal⁴³. Y para reproducir dichos hechos se debe contar con el mayor número de elementos posibles, siempre, claro está, con el respeto a las mínimas garantías procesales.

3. La previsión legal

Como tendremos ocasión de comprobar en posteriores epígrafes, la regulación del instituto de la prueba anticipada en el Derecho procesal español - a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos- es insuficiente, girando prácticamente alrededor de lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 657 de la LECrim, que reza: “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”. El genérico precepto indica que únicamente se admitirán como prueba anticipada las que fuera de temer que no pudieran practicarse en el acto del juicio oral o que pudieran motivar su suspensión, no otras. El TS, en STS de 6 de julio de 1999 ya aludía al artículo reproducido, exponiendo los

⁴² SSTC 150/87, de 1 de octubre; 22/1988, de 8 de febrero; 25/1988, de 23 de febrero.

⁴³ Para CAFFERATA, la prueba es “... todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva”. CAFFERATA NORES, Ignacio José, *La Prueba en el Proceso Penal*, 3º Ed. actualizada y ampliada, Edit. De Palma, Buenos Aires- Argentina, 1998, pág. 4.

peligros que un uso indiscriminado del mismo pudiera acarrear⁴⁴. Las dudas ofrecidas por el Alto Tribunal tienen su razón de ser, pues, pese al potencial de la figura procesal objeto de análisis si se desarrolla correctamente dentro de los límites para que fue concebida, la falta de delimitación normativa ha propiciado precisamente el abuso en el uso de la excepción, solicitándose en infinidad de ocasiones (y admitiéndose indiscriminadamente por los tribunales) como pruebas anticipadas diligencias propias de la instrucción que no se practicaron en su momento oportuno y, sin embargo, pretenden introducirse a través de esta vía.

Siendo la finalidad de la prueba genéricamente entendida lograr la convicción del sentenciador sobre las pretensiones que se sostengan por cada parte, se reconoce a cada una de ellas el derecho a intervenir en los medios probatorios que propongan las demás, con independencia de que no se hayan solicitado en sus respectivos escritos. De esta forma, se evita que alguna parte pueda renunciar de forma sorpresiva a la práctica de su prueba, lo que eliminaría la posibilidad de participación de las demás partes en ella. En este sentido, considerando la excepción una auténtica prueba, las distintas partes procesales contarán con idéntica posibilidad de intervención en el momento de su desarrollo anticipado.

Una vez conocida la importancia de la prueba en el seno del proceso penal y, conforme a lo recogido en el tercer párrafo del art. 657 de la LECrim, la excepción de la anticipación probatoria se materializa cuando resulta previsible la imposibilidad o dificultad de practicar un determinado acto probatorio en el instante del juicio oral. En estos supuestos, podrá instarse su celebración antes de la vista, resultando un instrumento probatorio absolutamente válido⁴⁵.

⁴⁴ Y lo exponía en los siguientes términos: “la posibilidad de prueba anticipada está referida por el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no pueden practicar en juicio oral o que pudieran motivar su suspensión. Esta anticipación de una verdadera actividad probatoria que de otro modo habría de practicarse en el juicio oral no puede así confundirse y servir de amparo a una tardía e indebida prolongación de puros actos de instrucción sumarial propios de la fase ya concluida. La pretensión formulada por el escrito de conclusiones provisionales de que la Policía Nacional haga averiguaciones o de que el director general de la Caja informe acerca de los datos de identificación de los testigos desconocidos tiene, pues, el carácter de una diligencia de investigación sumarial extemporánea, por más que se le dé el nombre de prueba anticipada”.

⁴⁵ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba anticipada en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2001, pág. 472 y 473.

4. Definición

Haciendo acopio de las ideas hasta el momento expuestas, podríamos definir la prueba anticipada como la actuación del medio probatorio (testimonial, pericial, de inspección ocular, reconocimientos, reconstrucciones, careos o contradicciones) una vez iniciada la fase de juicio oral pero con carácter previo al acto del juicio oral, provocada por razones ajenas a la voluntad de los intervinientes en el proceso, ante el órgano unipersonal o colegiado de enjuiciamiento y con observancia de las garantías exigibles a la práctica de toda prueba, con el propósito de que el juzgador pueda valorar su resultado en el momento de resolver.

La definición ofrecida constituye una de las ideas base del estudio. No obstante, conviene clarificar que la doctrina, con frecuencia, ha duplicado los términos, diferenciando entre prueba anticipada en sentido amplio y prueba anticipada en sentido estricto. Aun cuando tal división carece de razón de ser conforme a nuestra visión de la figura, es necesario conocer a qué obedece la distinción doctrinal habida cuenta de que la misma también ha sido acogida puntualmente por la jurisprudencia.

Así, en un sentido amplio consideran la prueba anticipada como aquélla que se realiza antes del juicio oral por su imposible reproducción durante la vista, diferenciando dentro de la categoría prueba anticipada las especies denominadas prueba anticipada en sentido estricto y prueba preconstituida. Es decir, defienden que como excepción que es la prueba preconstituida forma parte de un grupo más amplio denominado prueba anticipada. Sin embargo, en puridad, y conforme al criterio que mantendremos a lo largo de la presente exposición, la prueba preconstituida no es una auténtica prueba anticipada, sino una diligencia instructora que, con ciertos requisitos, podrá abandonar con posterioridad a su realización el carácter de diligencia para asumir la naturaleza probatoria. A la diferenciación de ambas excepciones nos dedicaremos en epígrafes posteriores. Algún sector doctrinal, aun asumiendo las diferencias expuestas, admite, a los solos efectos pedagógicos, la inclusión de la preconstituida en la categoría genérica de la prueba anticipada, al tener lugar su desarrollo (que no su eficacia) en un momento anterior al ordinario. Nosotros, por contra, rechazamos tal propuesta por las confusiones a las que puede conducir, pues no adquiere carácter probatorio en el momento de su realización.

En realidad, el caballo de batalla en relación con la prueba anticipada no es tanto su delimitación conceptual como temporal, porque dando por sentado que se trata de una prueba realizada con carácter previo al ordinario, lo definitorio será el marco temporal en el que se circunscribe, es decir, el momento concreto en que podrá realizarse. Mientras que para algún sector dogmático puede tener lugar durante la fase instructora o de investigación o la del plenario, para otro únicamente podrá efectuarse en esta segunda etapa. La determinación, por tanto, de las fases en que puede practicarse será esencial para la configuración de la institución y permitirá diferenciarla de figuras afines, que no iguales.

Para MIRANDA ESTRAMPES la prueba anticipada tiene ocasión durante la fase del plenario, una vez que ya acabó la fase sumarial, pero antes del inicio de las sesiones del juicio oral, ante la imposibilidad material de que pueda llevarse a cabo durante la vista oral⁴⁶. MARTÍN OSTOS la sitúa en idéntico momento procesal, toda vez que, indica, a diferencia de la prueba preconstituida, deberá practicarse con observancia de todas las garantías de la prueba efectuada durante las sesiones ordinarias del juicio oral en presencia del órgano sentenciador⁴⁷.

II. FUNDAMENTO

1. El tiempo y la prueba anticipada

Para abordar el fundamento, la sustancia, de la prueba anticipada, se hace ineludible tratar previamente el trascendente papel que el transcurso del tiempo puede desempeñar en la jurisdicción penal, especialmente significativo en materia probatoria.

El proceso, configurado como sucesión de actos procesales, se desarrolla y extiende durante un período determinado de tiempo. Evidentemente, el tiempo que dure, desde el conocimiento de la *notitia criminis* hasta el dictado de la sentencia quedará determinado en gran medida en función de la complejidad del hecho investigado, de la necesidad de mayor o menor número de diligencias de investigación y de la actividad probatoria que pretendan desplegar las partes para justificar las pretensiones que defiendan. En este

⁴⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2008, págs. 319-320.

⁴⁷ MARTÍN OSTOS, José de los Santos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª Ed., Edit. Astigi, Sevilla, 2016, pág. 288.

sentido, el devenir de los días se convierte en enemigo de las partes, pues, cuanto mayor es el tiempo transcurrido durante la tramitación de la causa, mayores riesgos corren aquéllas de que los medios de prueba con los que cuenten sufran algún tipo de menoscabo. Por este motivo, para evitar los perjuicios que pudieran derivar de la prolongación temporal excesiva de un proceso, la legislación trata de establecer fórmulas que contribuyan al dinamismo del procedimiento, como la instauración de la figura de la prescripción, creada con el propósito de impulsar el procedimiento y de beneficiar al encartado si la Administración de Justicia no actuó con toda la diligencia que debiera, o el novedoso y duramente criticado establecimiento de un plazo máximo dentro del cual deberá entenderse concluida la instrucción del procedimiento⁴⁸.

Al margen de esta consideración, hay ocasiones en que con independencia del impulso procesal que tenga un procedimiento por parte del órgano judicial, su propia complejidad conlleva que se extienda temporalmente más de lo deseado (con facilidad podemos recordar en el panorama judicial español asuntos recientes especialmente complejos cuya extensísima instrucción podía dificultar la celebración de las pruebas en el momento del juicio oral).

Entendido el proceso en la forma expuesta, como sucesión de actos procesales, cobra sentido el que, en medio de la lógica secuencial del mismo, la ley marque un período determinado para cada actuación procesal, de forma que los intervinientes tengan previsión de en qué momento se desarrollará tal o cual acto y del plazo temporal en que podrá desarrollarse, contribuyendo dicho cálculo al otorgamiento de seguridad jurídica a todos los implicados y al desarrollo de un proceso ordenado. En esta línea, podríamos considerar el elemento temporal como instrumento para hacer valer principios jurídicos

⁴⁸ El art. 324 LECrim (redactado por el apartado seis del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales) regula los plazos máximos de la instrucción de las causas penales y el papel que los operadores jurídicos tendrán en el control de su cumplimiento. La Circular de la FGE 5/2015 de Plazos máximos de instrucción, resalta la relevancia que se le atribuye al Fiscal en esta fase investigatoria quien, tras el pertinente traslado, tendrá que impulsar el procedimiento y controlar el cumplimiento del plazo máximo para la finalización de la fase instructora, solicitando la declaración de complejidad, fijación de término máximo o la prórroga, según las circunstancias.

Las voces críticas dentro de la propia Fiscalía no tardaron en advertir la extraordinaria dificultad que ello supone para el Ministerio Público sin que se les dote de mayores medios materiales y personales, pues hace mucho más exigente la labor fiscalizadora del proceso que ya tenía encomendada. Sobre los problemas prácticos de aplicación del precepto: DE PABLO, José María, *Comentarios al Proyecto de Reforma de la LECrim(I): el nuevo límite temporal de la instrucción*, recuperado de <https://josemariadepablo.com/2015/03/15/comentarios-al-proyecto-de-reforma-de-la-lecrim-i-el-nuevo-limite-temporal-de-la-instruccion>

fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva y, como manifestación concreta, el principio de seguridad jurídica. Por ello, no es difícil de entender que para uno de los momentos cumbres del proceso, la práctica de la prueba, el legislador tenga también previsto un instante temporal determinado. Esto, entiende un amplio sector doctrinal con el que nos identificamos, colabora a salvaguardar el derecho de defensa de las partes al asegurarles un momento concreto en que podrán demostrar sus pretensiones.

2. Una auténtica excepción

La prueba anticipada requiere para su práctica que concurren dos presupuestos básicos: que exista una razón de urgencia que avale y justifique su excepcionalidad y que se observen las mismas garantías que para la práctica de todo acto probatorio desarrollado durante el juicio oral. Destaca, por tanto, en su configuración, el carácter excepcionalísimo⁴⁹ de este tipo de pruebas, reservado para los casos de urgencia por la existencia de un riesgo evidente que impidiera su ejercicio en juicio oral o motivara su suspensión, sin que pueda ni deba convertirse en instrumento empleado para reducir el número de pruebas practicadas en el acto del juicio oral cuando se prevea un elevado número de éstas ni para eliminar las posibles molestias que, por ejemplo, pudiera ocasionarse a un sujeto por su declaración en el acto de la vista. El peligro de su instrumentalización no ha pasado desapercibido para la doctrina, que no ha perdido la oportunidad de advertir que no podrá realizarse como prueba anticipada lo que no tiene tal carácter, ni aun bajo la justificación de la comodidad. Idéntica postura sostiene MIRANDA ESTRAMPES, para quien la opción de optar por la práctica anticipada de la prueba no puede obedecer a meras razones de comodidad, así como tampoco debe estar dirigida a la evitación de las molestias que pueden originarse en algunas ocasiones cuando se pretende la práctica concentrada de las pruebas en las sesiones de la vista⁵⁰.

Ahora bien, existen determinadas pruebas que, de aguardar al instante legalmente previsto para su práctica, podrían desaparecer o devenir inútiles. Si los hechos alegados por las partes deben ser probados y el hecho de esperar al momento procesal pertinente

⁴⁹ La misma consideración, MADDALENA, M., “L’incidente probatorio,” op. cit., pág. 105.

⁵⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria (...)*, op. cit., pág. 324. Ídem, Ernesto PEDRAZ PENALVA en “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida”, *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias previas)*, CGPJ, Madrid, 1988, pág. 40.

para la práctica de la prueba pudiera suponer la imposibilidad de llevar a cabo la prueba (por ejemplo, por la desaparición del objeto) o la ineficacia de la misma (como pudiera ser el caso de una pericial sobre un objeto cuya esencia hubiera variado por el transcurso del tiempo) surge la necesidad de arbitrar mecanismos distintos para tratar de compatibilizar los antes mentados valores de orden y seguridad jurídica y el derecho a utilizar los medios de defensa de que se dispongan. Y entre los mecanismos a los que aludimos se ubica la prueba anticipada. En este sentido, como decimos, una fase instructora dilatada en el tiempo resulta perjudicial, ya que cuanto más dure la fase investigativa mayores son las posibilidades de que no pueda esperarse a la vista para el desarrollo de la prueba por razones de imposibilidad material.

No podemos perder de vista que, como exclusión que es al principio procesal de que los actos probatorios se desarrollarán durante el juicio oral, la prueba anticipada ha de fundamentarse en razones que la hagan imprescindible y, cómo no, excepcional, no pudiendo bajo ningún concepto descansar en justificaciones de comodidad u oportunidad. Y la imprescindibilidad de su adelanto ha de deberse a la probabilidad real de que se torne imposible su práctica en el momento procesal en que estaba previsto, o al grave riesgo de que, de diferir su desarrollo al momento del juicio oral se perdiera la fuente de prueba o se le privara de toda la información que pudiera ofrecer. En caso de no concurrir estos supuestos, habría que despojar de todo valor probatorio a lo actuado⁵¹. Riesgo y tiempo, en consecuencia, serán dos elementos que, en el marco de la prueba, irán íntimamente relacionados.

El fundamento del adelantamiento, por tanto, se encuentra en la necesidad, y no conveniencia, de realizar ante el órgano de enjuiciamiento ciertos actos probatorios en un momento procesal no previsto legalmente en aquellas ocasiones en las que se den circunstancias tomadas en consideración por el juzgador como merecedoras de protección. La justificación debe ser la misma cualquiera que sea la jurisdicción en la que se produzca.

Basándose el adelanto de la actividad probatoria en la previsibilidad y en la imposibilidad (o extrema dificultad) de su realización, una vez que se comprueba la concurrencia de la causa que las originó, deberá procederse a su desarrollo sin demora,

⁵¹ RUIZ VADILLO, Enrique, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, *Poder Judicial, Justicia Penal*, núm. especial II, pág. 82.

para evitar perder el elemento de prueba cuya validez se protege. Sería contrario al fundamento de lo expuesto que, una vez apreciada la circunstancia de urgencia, no se emplearan todos los medios de que se dispusiese para realizarla y obtener toda la información contenida en el material probatorio. No obstante, como veremos posteriormente, puede ser que dicha previsibilidad de la imposibilidad o de la dificultad de la práctica no se conozca u observe en el momento de plantear en los respectivos escritos los medios de prueba con los que se quieren contar, sino que dicho conocimiento o dicha imposibilidad fuera sobrevenida una vez transcurrido el momento en que ordinariamente habría de plantearse (los escritos de acusación y defensa o escritos de conclusiones provisionales, según el tipo de procedimiento ante el que nos situemos) pero con carácter previo al inicio de la vista. En este caso, entendemos, cabría la realización aún como prueba anticipada con el consabido respeto a los principios rectores del Derecho procesal penal.

No toda la doctrina se ha mostrado partidaria de darle a la prueba anticipada un lugar destacado en el ordenamiento jurídico procesal. Entre otros, GÓMEZ DE LIAÑO, ha expresado su preocupación por el hecho de que las excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral vayan adquiriendo lo que, a su juicio, es una desmesurada amplitud⁵². En una postura contraria se sitúa, por ejemplo, GUZMÁN FLUJA, quien ha expuesto abiertamente las bondades de la anticipación probatoria⁵³. De igual forma, AGUILERA DE PAZ rompe una lanza a favor de la excepción, entendiéndola consecuencia lógica del propósito del legislador de favorecer la celebración del juicio oral a través de un mecanismo que permitiera adelantar la práctica de todas aquellas diligencias que pudieran impedirlo o perjudicarlo⁵⁴.

Lo que resulta incuestionable es que el derecho a la presunción de inocencia que protege a todo acusado no sólo requiere para su enervación una prueba de cargo que pueda fundamentar la sentencia condenatoria, sino que tal prueba de cargo se practique en el seno de la fase de juicio oral, tal y como expone de forma reiterada la jurisprudencia, bajo los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad, y en presencia

⁵² GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, *El proceso penal*, Edit. Forum, 2004, págs.223-224.

⁵³ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución (...)*, op. cit., epígrafe 3 (prueba anticipada y prueba preconstituida: un punto de partida en confusión).

⁵⁴ Cfr. AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.V., Madrid: Reus, 1924, pág. 107.

del órgano de enjuiciamiento. Precisamente para que pueda tenerse la prueba de cargo como celebrada en la etapa del juicio oral se permite su desarrollo (siempre de forma excepcional) previo al acto de la vista en sí cuando las razones de urgencia lo requieran, de la misma manera que se admite que se traiga al acto del juicio oral las diligencias de preconstitución probatoria (prueba preconstituida) celebradas durante la fase instructora con todas las garantías. En este último caso, sin embargo, no constituye realmente una prueba celebrada durante la fase del juicio oral, sino introducida en el mismo como diligencia, pero que adquiere la condición probatoria al incorporarse en el momento de la vista).

No existe unanimidad en la doctrina a la hora de abordar la naturaleza de las salvedades mentadas, aludiendo a las mismas de manera absolutamente dispar. Por ejemplo, GÓMEZ DE LIAÑO, sostiene la posibilidad de incorporar al acto del juicio oral los actos efectuados con el carácter de prueba anticipada y prueba preconstituida, siempre que se vean respetadas ciertas garantías⁵⁵, equiparando ambas instituciones, cuando, como veremos, el sentido y alcance de las dos es distinto. En contra de lo dicho por el autor, a nuestro juicio, la prueba anticipada no se aporta al juicio oral, en cuanto que habiéndose practicado durante esta fase no tiene necesidad de nueva reproducción e incorporación. Por el contrario, la prueba preconstituida tampoco, sino que es en el momento de la vista cuando la hasta ahora diligencia de investigación adquiere el carácter de prueba, pero no se trae de la fase sumarial ostentando ya naturaleza probatoria.

Con anterioridad hemos aludido al derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)⁵⁶, que en el procedimiento penal adquiere un alcance especial: nadie está obligado a probar su inocencia, corresponde a la parte acusadora (incluso al juez, que deberá fundamentar correctamente la condena) desvirtuar el derecho fundamental a través de prueba de cargo suficientemente sólida que no deje duda sobre la comisión del hecho punible y de la participación en él del acusado.

La jurisprudencia del TS y TC han interpretado en infinidad de ocasiones este precepto

⁵⁵ GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, *La prueba en el proceso penal*, Edit. Forum, Oviedo, 1991, pág.151.

⁵⁶ Art. 24. 2 CE: “Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

sin existir duda alguna sobre su aplicación, lo que no impide que el TS haya matizado que siendo la carga de la prueba del hecho y de su participación de la acusación, le corresponde al acusado la carga respecto de aquellos hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad u otro elemento que le prive de responsabilidad por los hechos típicos que se hayan probado que ha cometido⁵⁷. En todo caso, no se discute que si la prueba en su conjunto resulta insuficiente, procederá el dictado de sentencia absolutoria. Entiende el TC en STC 44/1989, de 20 de febrero, que el principio *in dubio pro reo* actúa cuando, habiendo prueba, persista una duda razonable de que en el supuesto concreto concurren los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal. El derecho a la presunción de inocencia, por otro lado, se aplica cuando existe falta absoluta de pruebas o las practicadas no reúnen las garantías procesales.

Merece atención la STC 323/1993, de 8 de noviembre que, en relación con la necesidad de validar lo actuado durante la instrucción, estableció que “no admitir la prueba practicada con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio *del ius puniendi* del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías. Ahora bien, de lo expuesto se desprende claramente que las declaraciones testificales hechas con anterioridad al juicio oral han de haberse conseguido con escrupuloso respecto a las normas procesales y garantías constitucionales consiguientes”. Esta apreciación, como decimos, relativa más bien a la prueba preconstituida, tiene plena validez con respecto de la prueba anticipada, pues lo actuado con anterioridad al acto del juicio oral, efectuado con todas las garantías legales, debe servir para justificar las pretensiones de cada parte, no siendo justo para los intervinientes que el devenir de los acontecimientos ajenos a su voluntad (v.gr., la imposibilidad de comparecencia de un perito en la fecha del juicio) o el propio azar (caso de que un testigo fundamental, pongamos por caso, contrajera una enfermedad terminal) les impida hacer uso de una prueba útil, pertinente y plenamente eficaz para el descubrimiento de la verdad.

ORTELLS RAMOS, en relación con la atribución de valor probatorio a las diligencias de investigación (de lo que, reiteramos, disentimos nosotros), afirma que con la

⁵⁷ STS de 9 de febrero de 1995.

excepción se trata de impedir que se pierda en un proceso la información que pudiera contener un medio probatorio cuando sea imposible que se realice en el seno del plenario, lo que en el proceso penal se traduciría en un grave inconveniente para la búsqueda de la verdad y para el derecho de las partes de emplear los medios de que dispusieren para que se tomen en consideración los datos contenidos en aquél que pudieran favorecer sus respectivos intereses⁵⁸. Estas reflexiones resultan, no obstante, plenamente aplicables a los supuestos de anticipación probatoria en sentido estricto antes mentado.

3. La necesidad como fundamento

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que el fundamento de la excepción probatoria lo constituye tanto la indisponibilidad de la fuente de prueba para el momento de la vista (conocida en el momento de formular los correspondientes escritos o con posterioridad) como la necesidad de que se lleve a efecto de una sola vez y no en distintas sesiones (con los múltiples inconvenientes que ello supone) en los casos en que pudiera dar lugar a la suspensión del juicio.

A nuestro entender, teniendo cabida y justificación la prueba anticipada en el ordenamiento jurídico español, su admisión definitiva por el conjunto tanto de la jurisprudencia como de la doctrina no depende de un problema técnico, al tener perfecto encaje como auténtica prueba siempre que cumpla los principios básicos del procedimiento y resultándole de aplicación -aun de manera subsidiaria, en defecto de una regulación directa- las previsiones legales de los distintos tipos de prueba que se pueden practicar como anticipada. El verdadero escollo en torno a su general aceptación lo constituye la necesidad de alteración del actual sistema procesal. La jurisprudencia ya había dejado sentado de manera constante la idea de que únicamente constituye prueba la que se desarrolla en el acto del plenario, habiéndolo repetido en innumerables ocasiones, pudiendo ser las demás diligencias otros tipos de actos, pero no pruebas. Poco a poco, no obstante, fue ampliando las miras y admitiendo las salvedades a la regla general, en la que se incluye la institución estudiada.

⁵⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, "Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECrim", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1982, núm. 2-3, pág. 384.

Partiendo del sentido y la finalidad que hemos indicado posee la anticipación probatoria no habría dificultad alguna para ser tenida en cuenta en nuestro ordenamiento, al ser un acto más practicado durante la etapa del juicio oral pero en un momento distinto al natural por causas justificadas y ajenas a la voluntad de las partes. La lógica jurídica nos lleva a admitir una alteración de las reglas procesales (alteración reglada, claro está) basada en la necesidad de practicarse de forma anticipada ante el riesgo de perder la información contenida en el medio probatorio o ante el temor de que la unidad del proceso se viera afectada negativamente si se esperara a la celebración del acto probatorio en el seno de la vista.

Pese a que su admisión debiera ser unánime, al ser una institución en la que no ha existido consenso en la delimitación de su naturaleza ni en su configuración y que ha sido confundida en numerosas ocasiones con las diligencias practicadas en el estadio investigador, la doctrina se ha mostrado en algunos momentos contraria o, al menos, reticente, a su admisión. De hecho, autores como FLORES PRADA efectúan una serie de reflexiones en torno a la posible admisión de la prueba adelantada que un sector doctrinal entiende perfectamente aplicables al Derecho español. FLORES PRADA (cuando profundiza en el estudio del modelo italiano) argumenta que la dificultad de la aceptación de la figura estriba en la separación que cada Estado otorgue a las fases de investigación y de juicio oral, de modo que si el sistema hace una perfecta diferenciación entre ambas sin admitir interferencias, no se admitirá el carácter probatorio de la prueba anticipada practicada en el seno de la etapa de investigación. De esta manera, considera que las modernas reformas procesales de los países de nuestro entorno basadas en el modelo acusatorio se ven obligadas a buscar un justo equilibrio entre el núcleo central constituido por el juicio oral y el carácter excepcional de la prueba nacida en la instrucción, de forma que no desnaturalice la división entre ambas fases del procedimiento⁵⁹.

En realidad, si nos ajustamos a la concepción de la prueba anticipada que venimos sosteniendo tal reflexión no tiene cabida en el caso español. Y ello porque la prueba anticipada tiene lugar de manera exclusiva una vez abierta la fase de juicio oral, sin que sea posible entender dentro de tal categoría los actos realizados durante la investigación

⁵⁹ FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 19, con remisión a SAU, Silvio, *L'incidente probatorio*, Cedam, Padua, 2001, pág. 3.

del procedimiento, por lo que no se quebraría la separación defendida a ultranza por los defensores del modelo acusatorio, pues se trata de una prueba que se produce claramente una vez cerrada la etapa de investigación y habiendo fijado el objeto del juicio. La divagación sí tiene sentido en el Derecho italiano, donde la institución del “incidente probatorio” puede tener lugar durante la instrucción (al modo de la prueba preconstituida) o durante la fase del juicio oral.

Por tanto, la reflexión antes dicha sólo cabría en el Derecho español si otorgáramos carácter probatorio a la mal denominada “prueba preconstituida”, circunstancia que no se da.

III. PRESUPUESTOS

1. Imposibilidad, extrema dificultad y riesgo de suspensión

Íntimamente ligado con el fundamento de la institución analizada se hallan los presupuestos de la misma, pues su ejercicio se basaba en la existencia de una serie de circunstancias que hacían recomendable la ejecución previa de la prueba. Y, precisamente, la concurrencia de dichas circunstancias conforman la condición *sine qua non* de su admisión.

Partiendo de esta premisa, debe concurrir alguno de los siguientes presupuestos esenciales para que pueda autorizarse la anticipación de un elemento de prueba:

a) La imposibilidad de su desarrollo en el juicio oral,

b) La extrema dificultad de su práctica en el seno de aquél o

c) la previsión de que si se lleva a cabo en el acto de la vista podrá provocar su suspensión. En cualquiera de los tres supuestos, quedará siempre condicionado a que se respeten absolutamente las garantías necesarias para la protección del derecho de defensa. Una vez que se verifique la concurrencia de los requisitos inherentes a la prueba anticipada (imposibilidad o extrema dificultad y previsibilidad de ello, o previsibilidad de suspensión), se procederá a su desarrollo con pleno respeto tanto de las garantías genéricas como de los principios propios de cada una de las pruebas en particular.

A. Imposibilidad o extrema dificultad

El hecho de que la atención normativa hacia la figura objeto de estudio sea mínima en el texto procesal penal ha conducido tanto a parte de la doctrina como de la jurisprudencia a abordar la delimitación de qué circunstancias pueden suponer que un determinado acto probatorio no pueda desarrollarse en el juicio o que su ejercicio sea ciertamente difícil; tales circunstancias fundamentarían la solicitud de su anticipación en los correspondientes escritos, y la posterior admisión por el tribunal. Lógicamente, la crítica a la falta de regulación normativa no es exclusiva de esta materia, de hecho, una de las principales lamentaciones hacia la actual LECrim es la desatención de alguna de las instituciones básicas. Pero, centrándonos en el objeto del estudio, el legislador no ha facilitado a los operadores jurídicos la tarea de conocer qué se entiende por “impracticable” en el juicio oral ni cuáles son las causas que pudieran hacer impracticable la prueba. Y es que la expresión empleada en el art. 657.3 LECrim resulta excesivamente vaga: “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”. ¿En qué sentido hemos de interpretar la expresión “no se puedan practicar” en el juicio oral? ¿A qué tipo de imposibilidad se refiere el precepto, a una imposibilidad material por indisposición del medio probatorio o a la pérdida de información por realizarse en tal momento? No en vano, el hecho de que la casi exclusiva regulación normativa se reduzca al mentado precepto dificulta aún más su comprensión. A lo largo del presente apartado trataremos de dar respuesta a estos interrogantes.

Cuando se presume que una prueba no podrá practicarse en su momento oportuno por cuestiones de grave enfermedad u otro grave impedimento del declarante, por ejemplo, puede acogerse al régimen excepcional. Tales circunstancias pueden tomarse en consideración, pongamos por caso, cuando la situación de riesgo recaiga sobre el testigo.

El paso del tiempo puede ser un elemento dinamizador de la eficacia de la prueba, pues actúa a favor del encausado al desdibujar los recuerdos que las víctimas o testigos tienen sobre los hechos en cuestión, especialmente si su salud es delicada o el propio hecho enjuiciado le ha supuesto una situación traumática que trata de olvidar. El efecto negativo del transcurso del tiempo se aprecia cuando la víctima o algún testigo debe proceder al reconocimiento del imputado. Es evidente que mientras mayor sea el plazo

desde que sucedieron los hechos hasta que se lleve a efecto el reconocimiento, más posibilidades hay, por un lado, de que el reconocido haya podido modificar su aspecto voluntariamente para evitar ser identificado (estrategia, por cierto, relativamente frecuente) y, por otro, de que aquél que ha de identificar vaya olvidando o desdibujando los rasgos propios del actor del delito hasta el punto de no llegar a reconocerlo sin género de dudas. Aún más se dificulta el reconocimiento cuando debe efectuarse por algún sujeto de mayor edad o que sufra merma en la memoria o en su salud mental. Podríamos decir que la prueba es practicable en sentido estricto pero su resultado puede resultar ineficaz si no se hace en el momento oportuno⁶⁰. Se trata, por tanto, de una típica actuación que, por la inmediatez temporal que exige para que sea efectiva, parece estar reñida con su práctica en el juicio oral, máxime si concurren algunas de las circunstancias indicadas.

Ya hemos advertido que el primero de los presupuestos que recoge el art. 657 LECrim para que actúe la excepción señala que la prueba no se pueda practicar en el juicio oral. Ahora bien, hay que cuestionarse si cabría entender incluida en tal previsión aquellas diligencias expuestas a posibles contaminaciones. Por ejemplo, los interrogatorios tanto de imputado como de testigos en los que haya certeza o incluso fundada sospecha de que se encuentran sufriendo coacciones por parte de terceros con el fin de que depongan en determinado sentido. En esta ocasión, resultaría interesante, siguiendo la estela del nuevo Código Procesal Penal italiano, adelantar su práctica ante el riesgo de que su declaración deviniera inútil al estar viciada. Eso sí, la urgencia y, por tanto, la excepcionalidad de su adelantamiento, quedaría justificada exclusivamente si durante el tiempo en que se ejercita subsistiera la mentada situación. Su práctica anticipada cuando hubieran desaparecido las circunstancias excepcionales le privaría de toda eficacia. Siguiendo a ASECIO MELLADO, parece razonable asumir la hipótesis planteada como merecedora de la anticipación, respetando, por supuesto, las necesarias garantías. Tal y como indica ASECIO, no resulta difícil imaginarse su aplicación en acciones delictivas relacionadas con organizaciones criminales o terroristas⁶¹, en los que los medios de presión sobre los testigos son superiores al resto de delitos.

⁶⁰ ASECIO MELLADO, José M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989, pág. 174.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 174.

El CPP italiano ha adelantado claramente al ordenamiento español en el estudio de las excepciones a través de la figura del incidente probatorio, que abarca tanto actos asimilables a nuestra prueba preconstituida como los actos urgentes, comparables a nuestra prueba anticipada. Avanzando lo que será expuesto posteriormente, indicaremos que el art. 392 CPP recoge acertadamente una serie de supuestos aplicables a tanto al incidente probatorio como a los actos urgentes que justifican que las pruebas puedan practicarse de manera anticipada, por ser previsible su irrepetibilidad en el plenario en el primer caso o su impracticabilidad en el segundo. La misma lista resulta de aplicación a las dos figuras italianas, que tienen pequeñas diferencias en función de la fase en la que actúen.

DI CHIARA, con base en dicho precepto, sistematizó las posibilidades agrupándolas, constituyendo presupuestos de la existencia de las excepciones que entendemos plenamente aplicable a la prueba anticipada española:

1. Pruebas expuestas a posibles contaminaciones (supuestos de las letras b), c), d) y e) del art. 392 del CPP italiano, entendido como las hipótesis en que se cree que los testigos y los imputados respecto de otros coimputados están sometidos a violencia, amenazas, oferta o promesas de dinero u otra utilidad para que declaren falsamente o no declaren.

Esta posibilidad la encontramos altamente interesante, pudiendo tenerse en cuenta por el legislador si, en un futuro, decide abordar una verdadera regulación de la institución. Hasta que llegue este momento, no encontramos obstáculos en su admisión paralela en el Derecho patrio como motivo de impracticabilidad de la prueba en el seno de la vista por invalidez de la declaración si, como debe justificarse, se conoce que el imputado o el testigo están siendo sometidos a presiones que privarían de validez su testimonio, riesgo que aumenta razonablemente a medida que se distancia en el tiempo el momento de su declaración. Como es lógico, las amenazas o presiones no deben intuirse, sino que debe quedar acreditada su realidad o justificada su presunción, lo que dificulta su admisión.

En esta modalidad de adelantamiento, nos hallamos ante la posibilidad de que exista un auténtico temor por parte de la víctima o del testigo que presenciara el o los hechos punibles, y que diera lugar a un obstáculo insuperable para extraer la verdad de sus declaraciones, o bien que se contamine su voluntad a través de recompensas por manifestarse en determinado sentido.

Si llegado el día fijado para la práctica de la prueba hubiera desaparecido la razón de urgencia, lo habría hecho simultáneamente el fundamento de la anticipación probatoria, por lo que se remitiría al momento de la celebración del juicio oral. En asuntos delictivos delicados, relativos, por ejemplo, a grandes intervenciones de drogas tóxicas, terrorismo o desarticulación de grupos organizados, por ejemplo, la protección brindada a los testigos y a

la integridad de su testimonio puede, a nuestro entender, admitir esta causa de anticipación por entender que el testimonio previsiblemente, no podrá repetirse en las mismas condiciones de libertad que las que tenía durante la fase instructora.

2. Pruebas expuestas a deterioro. Abarca, básicamente, los supuestos de prueba pericial en que el objeto de la pericia pueda mutar o desaparecer por el mero paso del tiempo.

3. Pruebas no reproducibles, remitiéndose a los clásicos supuestos de enfermedad u otro impedimento grave. Dado que con la prueba anticipada no se trata de reproducir la prueba, sino de practicarla en el seno del juicio oral, hemos de incluir este grupo como prueba no practicable por razones personales de riesgo de muerte, grave enfermedad física o psíquica o ausencia del territorio nacional.

Las típicas causas de irreproducibilidad personales serán especialmente tenidas en cuenta a la hora del reconocimiento o identificación de los partícipes pues, siendo una prueba muy esclarecedora en que a cualquier persona en óptimas condiciones el transcurso del tiempo le dificultaría la identificación, si el testigo se halla en un estado de deterioro físico o psíquico importante, sin duda, las dificultades aumentarán, careciendo incluso de razón que llegara a practicarse en el juicio oral a la vista de las escasas posibilidades de éxito en su realización.

4. Pruebas incompatibles con la concentración del debate. En el Derecho italiano comprende los casos de la prueba pericial, aun repetible, si, por su naturaleza, su práctica en el debate pudiera provocar una suspensión superior a los 60 días.

Este supuesto aparece contemplado expresamente en nuestro 657.3 LECrim en los términos antes dichos, aunque no limitado a los casos de la prueba pericial, sino establecido con carácter genérico. Pero el fundamento es idéntico al italiano: debe anticiparse aquellos actos de prueba cuya práctica, de efectuarse en el acto del plenario, pudiera dar lugar a suspensión. En el art. 657.3 LECrim no se especifica plazo pero, en cualquier caso, parece aludir no sólo a todo tipo de suspensión que obliga a continuar el acto en día distinto, quebrando el principio de concentración del debate, sino también a las suspensiones que pudieran superar el plazo máximo legal de 30 días dentro del que deben efectuarse las continuaciones de las vistas no conclusas.

Valorando las distintas situaciones que pueden darse para admitir la práctica de la prueba anticipada, entendemos que cuando el precepto dice “que no puedan practicarse en el juicio oral” se refiere no sólo a los casos de imposibilidad material, sino a los supuestos en que, si se practicara, devendrían inútiles por no obtenerse toda la información de la que disponían y que se ha perdido por no realizarse antes, llegando a convertirse en ocasiones en ineficaces.

B. Riesgo de suspensión

La propia ley procesal toma en consideración el elemento temporal y los efectos que podría suponer sobre algunos de los principios fundamentales, como el principio de unidad de actos. No debemos olvidar que el segundo de los escenarios que hace posible su práctica lo constituye la posibilidad de que la práctica de determinada prueba acarree la suspensión del juicio, siendo una de las hipótesis más comunes la imposibilidad de que el testigo comparezca en la fecha en que presumiblemente tendrá lugar. No en vano, el art. 657.3^a LECrim también faculta a las partes para que la soliciten cuando las diligencias que se interesaran pudieran motivar la suspensión del acto del juicio oral.

Con el fin de evitar interrupciones del juicio oral que obliguen a su posterior reanudación (que, como todos los operadores jurídicos conocen, plantea graves inconvenientes, dadas las limitaciones no sólo de fechas en la agenda de señalamientos del juzgado y de los letrados intervinientes para continuar el juicio, sino también de salas de vistas disponibles y de la propia dificultad de citar a todos los comparecientes para nueva cita, que a su vez, suele originar nuevas suspensiones) que supone una fractura ineludible del principio de concentración de las actuaciones judiciales con la consiguiente merma en la memoria de lo actuado, prevé la LECrim de manera acertada el acogimiento de la figura de la prueba anticipada. Y es que, por todo lo expuesto, la práctica forense ha puesto de relieve en innumerables ocasiones que la suspensión de la vista puede resultar más perjudicial que una celebración previa de la prueba. La LECrim, con la introducción de tal previsión, se muestra coherente con el compromiso del legislador de velar por el desarrollo lógico del juicio oral, admitiendo mecanismos que favorezcan su celebración. Con este espíritu trata de eliminar cualquier inconveniente u obstáculo a su correcta celebración. En cualquier caso, tanto el primer como el segundo supuesto del art. 657.3^a se fijan en igualdad de circunstancias y deben serle de aplicación idénticas reglas.

El fundamento de la prueba anticipada, pues, sería una situación excepcional, urgente y justificada, que supondría la previsible imposibilidad de práctica de la prueba en el seno del acto del juicio o el riesgo de que la prueba devenga ineficaz si se dilata su desarrollo, o bien el riesgo de suspensión del plenario.

2. *Consideraciones acerca de la irrepitibilidad como presupuesto*

La confusión reinante en torno a la figura ha hecho que de forma reiterada, la doctrina confunda no sólo el ámbito de la misma, sino también los presupuestos para su existencia. Por ejemplo, a entender de ASECIO MELLADO, la prueba anticipada comportaba la ejecución de los medios probatorios en fase de investigación o en la de juicio oral, pero siempre con carácter previo al inicio de las sesiones del plenario, otorgándole valor probatorio siempre que concudiesen en aquellos los caracteres de irrepitibilidad y previsión de dicha irrepitibilidad, y que se cumplieran determinadas garantías reconducidas -precisa- al principio de la intermediación judicial y el derecho de defensa⁶². De conformidad con esta apreciación, para ASECIO MELLADO los presupuestos de la prueba anticipada serían la irrepitibilidad y la previsibilidad. Pero, según nuestra percepción, la irrepitibilidad no constituye un requisito a tener en cuenta para que se anticipe su práctica, porque puede que se no se haya practicado la prueba en fase de instrucción y entre en el proceso por primera vez una vez abierta la fase del juicio oral, por lo que resultaría indiferente la nota de la irrepitibilidad.

En sentido opuesto se manifiestan algunos de los defensores del concepto amplio de prueba anticipada, que, como veremos, incluyen los actos sumariales tales como la diligencia de detección de alcohol, los croquis policiales, las intervenciones corporales...

FERRUA⁶³, de acuerdo con la concepción ofrecida por ASECIO MELLADO que establecía como criterio determinante para la ejecución anticipada de la prueba la irrepitibilidad, venía a diferenciar entre los actos irreproducibles por naturaleza de aquellos reproducibles por naturaleza pero irrepitibles por la confluencia de ciertas circunstancias. Las segundas debidas, generalmente, a circunstancias personales relativas a diligencias de tinte personal. Así, sostenía la existencia diferenciada de:

- a) Actos irreproducibles por naturaleza. Siendo naturalmente irreproducibles, la consecuencia lógica de su anticipación sería la ineficacia de los mismos.
- b) Actos naturalmente reproducibles, pero irrepitibles en determinadas circunstancias,

⁶² *Ibidem*, pág. 171.

⁶³ FERRUA, P., "Imputato e difensore del nuovo processo penale", en AA.VV: *Profill del nuovo processo penale*, Padua, 1988, pág.69.

generalmente personales en los casos de pruebas testificales o careos, y materiales en los supuestos de pruebas periciales.

La atención que la LECrim presta a la excepción de la prueba preconstituida es mayor, clarificando en esta ocasión cuáles pueden entenderse como supuestos de irrepitibilidad que justificarían la práctica de la prueba preconstituida durante la instrucción. Y, en este sentido, los supuestos de irrepitibilidad que contempla son materiales, como pudieran ser el riesgo de muerte o incapacidad física o intelectual del testigo para deponer en el acto de la vista o el de la fungibilidad o deterioro del objeto de una pericia. Se tratan de supuestos lógicos en los que se da prioridad a la práctica de las diligencias cuando el objeto de las mismas sufriera el riesgo de desaparecer, modificarse o deteriorarse.

Ningún inconveniente observamos en seguir en este punto la regulación que la ley procesal efectúa de la prueba preconstituida para determinar las circunstancias que, siendo aplicables a la prueba anticipada, justificarían la alteración de las reglas generales de la prueba. En este sentido, si los objetos de las pruebas fueran deteriorables o fungibles o existiera riesgo relativo a la vida o integridad física del deponente, insistimos, sería más que razonable su celebración con anterioridad al acto del juicio oral. Uno de los ejemplos típicos -que será analizado posteriormente- lo constituye la prueba pericial. Y es que la prueba pericial efectuada sobre un objeto fungible, deteriorable o mudable exige que se celebre tan pronto como sea posible desde el momento en que se detecta tal cualidad pues, de lo contrario, deviene ineficaz.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

1. Semejanzas con las medidas cautelares

La naturaleza de la figura se ciñe a la consideración de una figura de carácter cautelar (en un sentido amplio) que vela por el correcto desenvolvimiento del proceso penal con la realización de todos los medios probatorios de que se disponga. De esta forma, se convierte en garante del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE.

Si las garantías procesales se encuentran cubiertas no hay ningún problema para considerarla auténtica prueba, que podrá fundamentar tanto una sentencia condenatoria como absolutoria y determinar la participación, en su caso, del encartado, en los hechos objeto del procedimiento. De esta manera se le atribuirían todos los efectos propios de

la prueba celebrada durante el juicio oral. Podemos decir, pues, que su naturaleza jurídica *ab initio* es la de una auténtica prueba, con todas las consecuencias derivadas de ésta. A diferencia de la prueba preconstituida, no será introducida en la vista a través de su lectura, pues se desarrolló durante la fase de juicio oral con pleno respeto de todos los principios de la prueba.

La nota del *periculum in mora* propia de las medidas cautelares constituye asimismo uno de los elementos definitorios de la anticipación probatoria, dado que, como dijimos, el efecto del tiempo actúa como dato fundamental a la hora de valorar la necesidad de excepcionar la regla general. El resto de requisitos exigibles para la medida cautelar no resultan aplicables a esta figura, al no exigirse aquí caución alguna ni para solicitarla ni para su práctica una vez admitida (en idénticos términos a lo que sucede con el resto de las pruebas). Tampoco se aprecia en la excepción el *fumus boni iuris*, entendido como indicios de que la pretensión del solicitante llegará a buen fin.

Debe insistirse, aun a riesgo de resultar iterativos, en la idea de que para la admisión de la anticipación no se precisa una presunción o indicio de que la prueba arrojará determinado resultado, sino que se proponga una prueba que revista las notas de pertinencia y utilidad propias de todo acto probatorio, enfocadas siempre a la obtención de la verdad material, y se conozca la urgencia de su pronta celebración.

Resulta evidente que existe cierta similitud entre la prueba previa y la medida cautelar, pero, ¿tales semejanzas son lo suficientemente sólidas como para decir que, en realidad, participan de la naturaleza de las medidas cautelares? La respuesta no puede sino ser negativa, pues éstas cuentan no sólo con una finalidad distinta, sino también con una serie de características definitorias esenciales que en absoluto pueden predicarse de una prueba anticipada: las notas de provisionalidad y mutabilidad. La medida cautelar, como provisional, subsistirá únicamente durante el período de tiempo en que subsista la causa que la motivó; en el caso de la prueba anticipada, sin embargo, una vez practicada se inserta en el acervo probatorio del que se valdrá el juez para fundamentar su decisión.

Por otro lado, la particularidad de la mutabilidad (entendida como la posibilidad que tiene el juez de adoptar una medida cautelar distinta de la interesada según las circunstancias concurrentes) tampoco la hallamos en la prueba anticipada, en la que, una vez admitida, siempre que siguiera siendo útil y pertinente en el momento de su

ejecución, deberá practicarse, salvo que las partes litigantes expresen su renuncia, y el juez no puede dejar de valorarla con independencia de las circunstancias del caso.

Como dijimos, el fin de ambas figuras también las aleja. Mientras que la prueba anticipada pretende evitar la destrucción o disminución de la información obtenida en la fuente de prueba, la medida cautelar pretende asegurar el éxito de la ejecución del pronunciamiento futuro del órgano judicial, de forma que una decisión favorable a los intereses de quien la insta no quede privada de eficacia.

Se puede apreciar, por tanto, que sí comparte con la medida cautelar una de sus propiedades definitorias: la apreciación del *periculum in mora*. El peligro en la demora aplicable a la medida cautelar tiene una clara presencia en la prueba anticipada, pues precisamente lo que determina su adelantamiento es el peligro de que la prueba, si se realiza en el momento procesalmente oportuno, no pudiera practicarse o no en condiciones óptimas. Ahora bien, dicho *periculum*, en el sentido de urgencia o riesgo al que hemos aludido deberá ser perfectamente explicitado y acreditado en lo posible para que pueda justificarse la solicitud y posterior admisión del adelantamiento. En algunos casos, la urgencia vendrá simplemente dada por el hecho de que el paso del tiempo podría hacer desaparecer la prueba o que se volviera inútil. De lo contrario, si el razonamiento no es válido o no tiene base objetiva, la prueba anticipada no procederá y el órgano de enjuiciamiento podrá denegarla debidamente.

2. *Acto previsible*

Vistas las condiciones para que estos actos previos o adelantados sean tomados como prueba, podríamos afirmar que una de sus propiedades definitorias la constituye la “previsibilidad”, pues resulta “previsible” la no posibilidad de su práctica en el juicio oral o, al menos, de su realización en condiciones adecuadas, razón que lleva a las partes a solicitar su desarrollo anticipado para no ver afectados negativamente sus derechos a la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías.

Sentada su naturaleza probatoria, hemos de dar un paso más allá, cuestionándonos si estamos ante una institución plenamente autónoma o simplemente ante una manifestación más de la prueba. A nuestro parecer, si consideramos que posee naturaleza de prueba, bebe de sus principios, se exige la observancia de idénticas

garantías para reputársele válida y se le atribuyen sus efectos, se trata sin duda de una manifestación de la prueba, aun cuando se produce en un momento distinto al general, radicando ahí su especialidad. Pero tal peculiaridad, por sí sola, no parece bastante como entender que es una figura autónoma. De hecho, si se planteara la catalogación como nueva categoría, ¿cuál sería ésta distinta de la prueba? Ello supondría conferirle naturaleza distinta a la probatoria, cuando se trata de una prueba ordinaria cuya única especialidad es el momento en que debe llevarse a cabo.

La prueba anticipada, por tanto, supone la anticipación probatoria por el fundado temor de que la información que contiene la fuente de prueba no pueda aportarse -o no de la manera deseada o deseable- al proceso. Para algunos autores, sin embargo, no se trata de asegurar una fuente de prueba, sino de practicar el medio de prueba como instrumento del que disponen las partes para defender sus posturas, siempre que se trate de una prueba legal, pertinente y útil⁶⁴. En este sentido, es obvio que existen semejanzas entre la institución aquí estudiada, la prueba anticipada, y las medidas cautelares, pues con la primera se pretende evitar que ciertos medios probatorios puedan devenir ineficaces si no se practican en el momento oportuno. De hecho, para un sector dogmático ha sido recurrente la consideración de la prueba anticipada como una derivación de las medidas cautelares, dado que puede tener lugar sobre la base de una situación de urgencia (*periculum in mora*) o de aseguramiento de un resultado⁶⁵, a pesar de las claras diferencias que se puede observar entre las dos categorías.

3. *Un acto inaplazable*

La inaplazabilidad de la práctica de la prueba encierra, evidentemente, un riesgo cierto de que la prueba se pierda o se deteriore, dado, por un lado, la lógica duración temporal de un proceso y, por otro, las especiales circunstancias que concurran en la fuente de prueba y que originen dicha inaplazabilidad (tomado como imposibilidad de esperar al momento procesalmente natural para el desarrollo de la prueba). Conforme a esta idea, cabría configurar en cierto modo la anticipación probatoria como un mecanismo precautorio de conservación de la prueba, con independencia de que no sea, en puridad,

⁶⁴ Lógicamente, será necesario que la prueba cuya anticipación se pretende resulte idónea y útil para fundamentar la resolución judicial. No basta que se cumplan sus presupuestos para que sea admitida por el juzgador.

⁶⁵ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *La prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 2ª Ed. aumentada y actualizada, Vadell Hermanos Editores, Caracas-Venezuela, 2005, pág. 71.

una medida cautelar. No obstante, no puede negársele el matiz preventivo, que vela por que no se pierda la información probatoria, bien porque se pierda o desaparezca completamente el medio probatorio, bien porque, aun habiéndose conservado correctamente la fuente de prueba, no suceda lo mismo con la información que ésta contenía por haberse contaminado, perdido en parte o en su integridad de forma natural o forzada.

La prueba efectuada antes del acto del juicio oral actúa, por tanto, como un instrumento procesal de carácter excepcional, a la vista de las circunstancias concurrentes para su apreciación y de los requisitos que deben ser observados para ser considerada auténtica prueba. Como sucede con cualquier medio probatorio, uno de los aspectos más interesantes de su estudio es el relacionado con la valoración del acto en cuestión. Siendo como es una prueba auténtica, se someterá a las normas propias de cada tipo probatorio y se le concederá el mismo valor que tendría si su práctica se produjera en el acto de la vista.

A. Desaparición de la urgencia en el juicio oral

Ahora bien, si la prueba anticipada, como decimos, tiene su fundamento en una situación de emergencia que hace indispensable su práctica por adelantado, podríamos concluir que la consecuencia lógica resultaría que si en el momento de la celebración del juicio oral la causa que motivó su adelantamiento hubiera desaparecido (fundamentalmente, en la prueba testifical y pericial) lo oportuno sería realizar el acto probatorio en la vista. Y es que siendo la nota de urgencia el requisito fundamental para que pueda practicarse cabe plantearse qué sucedería cuando se celebre con carácter anticipado una prueba -por ejemplo, una testifical- precisamente por concurrir dicha condición (la imposibilidad-entendida en sentido amplio- de realización posterior) y, transcurrido el tiempo y llegada la fecha del juicio oral, se compruebe que la situación de urgencia desapareció y podría llevarse a cabo la prueba en su seno, en el momento oportuno. Llegado a este punto, ¿habría que dejar sin valor la prueba ya practicada? ¿Sería necesario privar de todo efecto a la inicialmente practicada con el fin de que se desarrolle ajustándose al momento ordinario? Para un amplio sector doctrinal, la solución más razonable pasaría por no otorgarle valor a la inicialmente efectuada, o, mejor aún, no habría de otorgarle valor en exclusividad, sino que sería necesario practicarla en el seno del juicio oral en todo caso, teniendo siempre la posibilidad de

traer la inicialmente desarrollada a juicio a través de su lectura, pudiendo someter a las partes a contradicción sobre el resultado de la misma. En este sentido, RUIZ VADILLO apunta que el propio principio de investigación (art. 729 LECrim) y el deber de esclarecimiento de los hechos que tiene el tribunal pueden hacer que surja la necesidad de efectuar un nuevo interrogatorio ya durante el juicio oral en los casos en que no se verifique la irreproducibilidad⁶⁶, debiendo admitirlo el tribunal por la intención de esclarecimiento de los hechos.

En puridad, si llegada la fecha del debate no concurre la situación de urgencia, el obstáculo que impediría la realización en el momento procesalmente oportuno, el declarante -caso de tratarse de una prueba testifical o pericial- debería concurrir a prestar declaración. Parece lo razonable, pues la razón por la que se omite la regla principal desaparece. Ahora bien, si esto lo asumimos, ¿puede decirse que la prueba anticipada, en el fondo, reviste la naturaleza de una especie de prueba provisional? Si su eficacia absoluta depende de cómo discurran los acontecimientos hasta el mismo instante del juicio, el valor de la prueba quedaría en suspenso, lo que no dejaría de restar seguridad a las partes a la hora de planificar la línea de defensa de sus pretensiones en el juicio. MIRANDA ESTRAMPES mantenía un criterio similar, opinando que si en el momento de iniciarse las sesiones del juicio la causa de urgencia que motivó la adopción de la prueba anticipada hubiera desaparecido, ésta pierde su eficacia (al modo de una prueba provisional), siendo necesario que se practique de nuevo durante la vista del juicio oral⁶⁷.

La cuestión planteada no es pacífica ni fácil de resolver. Por un lado, es cierto que si la causa que motivó la adopción de una medida que supone alterar las reglas propias del juego como son los tiempos fijados para las actuaciones judiciales, la consecuencia inmediata sea la privación de valor de lo actuado, pues no sólo deja de tener sentido la excepción, sino que también tendríamos la posibilidad de hacer una prueba más “actualizada”, incardinada en el conjunto del acervo probatorio y practicada ante todo el tribunal, caso de ser un órgano colegiado. Pero, por otro lado, volver a practicar la prueba supone extender el procedimiento y realizar lo ya realizado (yendo contra principio de economía procesal), corriendo el riesgo de que lo declarado sea distinto a lo

⁶⁶ RUIZ VADILLO, Enrique, "La actuación (...)", op. cit., pág. 82.

⁶⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria (...)*, op. cit., págs. 319 y ss.

dicho en la anterior prueba, acto que se desarrolló con todas las garantías y que obtuvo carta de naturaleza. El problema surge en el momento en que lo realizado inicialmente fuere un auténtico acto de prueba y no un acto investigador, por lo que repetir la prueba sería tanto como anular la primera, lo que resulta, al menos, cuestionable.

Distinto es el supuesto de que nos encontremos ante una prueba sumarial anticipada (la prueba preconstituida), en este caso sí tendría sentido practicar en el acto del juicio, por ejemplo, el interrogatorio de quien se preconstituyó durante la instrucción para asegurar su declaración, por ejemplo, ante el riesgo de que marchara del país. Sin embargo, no faltan autores para quienes -con independencia del tipo de excepción ante la que nos encontremos- si variaron las circunstancias en las que se adoptaron a la fecha de la vista, deberá practicarse de nuevo el acto de probanza. Se basan para dicha afirmación en el art. 295.4 de la LEC, norma supletoria, que reza "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 la 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".

Acogiéndose, como decimos, a dicho precepto supletorio, consideran que, de poder practicarse la prueba en el momento procesalmente oportuno, con independencia del resultado anterior, deberá repetirse la prueba, y corresponderá al juez o tribunal valorar ambas y otorgar a cada una el alcance que estime⁶⁸.

Existen opiniones discrepantes con dicha argumentación, pues supondría tanto como situar a la prueba anticipada en el sentido aquí defendido en un escalón inferior al de la prueba practicada durante el juicio oral, cuando ambas se encuentran en idéntica posición. Una vez practicada en cumplimiento de todas las garantías, entra a formar parte del acervo probatorio de idéntica categoría a la prueba realizada en el juicio, de modo que carecería de sentido reiterar la prueba y ofrecer su resultado para su valoración por el tribunal.

Se puede alegar en contra de lo dicho que, de esta manera, se otorgaría al resto de

⁶⁸ En este sentido se pronuncia, entre otros, María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN, "Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada", *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2180, julio 2015, recuperado de www.mjusticia.es/bmj, pág. 24, última visita el 21.7.17.

miembros del tribunal la posibilidad de asistir personalmente al acto de la prueba que, en un momento previo, se había producido en presencia de uno o algunos de sus miembros, "curando" así el pequeño rasguño que durante la anticipación se le hace al principio de inmediación.

A nuestro entender, aun siendo como es el Derecho procesal penal tendente a la búsqueda de la verdad material, la decisión más prudente pasaría por no reiterar la prueba, aun cuando esto tuviera como consecuencia directa el hecho de que no se produzca una contradicción en el acto de la vista entre lo realizado en la prueba anticipada inicial y la que pudiera llevarse a cabo en el seno del juicio, pese a que se prive al juzgador de la posibilidad de valorar ambas para tomar su decisión. Y sostenemos esta idea con base al mismo espíritu que encierra el art. 746 de la LECrim al contemplar la opción de la interrupción del juicio y la continuación posterior en determinados supuestos⁶⁹. Es decir, cuando se ofrece la posibilidad de suspender el juicio y continuar dentro de un plazo legal, lo que viene a reconocer la ley es la consideración de lo actuado como una porción de juicio, confiriéndole validez si se ha practicado conforme a la ley, aunque se separe en el tiempo de lo realizado con posterioridad. Se admite, pues, de alguna manera, que el juicio queda efectuado "a trozos". Ésta es también la solución más acorde con el principio de economía procesal, pues no resta validez al acto probatorio realizado de manera adelantada con cumplimiento de todas las garantías procesales.

De hecho, en la práctica diaria se acuerdan interrupciones de juicios con más frecuencia de la deseable, de manera que no ya sólo desde un punto de vista teórico, sino práctico, se convierte en la solución más adecuada, pues lo contrario sería suspender el juicio en su conjunto aun cuando estuviera disponible el resto de pruebas para ser practicadas, con el consiguiente retardo en la celebración del juicio y conclusión de la causa y con el riesgo añadido de que aquellos que comparecieron para deponer en el día señalado no pudieran hacerlo en la siguiente fecha. Idéntico razonamiento empleamos para defender

⁶⁹ Como regla general, el art. 744 LECrim indica que "Abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión", admitiéndose conforme al precepto siguiente la posibilidad de suspender la sesiones cuando "las partes, por motivos independientes de su voluntad, no tuvieron preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos". Ahora bien, el art. 746, en el supuesto de suspensión consistente en la incomparecencia de los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes, otorga al Tribunal la facultad de acordar la continuación del juicio y la práctica de las demás pruebas; y después de que se hayan hechos, suspenderlo hasta que comparezcan los testigos ausentes.

la posibilidad de no repetir la prueba ejercitada en momento anterior al procesalmente fijado -como prueba anticipada- cuando desaparezca la situación de urgencia durante la celebración de las sesiones. Una vez practicada, hemos de entender que ha quedado celebrada una parte de juicio y, por tanto, no cabe su anulación por más que las causas que motivaron su adopción hubieran desaparecido al inicio de las sesiones. Fueron esas razones las que posibilitaron -y justificaron- la necesidad de su adelantamiento, pero ello no quiere decir que lo actuado hubiera tomado un carácter de provisionalidad que, a nuestro entender, únicamente supondría dilatar el procedimiento y nada nuevo aportaría cuando se practicó inicialmente conforme a todas las garantías legales y especialidades propias de cada prueba.

Sin embargo, podría contemplarse una excepción a lo expuesto, cual es el caso de que, habiendo desaparecido en el momento del juicio la causa que motivó el adelantamiento de la prueba, se necesite realizarse de nuevo con el propósito de dirigir al testigo preguntas diferentes o de interrogar al perito sobre aspectos distintos, por ejemplo, sin que ello conlleve la anulación de la prueba anteriormente realizada. Se trataría de una suerte de segunda parte del mismo acto, de un complemento. En esta tesitura, el juez contará con más material probatorio, debiendo valorar ambos resultados y apreciar si se han producido discordancias entre la primera y la segunda parte de la misma prueba.

No podemos buscar parangón con lo que sucede en el caso de la prueba preconstituida, al ser -en realidad- diligencias de investigación, de manera que si en el momento de calificar no se ha perdido la fuente probatoria, sí sería oportuno proponer la práctica del mismo acto para que, por un lado, adquiriera directamente carácter probatorio y, por otro, tenga lugar ante el órgano que finalmente va a enjuiciar.

CAPÍTULO TERCERO: DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA

I. DIFERENCIA ENTRE FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

1. Distinción conceptual

Cuando profundizamos en los posibles notas divergentes entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida llegamos a la conclusión de que la confusión reinante entre las dos figuras se ve favorecida, entre otras múltiples cuestiones, por la falta de distinción en nuestra norma procesal de dos conceptos básicos para el entendimiento de cada una de ellas, como son el de fuente de prueba y el de medio de prueba. Siendo conceptos de configuración meramente doctrinal, alcanzarán un importante valor en esta sede de cara a conocer qué es exactamente lo que se pretende proteger con cada una de las excepciones. De la misma manera, la distinción contribuye a fijar claramente la frontera entre las fases instructora y de enjuiciamiento en el proceso penal.

CARNELUTTI señaló 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". La mayoría de la doctrina acoge la propuesta de SENTÍS MELENDO, para quien la idea de fuente la podemos situar fuera del Derecho, gozando de una naturaleza ajurídica, o extrajurídica, que vivirá y existirá aunque no exista proceso; en sentido contrario, el medio sí nace en el proceso, es un concepto jurídico, que nace y se desarrolla en el seno de aquél⁷⁰.

En consecuencia, podemos decir que los medios de prueba son instrumentos a través de los que introducimos las fuentes de prueba en el proceso.

Para GUZMÁN FLUJA, la instrucción se convierte en la etapa procesal destinada a localizar las fuentes de prueba con el fin de introducirlas en el juicio oral mediante la

⁷⁰ Entre otras, HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, págs, 29 y 30, quien, de forma muy gráfica describe el mecanismo a través del que la fuente contiene información que aspira a ser introducida en el juicio, manifestando que primero han de buscarse las fuentes para, una vez obtenidas, incorporar su información al plenario a través de los medios probatorios. Así, el medio se convierte en vehículo para introducir la información de la fuente en el juicio.

actividad de las partes intervinientes (no olvidemos que el principio acusatorio inspira nuestro proceso penal) mediante la actividad de las partes y sólo de ellas, a través de un elemento vehicular: los medios de prueba⁷¹.

Conforme a lo expuesto, la instrucción tendrá entre sus misiones la de localizar fuentes probatorias que puedan contribuir a que el juez se convenza íntimamente sobre los hechos investigados. A lo largo de la fase investigadora se irá reuniendo todo el material (las fuentes de prueba) que pueda introducirse en el juicio oral a través de los medios previstos legalmente (los medios de prueba).

La LEC, de aplicación supletoria en materia penal, expone en su art. 299 cuáles son aquellos actos que se contemplan como medios de prueba que puede introducirse en juicio para aportar la información que contengan las fuentes.

Art. 299 LEC: “1º Interrogatorio de las partes. 2º Documentos públicos. 3º Documentos privados. 4º Dictamen de peritos. 5º Reconocimiento judicial. 6º Interrogatorio de testigos”, añadiendo 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”. Concluye señalando en su apartado tercero que cuando por cualquier otro medio se pudiera lograr certeza sobre hechos relevantes, el tribunal lo admitirá como prueba a instancia de parte, adoptando las medidas que se estimen necesarias.

La norma procesal civil alude, por tanto, a los mecanismos a través de los que se puede introducir en el proceso la fuente de prueba, el elemento que contiene la información relevante para el juicio. Incluso, se percibe, se aplica literalmente el término “medio” para aludir a dicho instrumento. Siguiendo a SENTÍS MELENDO, “la fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal”.

En el tipo de proceso ante el que nos encontramos, el penal, conviene dejar clara la diferencia entre fuente y medio de prueba, pues esta materia está conectada con los diferentes mecanismos de los que disponemos para asegurar la información que las fuentes de prueba ofrecen: las pruebas anticipada y preconstituida. Si bien en la

⁷¹ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal”, en *Prueba y Proceso Penal, Análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, (AA.VV.), Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, pág. 185

preconstitución no se practica una prueba en sí, sí se usan los medios pertinentes para obtener y conservar el contenido de la fuente de prueba en los casos en que no se pueda reproducir el medio probatorio en el acto del juicio oral.

En la anticipación también se pretende conservar la información encerrada en la fuente de prueba, pudiendo practicarse cuando existe riesgo de destrucción o inutilidad no sólo de la fuente, sino también del medio, como pudiera resultar en los casos de fallecimiento de testigo. En este sentido, para GIMENO SENDRA, la prueba preconstituida tiene como fin el aseguramiento de la fuente de prueba, recayendo sobre hechos irrepetibles, que no pueden tener entrada durante el acto del juicio oral a través de los medios de prueba ordinarios⁷², siendo conforme a su entender (y de un sector de la doctrina) un acto de aseguramiento propio de la fase instructora que debe practicarse por el Juez de instrucción, como sucede en los casos de los test de alcoholemia, las grabaciones de videovigilancia... Ahora bien, de nuevo, y como indica GUZMÁN FLUJA, en este punto tampoco encontramos una línea pacífica, de manera que se discute si en la preconstitución la imposibilidad recae sobre la reproducción del medio de prueba o de la fuente de prueba⁷³.

2. La fuente y el medio de prueba en las excepciones probatorias

Una vez dilucidado qué se entiende por medio de prueba y qué por fuente de prueba, el conocimiento de cuál de los dos conceptos va a ser protegido en la prueba anticipada y en la prueba preconstituida no resulta sencillo, ya que si bien parece obvio que en la prueba anticipada (conforme a nuestra visión) se puede proteger la fuente y/o el medio probatorio según en qué casos nos hallemos, en la prueba preconstituida se entenderá protegido el medio o la fuente de prueba en función del alcance que se conceda al concepto, como diligencias de investigación irreproducibles por su naturaleza (caso de la inspección ocular policial o prueba de detección de grado de alcohol) o diligencias que, por cumplir los principios procesales mínimos y con el fin de asegurar la información que el medio de prueba ofrece, se practica ante el órgano instructor.

Insistimos en que, conforme a nuestro parecer, la fase de investigación se orientará a

⁷² GIMENO SENDRA, Vicente, "La prueba preconstituida de la policía judicial", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pág. 38.

⁷³ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., "La anticipación y aseguramiento (...)", op. cit., págs. 199-200.

localizar y conservar las fuentes de prueba para que puedan aportarse a la fase de enjuiciamiento. La fuente de prueba se localiza y obtiene con todas las garantías procesales durante la fase de investigación, garantías que habrán de observarse igualmente para su conservación y para darle entrada en el proceso a través de los correspondientes medios de prueba⁷⁴. Posteriormente, serán practicados en el juicio oral conforme a los principios de inmediación, oralidad, publicidad, concentración y contradicción y pasarán a tener el valor de prueba de cargo en que fundamentar la condena (o la absolución). Los medios de prueba, por tanto, son la vía para la realización de la prueba en el juicio y buscan obtener la convicción del juzgador acerca de algún dato concreto.

Los actos de instrucción, por el contrario, no necesitan dar cobertura siempre a todos esos principios y su finalidad se entiende cumplida cuando obtienen la fuente de prueba⁷⁵.

Si aceptamos que el medio es el vehículo, entendido como la forma de introducción de la fuente probatoria en el proceso, el propio art. 730 LECrim sería también un medio probatorio, pues a través de la lectura en el acto de la vista se logra que la fuente de prueba que se preconstituyó durante el sumario adquiriera finalmente la naturaleza probatoria⁷⁶. A través del camino ofrecido por el precepto, que permite la lectura en el juicio oral de las diligencias sumariales, éstas se convierten en prueba⁷⁷. Pero el medio

⁷⁴ Vid. MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 378-382.

⁷⁵ Muy interesante la disertación realizada sobre este punto por Juan José DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*, Tesis Doctoral (Dir. CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús), Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, op. cit., pág. 56) quien, al tratar de las intervenciones corporales, advierte que “esto es lo que ocurre con las intervenciones corporales. En tanto que diligencias de investigación, una vez practicadas y obtenida la fuente de prueba que pueden ofrecer, su virtualidad como tales actos de instrucción está agotada. Habrá que custodiar el material obtenido, analizarlo en su caso y llevarlo, en su momento procesal, al juicio oral a través del oportuno medio de prueba, pero no “reproducir” dicha diligencia de investigación en el juicio oral; ni siquiera practicarla por primera vez como prueba anticipada antes del juicio oral. No tiene sentido. No es su momento ni su lugar. Su momento y su lugar es la fase de instrucción acorde con su naturaleza y su finalidad”.

⁷⁶ A este respecto, GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba (...)*, op. cit., pág. 339, para quien el art. 730 LECrim es “un sistema para introducir en el juicio oral una fuente de prueba preconstituida tal y como se registró en su momento al ser imposible traerla al juicio oral”; Víctor MORENO CATENA en *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 382.

⁷⁷ Así lo expone DÍAZ CABIALE, José A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pág. 194. Añade HERNÁNDEZ GIL, Francisco: “La prueba preconstituida”, op. cit., pág. 79, que “esta conversión sólo es posible si las

de prueba en que se convierte el art. 730 LECrim carece de interés en la prueba anticipada al no precisar de su uso para llegar a tener naturaleza probatoria.

II. DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA ANTICIPADA Y LA PRUEBA PRECONSTITUIDA.

1. La tradicional confusión de las figuras

Los conceptos de prueba anticipada y prueba preconstituida han sido tradicionalmente confundidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, incurriendo en múltiples y reiterados errores: se han utilizado en ocasiones ambos como sinónimos, se ha entendido que una institución engloba la otra e incluso se han utilizado los términos indistintamente con varios significados sin gran acierto⁷⁸.

Pese a que -conforme a los parámetros que estudiaremos- la diferencia entre las dos figuras parece evidente, lo cierto es que, como decimos, debido quizás al hecho de que ambas se efectúan antes de su momento naturalmente previsto y de que pretenden asegurar la prueba por la imposibilidad de su desarrollo en el juicio oral, se han venido equivocando las mismas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Dicho error ha originado cierto desconcierto en los operadores jurídicos, lo que conlleva el empleo equivocado de los términos o la utilización incorrecta de las instituciones en la práctica de los tribunales, llegando a solicitar en los respectivos escritos de calificación o de acusación o defensa como anticipadas pruebas que, en realidad, carecen de tal naturaleza o aludiendo en el curso de la vista a las pruebas preconstituidas con la genérica denominación de anticipadas. Desde estas líneas intentaremos ahondar en ambas con el propósito de ofrecer las características, similitudes y diferencias entre las dos, basándonos para ello en los fines, los requisitos, el momento en el que deben

diligencias son reproducidas en el juicio oral y se someten a contradicción, o cuando siendo de imposible o muy difícil reproducción, las diligencias se someten a contradicción en dicho acto. En tales casos, las diligencias sumariales o, en general, los actos de investigación se convierten en actos de prueba realizados en el proceso”.

⁷⁸ José ALMAGRO NOSETE en “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 47-48, prevenía del uso indistinto que del término se venía haciendo, empleando el término preconstituida en unas ocasiones como equivalente a anticipada y, en otras, como figura independiente. En relación a las pruebas preconstituidas, indicaba que, de acuerdo con su origen civil, “sólo la prueba documental, propuesta y practicada mediante su incorporación y comprobación de su autenticidad merece tal denominación, sin que quepa confundirlos con las pruebas documentadas (pericias, testificales, declaraciones del imputado...)”.

practicarse y el órgano que admite y practica las mismas, entre otras cuestiones.

El caos terminológico en el empleo de las dos instituciones es ya, pues, un clásico en la doctrina⁷⁹ y en la jurisprudencia, como sucede tantas otras veces en el Derecho con figuras de gran relevancia como éstas. Precisamente, el hecho de que no se haya seguido una línea constante por parte de casi ningún sector jurídico hace que, incluso quien acierta en su distinción o quien pone especial empeño en no incurrir en los mismos errores, los confunda involuntariamente en alguna ocasión.

2. Tratamiento doctrinal de las excepciones probatorias

Es evidente que la confusión parte de la propia denominación de las instituciones, porque si bien parece no haber discrepancias en cuanto al empleo del término prueba para la anticipada, no sucede lo mismo en relación con la preconstituida. Para IGLESIAS CANLE carece de sentido adjetivar el sustantivo “prueba” con el participio “preconstituida”, porque por la propia naturaleza de la prueba no cabría su preconstitución, aun cuando pueda plasmarse lo que se practicó a través de los distintos medios que la tecnología ofrece (fotos, videos, actas...). Pero ello, entiende, no puede equipararse a la preconstitución, como creación, de una fuente de prueba⁸⁰. Éste el motivo por el que cree que el término esconde un mecanismo a través del que -en el caso de que se aprecien ciertas dificultades en el cumplimiento de algunas salvaguardas en el acto probatorio- se sacrifican algunas de estas garantías con la intención de

⁷⁹ Pongamos por ejemplo a GIMENO SENDRA, en *Derecho procesal penal*, 3ª Ed., (con CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA), Colex, Madrid, 1999, pág. 87, quien señala la prueba sumarial anticipada como supuesto de prueba preconstituida. Rosa María ANGOSTO AGUDO también la define erróneamente: “Prueba anticipada sería la que se produce en el proceso, pero antes del juicio oral, en fase sumarial o, incluso, en aquella parte del atestado que es susceptible de contener informes, dictámenes y datos objetivos, siempre que se reproduzcan formalmente en el juicio”, en “La diligencia de entrada y registro como acto documentado. Su introducción en el juicio oral”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, T. IV, 1996, recuperado de laleydigital.es 22584/2001, pág. 7.

⁸⁰ IGLESIAS CANLE, Inés Celia, “La denominada “prueba pericial preconstituida”: La nueva redacción del art. 788.2 LECrim”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 605, 2003, pág.1.

En relación con la inadecuada denominación, DÍAZ CABIALE, José A., La admisión y práctica de la prueba (...), op. cit., pág. 43-45. Considera que el término preconstituida debe rechazarse, excepto en el supuesto del registro domiciliario ante la presencia judicial y con la asistencia del Secretario Judicial (hoy, Letrado de la Administración de Justicia), pues entiende que “se la está utilizando para justificar el valor probatorio de de determinadas actuaciones que no dejan de ser diligencias policiales o sumariales que carecen de garantías para ser consideradas como verdaderas pruebas y que, por tanto, no tiene sentido decir que no se pueden reproducir en el juicio oral, ya que nunca se las pudo considerar como tales”. Ídem, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria (...)*, op. cit., págs. 321-324.

asegurar la aplicación del *ius puniendi*⁸¹. PEDRAZ PENALVA pone también de relieve las dificultades de la aplicación del término “preconstituida” al proceso penal por su conexión con el documento, con la prueba legal y su formación previa al proceso⁸².

RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU y RICHARD GONZÁLEZ incluyen dentro de la categoría de prueba preconstituida las diligencias que resultarán imposibles o muy difíciles de reproducir en el juicio oral o que, aun pudiendo reproducirse, no lo harán en las mismas circunstancias, por lo que tendrán acceso al juicio oral a través de su lectura⁸³.

La absoluta parquedad legal (y ya obsolescencia, añada MARTÍN BRAÑAS) en la regulación de la institución contribuyó a que se difuminaran las líneas delimitadoras de la prueba adelantada en relación con otras figuras distintas. Los propios tribunales, como veremos, han dado buena muestra de un tratamiento irregular en el que no parecen tener claro las notas que marcan las desemejanzas entre ellas.

El concepto de prueba anticipada, tal y como recuerda HERNÁNDEZ GIL, procede del Derecho procesal civil, donde encontró perfecto encaje. Sólo permitía la anticipación testifical cuando existiera peligro inminente para la vida del testigo, proximidad de su ausencia de forma que resultaran muy difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo de entidad tal que exponga al demandante o al demandado a la pérdida de su derecho por no haberlo podido probar. Ahora bien, si la figura tenía perfecto encaje en el Derecho civil, no sucedió lo mismo al extrapolarla al Derecho penal, en que no se halló consenso en vía doctrinal ni jurisprudencial para conceptuarla, desarrollarla y distinguirla de figuras análogas.

A nuestro parecer, no existe aún una línea doctrinal segura y firme a la que seguir en su delimitación aceptando o acatando todas y cada una de las reflexiones que se arrojan sobre estos dos conceptos, dicho esto desde el más absoluto respeto y sin restar un ápice de reconocimiento a los esfuerzos llevados a cabo en su empeño. Con independencia de

⁸¹ IGLESIAS CANLE, Inés Celia, *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pág. 129.

⁸² PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida”, op. cit., págs. 49-51.

⁸³ RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Francisco; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: *El proceso penal práctico*, 6ª ed., Edit. La Ley, Madrid, 2009, pág. 1.494.

las críticas que vertamos sobre las posiciones(a nuestro juicio, incorrectas) no cabe duda de los esfuerzos realizados (más por la doctrina que por la jurisprudencia) a lo largo del tiempo con el propósito de colaborar a configurar una institución tan relevante como llena de lagunas legales. De ahí que el presente estudio trate de clarificar aspectos controvertidos referentes a la excepción probatoria y ofrecer posibles soluciones a las situaciones que, dada la escasez de normas sobre la materia, se encuentran huérfanas.

Donde curiosamente sí encontramos cierto consenso es en la idea -no compartida, por cierto- de que la prueba anticipada puede celebrarse tanto durante la fase de instrucción como una vez abierto el juicio oral⁸⁴. Y conforme a tal consideración se usan ambos términos sin saber muy bien a qué prueba realmente aluden, si a la anticipada o a la preconstituida. Y es que un importante sector dogmático se ha inclinado por diferenciar la prueba anticipada (entendiéndola como la realizada con anterioridad al acto del juicio oral, bien practicada en fase de instrucción bien en la fase intermedia) de la prueba preconstituida (incluyendo en este apartado la que no podrá reproducirse en el acto del juicio oral), atribuyendo así carácter de auténtica prueba (anticipada) a actuaciones practicadas en el seno de la instrucción, lo que, a nuestro juicio, resulta una división artificial y equivocada⁸⁵. Por ejemplo, a juicio de JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ DE GREGORIO, entre otros muchos, “Sólo tendrán el carácter de pruebas anticipadas las practicadas en la fase de instrucción judicial (no en la investigación policial o en la de investigación del Ministerio Fiscal) o en la intermedia, con todas las garantías de la prueba en el plenario y practicadas por el juez instructor (que las realiza pero no las

⁸⁴ Entre otros, ASENCIO MELLADO, José M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit, págs. 171 y ss, GUTIÉRREZ CARBONELL, Miguel, “Tratamiento procesal de la pericia médica en el procedimiento penal. Diligencias de instrucción y pruebas: preconstituidas, anticipadas y plenarias”, *Medicina Legal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 34; HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal (...)*, op. cit., pág. 83; DÍAZ CABIALE, José A., *La admisión y práctica de la prueba (...)*, op. cit., págs. 41-42. MIRANDA ESTRAMPES distingue, asimismo, entre una prueba anticipada sumarial (practicada durante la fase de investigación o sumario) y la prueba anticipada stricto sensu (practicada antes del inicio de las sesiones del juicio oral, pero una vez decretada su apertura) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Valor probatorio de las diligencias de instrucción, en *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal*, (Dir, NIEVA FENOLL, Jordi/BUJOSA VADELL, Lorenzo), Atelier, Barcelona, 2016, pág. 172.

⁸⁵ ARMENTA DEU se suma a esta división, para quien “La llamada “prueba anticipada” consiste esencialmente en la práctica de un medio de prueba en fase de instrucción, esto es, en un momento previo anterior al que le corresponde, frente a la fundada previsión de que no podrá realizarse en el marco de juicio oral (arts. 675. III, 777.2, 797.2, 350, 356, 467.II, 471 y 476, todos de la LECrim)”, mientras que la “prueba preconstituida” la configura como las diligencias practicadas durante la instrucción de imposible reproducción, no estando estos supuestos previstos legalmente, sino que surgen, específica, “por la propia naturaleza, efímera, de la fuente probatoria”. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, 9^a ed., Madrid, 2016, pág.278 y 279.

valora)”⁸⁶. La idea expresada por PÉREZ DE GREGORIO resume el sentir de un muy amplio sector teórico, para quien la verdadera diferencia reside entre la prueba anticipada en el sentido expuesto y la preconstituida como aquella cuya realización no puede reproducirse en el acto del juicio oral.

Para los seguidores de esta tendencia, existen modalidades delictivas (como pudieran ser los delitos contra el medio ambiente) en las que la prueba anticipada apenas tiene cabida; en estos tipos delictivos existen pruebas con escasa trascendencia, como la testifical, que rara vez se solicitarían y practicarían como anticipadas, mientras que las pruebas pericial y de inspección ocular (las fundamentales en este tipo de ilícitos penales) adquieren el carácter de prueba preconstituida a través de las actas de inspección ocular del lugar de los hechos, las actas de toma de muestras de aguas residuales o emisiones sólidas o gaseosas, los informes fotográficos realizados por la Policía Judicial, los informes sobre impacto ambiental... que forman parte de la investigación propulsada por el Juez instructor, la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal.

Conforme a este criterio, identifican una prueba anticipada general -la celebrada antes del plenario- en la que se encuadra la realizada durante la instrucción por su imposibilidad de reproducción durante la vista, tales como las situaciones de emergencia en las que se hallare un testigo y se pretenda “congelar” su declaración para no perder la información que pudiera ofrecer. Estas últimas las vienen a diferenciar de los actos plenamente investigativos o de instrucción efectuados tanto por la Policía Judicial como por el Ministerio Fiscal, pongamos por ejemplo las pruebas de detección de alcohol o las actas de inspección ocular levantadas por la Policía. En este caso no se practican pruebas, sino que se realizan diligencias que no pueden reproducirse en el momento del juicio oral.

Siguiendo esta idea, es habitual el empleo de una misma expresión “prueba anticipada” en referencia a dos situaciones distintas. Así, hablan de la “prueba anticipada en sentido propio” o la “prueba anticipada en sentido impropio”. El primer término alude a la que entendemos es la auténtica (y única) prueba anticipada, la que tiene lugar en un

⁸⁶ PÉREZ DE GREGORIO, José J., “La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente”, *Diario La Ley*, 1994, T. III, Editorial La Ley, recuperado de laleydigital.es, pag. 3, última visita el 31.8.16. Asimismo, se evidencia el empleo equivocado del término por el autor en las siguientes palabras: “Sin duda, el problema de la prueba anticipada (la practicada con anterioridad al acto del juicio oral, sea en la fase de instrucción o en la fase intermedia del proceso) y su frecuente confusión con la prueba preconstituida (aquella que no puede reproducirse en el acto del juicio oral) (...)”. *Ibíd*em, pág. 2.

momento previo a la celebración del acto de la vista pero una vez abierta la fase del juicio oral, siempre y cuando se prevea que no podrá realizarse en el transcurso de la misma. Por el contrario, la prueba anticipada “impropia” hace referencia, según la línea sostenida por este grupo dogmático, a la que nosotros configuramos como preconstituida. RIFÁ SOLER aplica esta doble distinción, afirmando que se entiende por prueba en sentido propio la que se practica ante el mismo tribunal y de acuerdo con las normas propias de la prueba, pero justo antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, mientras que la prueba anticipada en sentido impropio comprende las efectuadas ante el Juez de instrucción. La prueba preconstituida, en esta ocasión, abarcaría las diligencias sumariales de imposible repetición en la vista por su propia naturaleza⁸⁷. A nuestro parecer, esta distinción terminológica induce a error, otorgándole a la anticipada “impropia” una naturaleza que no le corresponde, al no ser una verdadera prueba.

Así, por ejemplo, para GIMENO SENDRA, nos hallamos ante prueba anticipada cuando se practica ante el Juez de instrucción bajo su intermediación y con el cumplimiento de todas las garantías, tratando de asegurar la prueba que sirviera para fundamentar la condena o absolución del acusado, entendiendo como prueba preconstituida los actos mediante los que se pretende la guarda o custodia de las fuentes de prueba. Define la prueba preconstituida como una prueba documental, que puede practicarse por el Juez de instrucción y su personal colaborador (Policía Judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, de modo que no podrán ser reproducidos en el acto del juicio oral mediante los medios de prueba ordinarios. Establece una clasificación de las distintas modalidades de prueba preconstituida en función de la autoridad que la practique:

a) Pruebas preconstituidas de las diligencias policiales de prevención (entre ellas, las inspecciones corporales), pruebas alcoholométricas (diligencias de determinación del grado de impregnación alcohólica).

b) Prueba preconstituida realizada por la policía judicial con control judicial (entre ellas, la gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de

⁸⁷ RIFÁ SOLER, José María, “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, en *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia objeto y límites*, Vol. I (Dir. Xavier ABEL LLUCH y Manuel RICHARD GONZÁLEZ), La Ley, Madrid, 2011, pág. 152.

ADN, la intervención de las comunicaciones telegráficas y telefónicas).

c) Prueba preconstituida del Juez de instrucción.

Conforme a tal planteamiento, la prueba anticipada (en el sentido defendido por GIMENO SENDRA) podía celebrarse en la fase sumarial o en la fase del juicio oral antes de iniciarse las sesiones del mismo. En ambos casos se considerará prueba anticipada (siendo una propia y la otra impropia). Y es que para este autor no existe inconveniente en entender que durante la instrucción puedan llevarse a efecto auténticas pruebas (practicadas por el Juez de instrucción o, de forma excepcional, por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal)⁸⁸. De hecho, atribuye al Juez de instrucción, en cuanto garante de la prueba, la posibilidad de practicar ambas excepciones: la prueba instructora anticipada cuando debe practicar la prueba y la prueba preconstituida cuando se limita a la guarda o custodia de la fuente de prueba. Idéntico planteamiento ofrece GUTIÉRREZ CARBONELL, para quien la anticipada se practica, a petición de las partes, en la fase de instrucción o en la plenaria, antes de la apertura de la fase probatoria, bajo los principios de inmediación y contradicción⁸⁹.

No compartimos tales apreciaciones. En primer lugar, si se efectúa durante la instrucción se considerará prueba preconstituida (siempre que se efectúe con respeto de ciertas garantías mínimas) y, si tiene lugar en la fase del juicio oral a presencia del órgano de valoración, constituirá una prueba anticipada en sentido estricto. Por otro lado, las actuaciones que para GIMENO SENDRA son pruebas preconstituidas, tampoco tendrían el carácter de prueba, sino de actos de investigación. Para nosotros, los actos de investigación efectuados en fase sumarial, con independencia de la relevancia que pudieran tener durante el desarrollo del juicio oral y el consiguiente peso para la decisión judicial, se convierten en prueba únicamente cuando entran en el juicio, sin poderse considerar *ex ante* pruebas de ningún tipo, ni aun preconstituidas, por efectuarse durante la instrucción⁹⁰.

⁸⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, segunda ed., Civitas, Navarra, 2015, págs. 439 y ss y mismo autor en *Manual de Derecho Procesal Penal*, op. cit., págs. 307 y ss.

⁸⁹ GUTIÉRREZ CARBONELL, Miguel, “Tratamiento procesal de la pericia médica en el procedimiento penal (...)”, op. cit., pág. 34.

⁹⁰ GIMENO SENDRA: *Derecho procesal penal*, op. cit., pág. 443, se posiciona en sentido opuesto, pues entiende que son verdaderos actos probatorios aun cuando se practiquen durante la instrucción ante el Juez de Instrucción e, incluso, de forma excepcional ante el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, como

JUANES PECES, por su parte, también entiende la prueba anticipada como la que se produce de forma precedente al juicio oral, pudiendo desarrollarse durante la fase de instrucción, destinada a garantizar tanto el principio de concentración de la vista como el fin de la plena investigación de los hechos⁹¹. Como vemos, vuelve a usar el término para definir más bien la prueba preconstituida que, aun cuando se practique antes del momento ordinario, no reviste la naturaleza, características ni requisitos de la prueba anticipada “pura”. En esta línea, sostiene que, en ocasiones, cuando un testigo manifieste durante la instrucción su imposibilidad de acudir al juicio oral por cualquiera de los motivos de los arts. 448 y 449 LECrim, la diligencia de investigación efectuada en fase de instrucción puede alcanzar el estatus de prueba anticipada. Pero, conforme a nuestro planteamiento, la diligencia así practicada podría ser una prueba preconstituida, pero nunca anticipada.

Nuevos ejemplos de empleo indistinto del término “anticipada” lo hallamos en las palabras de HERNÁNDEZ GIL, para quien la prueba anticipada se practica siempre en el seno del proceso con intervención del juez o tribunal, bien en la fase de instrucción o en la de juicio oral⁹².

Para HUERTAS MARTÍN, la denominación prueba preconstituida comprende tres grupos de actos:

- a) Los supuestos incardinables en la idea de prueba anticipada legalmente prevista y que suponen irrepitibilidad en el momento de su práctica.
- b) Los supuestos incluidos en el art. 730 LECrim y 714 LECrim, de irrepitibilidad sobrevenida, que ofrecen la posibilidad de que se lean en el acto del juicio oral las declaraciones sumariales siempre que se aprecien contradicciones con lo declarado durante la instrucción.

sucede en el supuesto de la prueba preconstituida. De acuerdo con esta tesis HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo (...)*, op. cit., págs. 81-83.

⁹¹ ASECIO MELLADO comparte que la prueba anticipada es la realizada con las mismas garantías observables durante el juicio oral pero realizada en fase sumarial o una vez abierta la etapa de juicio oral, y la limita a las declaraciones de testigos, coimputados y peritos. Acentúa que la diferencia con la preconstituida radica en que ésta, por su naturaleza material, no podría practicarse en el seno del plenario, pues o se produce en lugar de los hechos o necesita de aparatos técnicos. ASECIO MELLADO, José M^a, *Derecho Procesal Penal*, op.cit., pág.294.

⁹² HERNÁNDEZ GIL, Francisco y otros, Centro de Estudios Jurídicos, 1993, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 81.

c) Actos de investigación que no se encuadran en los supuestos legales de prueba anticipada aun cuando ya se supiera que resultan irreproducibles, incluso cuando se observaran en ellos todas las garantías legales y pudieran someterse a contradicción a través de su incorporación al juicio oral⁹³.

Sin embargo, ya decíamos que no toda la doctrina comparte esta visión. Para algunos autores como ORTELLS RAMOS existen diferencias entre una y otra, que se observan en las notas siguientes:

a) El concepto de prueba preconstituida es más amplio y distinto que el de la anticipada.

b) La preconstituida no precisa de la intervención del juez, así como tampoco que se constate formalmente la irreproducibilidad de la prueba, ni que se cumpla el contradictorio⁹⁴.

Si bien no podemos dejar de apreciar positivamente que diferencie los dos actos, no coincidimos en la imagen que ofrece de la prueba preconstituida, pues esta diligencia de investigación sí precisa de manera ineludible de la intervención del juez, así como del cumplimiento de una serie de requisitos mínimos para que sea válida.

3. Evolución jurisprudencial en el estudio de la prueba anticipada

La jurisprudencia ha ido dando tumbos en lo que a la conceptualización de la institución se refiere. Ha resultado habitual la utilización de forma confusa e, incluso, arbitraria, de los conceptos “prueba anticipada”, “prueba preconstituida”, “diligencia de investigación que accede al juicio oral mediante su lectura” y “acto de investigación para la obtención de fuentes probatorias”. Existen múltiples sentencias que ejemplifican lo aquí dicho.

Esta utilización indiscriminada y arbitraria se evidencia nítidamente en la STS de 2 de junio de 1999, donde se hace alusión a la “prueba anticipada” como acto probatorio previo al juicio oral, pero confundiéndola con otras figuras similares, que no iguales, como la prueba preconstituida, que alcanza valor probatorio a través de mecanismos distintos.

⁹³ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo (...)*, op. cit., pág. 83.

⁹⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional*. T. III. Proceso Penal, Valencia, 1997, pág. 329.

El Fundamento 7º de dicha resolución, extraordinariamente gráfico, afirmaba: “(...) Las pruebas anticipadas son aquéllas que, por una u otra razón, tienen lugar antes del plenario. Son pruebas anteriores y precedentes, que después, y en alguna manera, se hacen realidad en el juicio oral a virtud del principio de contradicción que obliga a que en esa vista oral, y ante los Jueces, las partes puedan defender las suyas y refutar las adversas, aunque fueren diligencias ya consumadas cuando la iniciación de la misma. Con lo cual dejan de ser anticipadas si de cualquier forma han de hacerse realidad en ese plenario.

Las pruebas anticipadas o preconstituídas son de distinta significación. Unas veces se trata de pruebas que necesariamente tienen lugar en un momento concreto, antes por supuesto del juicio final, tal es el caso del análisis de alcoholimetría o la prueba de reconocimiento en rueda, durante la fase instructora, pruebas en sí inidóneas para la vista oral.

Otras son diligencias que se documentan en las actuaciones, ya porque después no va a ser posible se desarrollen en el plenario (caso de los testigos que se encuentran en peligro de muerte o imposibilitados física o psíquicamente), ya porque inesperada o sorpresivamente no comparecieron en dicho juicio oral (diligencias éstas que, por distintas consideraciones, pueden haber tenido lugar en la instrucción o ya ante la Audiencia, tras la calificación provisional).

En estos casos, la validez de las pruebas depende: a) de que se hayan desarrollado correctamente desde el punto de vista constitucional; y b) que conforme a lo dispuesto en el artículo 730 de la Ley Procesal se proceda a su lectura o reproducción para facilitar la contradicción antes dicha.

Lo importante es que esta prueba anticipada esté revestida de todas las garantías necesarias para procurar el debido respeto a los derechos de la defensa, proporcionando al acusado la posibilidad de contradecir su contenido, asistiendo a su práctica personalmente o por medio de la debida representación legal (...).

No admitir la prueba preconstituída con las debidas garantías, señalan tales resoluciones, supondría hacer depender el ejercicio del “*ius puniendi*” del azar o de la malquerencia de las partes. Un sistema que pondere adecuadamente la necesidad de protección de bienes jurídicos esenciales, ha de estar en condiciones de asumir la seriedad de lo actuado anticipadamente por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo haya sido con pleno respeto a la norma. Si es así, pueden y deben incorporarse al conocimiento y consiguiente enjuiciamiento. Por eso las declaraciones de los testigos, vertidas con las debidas garantías a presencia de los Jueces y del Abogado, aparte del Fiscal, son pruebas preconstituídas, en realidad son anticipadas, que si las partes solicitan sean traídas a la vista oral definitiva para la lectura o reproducción, obtienen total validez a los efectos

probatorios. Al igual, en el supuesto de ahora, que respecto de la pericial también desarrollada anticipadamente (...)

Otro ejemplo evidente de la equivocación de concepto por parte del Alto Tribunal lo hallamos también en la STS de 7 de octubre de 1998.

Dicha resolución señala que “(...) La oralidad para exponer de viva voz las alegaciones de las partes, la publicidad para que sin secretismo alguno se conozcan los vericuetos por los que la tutela judicial efectiva se hace realidad y la inmediación para que el Tribunal de la instancia perciba por sus sentidos lo que ya otros ojos y oídos no van a ver ni oír, son pilares básicos a tener en cuenta respecto de la actividad probatoria que en el juicio oral tiene lugar, juicio en el cual también se acogen las pruebas de la instrucción, sean anticipadas, sean preconstituidas, sean de las que previene el artículo 730 de la Ley Procesal Penal. Lo importante es que se produzcan “*ab initio*” en el plenario o que, en el ámbito de lo acabado de decir, se reproduzcan las de la instrucción para ratificarse o para rectificarse, aunque siempre el Tribunal podrá escoger, en el supuesto de declaraciones contradictorias, la versión que más credibilidad les ofrezca (...)

En la STS de 7 de noviembre de 1997 se llama prueba erróneamente a la que no es y no deja claro si es anticipada o preconstituida, al referirse a que una diligencia de entrada y registro, que por su naturaleza es irreproducible en el acto del juicio oral, ofrece cierta similitud con la prueba anticipada o preconstituida, que podrá constituir prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia caso de observarse ciertas garantías. Idéntica confusión aparecerán en las SSTS de 29 de noviembre de 1996, 27 de octubre de 1999, etc.

En sede de jurisprudencia constitucional tampoco faltarán ejemplos de la confusión reinante. En el ATC 155/1999, de 14 de junio, se usa la expresión prueba preconstituida para designar toda diligencia que, realizada fuera del acto de la vista oral, alcanza valor probatorio.

En el Auto del TC 155/1999, de 14 de junio, igualmente, se refiere como prueba anticipada a una diligencia testifical, para llamarla posteriormente prueba preconstituida, cuando se trata de un acto investigador plasmado en su respectiva acta que tendrá acceso al juicio oral a través de su lectura, cobrando ahí fuerza probatoria.

“(...) Cuestión distinta es la validez probatoria que puede tener el acta que documenta las diligencias sumariales, en este caso las declaraciones, cuando falta la firma del Letrado de

la Administración de Justicia; en particular, si puede entenderse que constituyen prueba de cargo a los efectos de enervar la presunción de inocencia. Las declaraciones de los imputados en fase sumarial, ante el Juez de Instrucción, tendrían el carácter de prueba anticipada que, en cuanto tal, podrían constituir pruebas de cargo si son reproducidas en el juicio oral, sólo en caso de haberse realizado con respeto de los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como esenciales, entre ellos, la necesaria intervención en el acto del Secretario judicial. Por tanto, de ser cierta la falta de intervención del Secretario judicial, las declaraciones no podrían aportarse como prueba anticipada ni la relación de hechos probados que avalan las condenas podrían sustentarse en las mismas.

Ahora bien, en la medida en que no se trata en este caso de la falta de intervención sino de la omisión de la firma del Secretario judicial, cuyo carácter esencial no está determinado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en tanto en cuanto, no fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, no resulta obligado sostener que las declaraciones que constan en las actas no sean válidas como pruebas preconstituidas (...)⁹⁵.

La STS 605/2006, de 25 de mayo, le atribuye el sentido aquí promovido, mientras que otras, como la 196/2006, de 14 de febrero, llega a atribuirle la doble inteligencia que venimos criticando.

“Como señala la STS 1240/2000, de 11 de septiembre, la consideración de prueba anticipada presenta una doble inteligencia. De una parte, la contenida en el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento. De otra, los supuestos de prueba del sumario, que participa de una naturaleza preconstituida y a la que nos hemos referido esta Sala en nuestra Jurisprudencia y también recogida en la del Tribunal Constitucional abarcando los supuestos de prueba preconstituida, prueba del sumario o las excepciones del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en puridad no son una prueba anticipada pero han sido introducidas en su comprensión por la Jurisprudencia y así consideradas por los operadores jurídicos”.

El uso equivocado de ambos términos se aprecia también en el Auto del TC 241/2001, de 26 de julio:

“Por otro lado, y a mayor abundamiento, el demandante de amparo tuvo pleno conocimiento del contenido de esas declaraciones, pudiendo articular su defensa frente a las mismas y contradecirlas en el juicio oral, donde fueron leídas con arreglo a lo dispuesto en el art. 730 LECrim (SSTC 62/1985, 66/1989, 217/1989, 154/1990, 303/1993, 200/1996,

⁹⁵ La referida confusión se aprecia en las ya aludidas SSTC 3030/1993, de 25 de octubre; 323/1993, de 8 de noviembre; 36/1995, de 6 de febrero; 153/1997, de 24 de septiembre; 97/1999, de 31 de mayo, etc

40/1997, 41/1998; ATC 3427/1995; STEDH Caso Isgrò, de 19 de febrero de 1991). En efecto, el recurrente reconoce en su demanda de amparo que las declaraciones de la nacional brasileña depuestas en la Instrucción eran conocidas de todos los imputados, y se leyeron en el juicio oral, no limitándose el órgano judicial a darlas por reproducidas, por lo tanto tuvo la oportunidad la defensa del recurrente de oponerles prueba en contrario y someterlas a contradicción”.

Pese a que la jurisprudencia del TC contribuyó en gran parte a crear confusión entre las dos excepciones reconocidas a la prueba practicada en el plenario, es de justicia reconocerle los méritos de su regulación. A pesar de que no indicó claramente las formalidades exigibles para admitir la prueba anticipada en el sentido por nosotros defendido, sí lo hizo en relación con la prueba preconstituida, fijando en varias resoluciones (entre otras, STC 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero y 153/1997, de 29 de septiembre) las condiciones que los actos instructorios debían cumplir para conceder valor probatorio como prueba preconstituida:

a) Materiales: que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995, 51/1995).

b) Subjetivas: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba: el Juez de Instrucción (STC 303/1992). Todo ellos, indican entre otras las SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, sin perjuicio de que por razones de urgencia la policía judicial pueda efectuar diligencias de constancia, y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito.

c) Objetivas: debiendo garantizarse la contradicción, dándole a la defensa la posibilidad de que comparezca en la práctica de la prueba sumarial, para interrogar al testigo o preguntar al perito (STC 303/1993).

d) Formales: exigiéndose que el régimen de la práctica de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral y que su objeto sea introducido en el juicio mediante la “lectura del documentos”, que ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y 200/1996).

Vestigios de la tradicional mixtura prueba anticipada-prueba preconstituida

encontramos también por parte de la Fiscalía General del Estado, en cuya Circular 1/1989 se decía:“(...) las diligencias de investigación judicial no tienen finalidad probatoria -salvo las excepcionales que adopte la forma y requisitos de la prueba anticipada o preconstituida-, sino sólo la acumulación de fuentes de conocimiento de los medios de prueba disponibles (...)”⁹⁶.

En la actualidad, los tribunales siguen sin hacer una aplicación correcta de los conceptos analizados. Valga como ejemplo, lo dispuesto por la AP de Zaragoza, Sección 3ª, que en sentencia 316/15 volvía a diferenciar entre las pruebas practicadas durante el plenario o juicio oral y las pruebas anticipadas o preconstituidas celebradas en la fase de instrucción, obviando que la anticipada tiene lugar en la fase de juicio oral (aunque no propiamente en la vista) y las diligencias realizadas durante la instrucción no alcanza una cualidad probatoria. Asimismo, la AP de Valencia, Sección 2ª, en SAP 314/15 señala “apreciando personal y directamente las pruebas (ya sean de instrucción, las anticipadas, las preconstituidas o las del art. 730 de la Ley Procesal Penal)”, indicando de manera indirecta que las diligencias practicadas durante la instrucción pueden considerarse pruebas, y equiparando las excepciones aquí estudiadas.

De igual manera, la AP de La Coruña, Sección 2ª, en sentencia 603/15, afirmaba en su Fundamento Jurídico Cuarto: “Se cuestiona, asimismo, la prueba anticipada llevada a cabo. Debe hablarse de prueba anticipada cuando un determinado medio de prueba ha de practicarse con anterioridad al juicio oral, incluso en la fase de instrucción, porque es previsible que en dicho acto no se podrá practicar, pero sometiéndola en todo caso a las garantías propias de los actos de prueba, es decir, oralidad, contradicción, igualdad de las partes, defensa e inmediación, aun cuando esta última se dé respecto del juez instructor en lugar del juez o tribunal sentenciador cuando la prueba se practique antes de abrirse el juicio oral. Su finalidad es doble:

- a) Preservar el fin de la plena investigación de los hechos (verdad material).
- b) Garantizar el principio de concentración de la vista.

Para que la prueba anticipada sea admisible se requiere:

- a) Que se haya realizado en los términos que la ley establece y que sea previsible “en términos razonables” que dicha prueba no pueda practicarse en el juicio oral. Se trata pues de un juicio de valor a realizar por el órgano judicial competente en base a las

⁹⁶ Circular 1/1989 de la FGE, Cap. III, A, 1º.

circunstancias concurrentes, bien entendido que dicha prueba ha de interpretarse restrictivamente. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la dificultad en la realización de la prueba en el juicio oral no equivale a imposibilidad;

b) que reúna determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el juicio oral);

c) requisitos subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción o del juez enjuiciador;

d) requisitos objetivos: la posibilidad de contradicción. Efectivamente, la intervención de las partes es sustancialmente la misma que les corresponde en la práctica del medio de prueba dentro del juicio oral;

e) formales: la reproducción en el juicio oral. La LECrim no regula la forma mediante la cual la documentación de la prueba anticipada ha de introducirse en el juicio oral, si bien el principio de contradicción requiere como mínimo que las partes tomen conocimiento de la documentación. La oralidad y la publicidad exigen su lectura, en forma análoga con lo dispuesto en los arts. 703 y 730”.

Esta última resolución es un claro ejemplo de equivocación entre las excepciones que estamos analizando. Acierta al afirmar que prueba anticipada es la que se practica antes del juicio oral, siendo previsible que no pueda practicarse en el momento de la vista, y siendo imprescindible para que adquiera validez que se cumplan los requisitos subjetivos, objetivos y formales aludidos. Ahora bien, la extiende de manera errónea a las diligencias practicadas como preconstituidas en fase de instrucción ante el juez instructor pues, como dijimos, son actos efectuados con el propósito de salvaguardar la información que la fuente probatoria ofrece, pero no es en puridad una prueba.

Con los ejemplos analizados ponemos de relieve que no existe aún una línea clara y definida en torno a la configuración de la prueba anticipada, de manera que no podemos afirmar que las habituales confusiones por parte de los propios operadores jurídicos en cuanto al uso o contenido de aquélla sea una cuestión que pertenezca al pasado.

Nuestra posición es compartida por un (ciertamente minoritario) sector doctrinal, que defiende que el concepto de prueba anticipada debe circunscribirse a la que se lleva a cabo en el juicio oral, una vez abierta la fase de juicio oral pero con carácter previo a que comiencen las sesiones. Como acertadamente expone GUZMÁN FLUJA, ésta no es sólo la solución más correcta, es también la más respetuosa con los principios básicos

del enjuiciamiento penal y con las reglas de la prueba, ayudando, además, a evitar una errónea comparación o confusión con la prueba preconstituida. Confusión muy frecuente, como hemos tenido ocasión de comprobar⁹⁷.

En coincidencia con la línea que venimos trazando, GUZMÁN FLUJA estima que las notas caracterizadoras de la prueba anticipada, son las que siguen:

- a) Tiene lugar siempre ante el tribunal sentenciador;
- b) mantiene incólume el principio de inmediación;
- c) asisten todas las partes con plenitud de derechos, lo que -a su vez- garantiza el cumplimiento del principio de contradicción. Ello quedará salvaguardado siempre que sean citados debidamente.

Debe respetarse, además de las reglas propias de cada medio probatorio, los principios generales de publicidad y oralidad. Respecto de la publicidad, asegura que debe darse cumplimiento al principio de publicidad interno, sin encontrar *a priori* obstáculo alguno para dar cumplimiento a la publicidad externa.

- d) es una prueba generada completamente en el seno del juicio oral, aunque no sea dentro de la vista⁹⁸, pudiendo efectuarse en el tiempo intermedio entre la apertura del juicio oral y el inicio efectivo de sus sesiones⁹⁹.

4. La no consideración de actos de investigación como actos probatorios

Una vez dicho lo anterior, damos por tanto por sentado que los supuestos de inspección ocular del art. 333 LECrim, la prueba testifical del art. 448 LECrim y la prueba pericial prevista en el art. 467.II LECrim no son auténticas pruebas. Son tres diligencias practicadas durante la instrucción que no presentan tintes probatorios. De nuevo, hacemos nuestras las consideraciones de GUZMÁN FLUJA en tal sentido:

En primer lugar, son diligencias de investigación que contribuirán a la búsqueda,

⁹⁷ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal (...)”, op. cit., págs. 208 y 209.

⁹⁸ Ibidem, pág. 209.

⁹⁹ Ibidem, pág. 265.

obtención, recogida, aseguramiento y puesta a disposición para el juicio oral de toda la información relativa al hecho enjuiciado de que se disponga. Si la diligencia tiene cierta relevancia, puede llegar a constituir fuente de prueba y, en ciertos supuestos y con cumplimiento de los requisitos legales, adquirir la naturaleza de fuente de prueba preconstituida que, mediante su introducción en el acto del juicio a través de su lectura, adquiriría carta de naturaleza probatoria. Como prueba preconstituida se le permitirá al juez decisor tener un conocimiento lo más directo posible de una fuente de prueba que no ha podido llevarse directamente a la vista pero que se ha recogido de la forma más fidedigna posible.

En segundo lugar, es el juez que resolverá el procedimiento el único que puede valorar la prueba. Por tanto, no cabría practicar una prueba ante el juez que no va a valorar el caso. No se admite en un mismo proceso la valoración de una prueba por jueces de fases distintas, ya que iría claramente contra la división de fases propia del proceso español. De acuerdo con GUZMÁN FLUJA, en caso de admitirse estaríamos ante una “prueba” hecha por otro juez.

Por último, tanto la inspección ocular, como la prueba pericial y la testifical antes referidas, se llevarán a efecto ante el instructor, en presencia de las partes y de los letrados de la defensa. Esto no tiene más efecto que el considerar legalmente practicadas las diligencias y conferir la posibilidad de preconstituirla, al concurrir los requisitos de contradicción, publicidad (en un sentido genérico) y oralidad. Pero no puede irse más allá. Y ello porque falta uno de los principios ineludibles para otorgar a una diligencia el carácter de prueba: el principio de inmediación, pues el órgano que vela por la práctica legal de la prueba en ningún caso es el mismo que el que juzgará. El respeto al resto de principios, como decimos, es suficiente para que adquiera validez como prueba preconstituida.

Es más, el principio de contradicción no podría observarse en diligencias como la inspección ocular, pues, de practicarse en un estadio inicial del procedimiento, no podría conocerse siquiera contra quién se dirige el procedimiento, por lo que no se daría aviso al letrado que un futuro pudiera asumir la defensa de aquél que resultara inculcado. En sentido opuesto, al solicitarse la anticipación probatoria una vez concluida la fase de investigación o indagación, la determinación de los encartados permite la presencia de su defensor en la práctica de las pruebas, quedando

perfectamente salvado el respeto al principio de contradicción.

La STC de 25 de octubre de 1993, al estudiar los actos propios de la Policía Judicial, les privó de la facultad de realizar directamente actos de prueba, pero sí admitió que determinadas diligencias efectuadas por ellos (fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc.) podían adquirir el carácter de prueba preconstituida, cuando reflejaban “actos o elementos fácticos de la realidad externa”¹⁰⁰. De esta forma, si las diligencias que practican no constituyen prueba directa por realizarse obligatoriamente en el seno de la fase investigatoria nunca podrán practicarse como prueba anticipada, que se practica ya abierta la fase del juicio oral. Como mucho, alcanzarían la categoría de prueba preconstituida para asegurar elementos de la realidad externa que pudieran ser determinantes para fijar la comisión o no de determinado ilícito y la participación del investigado en él. Y ello pese a que un sector doctrinal, como explicamos antes, negaba su consideración como prueba preconstituida. La Policía Judicial, sin embargo, sí podrá constituir en sí misma un medio de prueba cuando se requiera su presencia en el juicio oral para deponer bien como testigo, bien como perito, en los supuestos en que hubiera intervenido en el procedimiento en tal calidad (imagínense los supuestos de análisis de ADN, análisis relativos a la pureza de la droga o incluso la prueba de inteligencia). En cuanto tales, cabrá la posibilidad de proponerlos de forma anticipada cuando, por diversos motivos, pueda peligrar su intervención en la vista.

Como se aprecia, hay un desconcierto generalizado en el estudio del término, sin que estén delimitadas de forma clara por la doctrina y jurisprudencia las características propias de la anticipación probatoria frente a otros conceptos de naturaleza análoga. Por ello, se hace imprescindible marcar las diferencias con otras figuras procesales afines (distintas a su vez de la prueba preconstituida) que alcanzan valor probatorio a través de

¹⁰⁰ La sentencia decía: “A la Policía Judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el artículo 126 de la Constitución Española es la averiguación del delito y descubrimiento del delincuente, esto es, la realización de actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría; ahora bien, junto a la facultad investigadora también le habilita el ordenamiento jurídico, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución Española, para asumir una función aseguradora del cuerpo del delito-artículos 282 y 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 4 y 8 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio (regulación de la Policía Judicial)-, así como para acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. En concreto, y a lo que tales actos de constancia se refiere, el Tribunal Constitucional ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados actos o elementos fácticos de la realidad externa”.

mecanismos distintos. A tal fin, seguiremos la estela marcada por MARTÍN BRAÑAS en torno a este punto:

Las diligencias de investigación, a diferencia de lo que sucede con la prueba anticipada, alcanzan valor probatorio cuando, una vez que se hayan practicado con observancia de las garantías procesales, se reproducen en el juicio oral en condiciones de inmediación, oralidad y publicidad, dando lugar asimismo al cumplimiento de la preceptiva contradicción entre las partes y sus representaciones técnicas¹⁰¹.

Los actos de investigación, por su propia naturaleza y finalidad, han de practicarse durante la instrucción, pues tienden a fijar tanto los hechos punibles, como los autores y participación de los mismos, lo que habrá de ser probado en la fase posterior. Durante su desarrollo han de respetarse en lo posible los principios de inmediación y contradicción, aun cuando al introducirse sus resultados en el juicio oral se sometan ya como prueba a todos los principios propios de la prueba. En los casos en que los actos investigatorios afecten a derechos fundamentales (caso de las intervenciones corporales), han de respetarse escrupulosamente las garantías procesales. La introducción de los resultados de tales actos en el juicio oral se producirá a través de la documental en que se plasmen los mismos y de la declaración de los agentes que participaran en su elaboración para ser sometidos a debate. Tales actos, como indica DUART ALBIOL, no podrán considerarse como pruebas, ni anticipadas, ni preconstituidas, aun cuando deban efectuarse -en la medida de lo posible- con respeto y con cumplimiento de las mismas garantías propias de la práctica de la prueba en el acto del juicio. Garantías procesales, dice el autor, que son iguales a las que se exigen en la práctica de todo acto probatorio, pero ello no debe llevar a la conclusión de que los actos de investigación deban ser tomados como actos de prueba¹⁰².

NIEVA FENOLL también niega valor probatorio a las diligencias efectuadas en fase investigatoria, siendo elementos que el órgano de enjuiciamiento tomará en consideración a la hora de valorar la prueba, pero no constituyen por sí mismas actos de prueba. El hecho de que durante la toma de declaración testifical -v.gr.- en fase

¹⁰¹ Ver, entre otras, las SSTC 25/1988, de 23 de febrero; 60/1988, de 8 de abril; 98/1990, de 20 de junio; 138/1992, de 13 de octubre; 76/1993, de 1 de marzo; 40/1997, de 27 de febrero, etc.

¹⁰² DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*, op. cit., pág. 57.

instructora el interrogatorio haya sido dirigido y presenciado por un juez distinto a aquél a quien va a resolver conlleva, inevitablemente, que la impresión del instructor quede recogida tanto en las preguntas formuladas o admitidas/rechazadas como en el testimonio plasmado; esta situación elimina la intermediación que la prueba exige, de ahí su rechazo a encuadrarlo en la categoría probatoria.¹⁰³

No podrían constituir prueba tampoco si tenemos en cuenta que, en la práctica forense, son excepcionales las situaciones en que durante la toma de declaración están presentes el juez instructor, el Fiscal, el Letrado de la Administración de Justicia para dar fe de cuanto allí se declare...al ser lo usual que los miembros de la oficina judicial sean los encargados de realizar las declaraciones en los procedimientos que no revistan complejidad.

Los informes periciales provenientes de organismos periciales emitidos durante la fase instructora también pueden alcanzar valor probatorio siempre que las partes no propongan su reproducción o ratificación en el acto de la vista por los autores y presten su consentimiento expreso o tácito para que logren la eficacia de la prueba. En caso contrario, para que puedan estimarse como prueba sobre la que los jueces pudieran fundar su convicción, deberían los peritos ser sometidos a contradicción o debería darse la oportunidad de hacer una contraprueba. La prueba preconstituida, de origen civil como la anticipada, alcanza valor probatorio cuando se introduce en el debate de la misma manera¹⁰⁴.

Hemos tenido ocasión de comprobar que, en ocasiones, la doctrina y la jurisprudencia usan equivocadamente el término “prueba preconstituida” para referirse a toda diligencia practicada previamente al juicio oral¹⁰⁵. Algún autor (valga como ejemplo, MARTÍN BRAÑAS) ha recordado la conveniencia de que no se use el término prueba preconstituida para hacer referencia a otros términos parecidos pero realmente distintos,

¹⁰³ NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2011, págs. 225 y 226.

¹⁰⁴ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op.cit., pág. 479 y 480.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, entre la doctrina, DELGADO MARTÍN, Joaquín, *El juicio de faltas: la prueba y otras cuestiones procesales*, Edit. Colex, Madrid, 1998, págs. 61 y 62.; HERNÁNDEZ GIL, Francisco, "La prueba preconstituida", en *La Prueba en el Proceso Penal*, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 80; GIMENO SENDRA, Vicente, en *Derecho procesal penal*, Edit. Colex, Madrid, 1997, (con MORENO CATENA, Víctor; y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín), pág. 96. Con relación a la jurisprudencia, basta mencionar las SSTC 80/1986, de 17 de junio; 150/1987, de 1 de octubre; 323/1993, de 8 de noviembre, entre otras.

como la prueba anticipada, la diligencia instructora que accede al juicio oral por vía del art. 730 y los informes técnicos oficiales, por encontrar diferencias entre todas estas figuras. Y es que alcanzan también valor probatorio mediante la lectura que permite el art. 730 LECrim ciertas diligencias practicadas durante la instrucción que, siendo imposible o muy difícil su reproducción en el juicio oral, se practicaron con respeto de todas las garantías exigidas para su celebración. MARTÍN BRAÑAS resalta la importancia de diferenciar este supuesto, en que la imposibilidad es imprevisible, sobrevenida, de la prueba anticipada llevada a cabo durante la instrucción que, de forma inicialmente irreproducible, no puede reproducirse en el acto del juicio¹⁰⁶.

Entendemos y compartimos la idea expuesta por MARTÍN BRAÑAS de la necesidad de marcar la diferencia de la prueba anticipada penal con figuras afines pero distintas en su configuración. Es por ello por lo que nos llama la atención que, siempre según nuestro juicio y expuesto a toda crítica, confunda él también la prueba anticipada con la prueba preconstituida. Y decimos esto porque señala la posibilidad de producción de una prueba anticipada en fase de instrucción cuando, según la línea que vamos marcando, sólo tendría ocasión una vez abierta la fase del juicio oral. Pues bien, para este autor cabe la opción de la práctica anticipada en la fase investigadora cuando la diligencia sea irreproducible, previéndose la irreproducibilidad desde el principio. Conforme a esta idea, defiende, será prueba anticipada la declaración testifical de un sujeto en peligro inminente de muerte cuando se tome por el Juzgado de instrucción conforme a lo dispuesto en el art. 448 LECrim. Desde este momento, entiende, la diligencia ya alcanza valor de prueba. Distinto sería, continúa, la declaración testifical tomada con carácter de instrucción y sin atender a las previsiones fijadas en el mentado precepto, a pesar, dice, de que si llega a fallecer con anterioridad al juicio oral, su declaración pueda entrar en el juicio a través de su lectura en los términos previstos en el art. 730 LECrim.

Siguiendo esta teoría, fija el autor los requisitos que entiende indispensables para que la diligencia practicada durante la instrucción alcance el valor de prueba. Recordemos nuestro desacuerdo con dicha consideración, estando más cerca esta figura de la prueba preconstituida que de la anticipada, por más que le adjudique *ab initio* la condición de prueba.

¹⁰⁶ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op.cit., págs. 479-487.

El autor se muestra inicialmente partidario de eliminar el término “preconstituida” del proceso penal para, finalmente, admitir su uso para describir los actos de investigación indirectos a través de los que se hallan fuentes de prueba que pueden introducirse en el juicio oral a través del medio probatorio respectivo. Y, por otro lado, hace un uso indebido por excesivamente amplio del concepto prueba anticipada, en el que engloba tanto la auténtica como la que accede al juicio a través de la vía del art. 730 LECrim y los informes periciales.

No obstante, ofrece un concepto de prueba anticipada que, aunque hace extensible de forma indebida a las diligencias sumariales, podemos acoger por lo acertado de sus palabras. Y ello porque considera prueba anticipada como diligencia que se insta por la partes y se acuerda por el juez con el propósito de que se convierta en elemento a tener en cuenta por el juzgador para formar su íntima convicción a la hora de dictar la resolución de fondo definitiva: la sentencia¹⁰⁷.

En conclusión, y atendiendo a todos los argumentos esgrimidos, no cabe duda de que la prueba anticipada, pese a desarrollarse en momento distinto al procesalmente idóneo, no deja de ser un acto probatorio, y no una diligencia de investigación.

Como vemos, nuestra interpretación de la prueba anticipada no queda huérfana de apoyo doctrinal pues, a las palabras de GUZMÁN FLUJA hemos de sumar las de GÓMEZ ORBANEJA, para quien el concepto debe restringirse a la prueba que pueda practicarse antes de las sesiones del juicio oral pero una vez abierta la fase de plenario, de nuevo con la intención de colaborar a la labor intelectual del juez a la hora de valorar lo realizado durante el juicio¹⁰⁸.

Ahora bien, aun habiendo dejado sentadas las diferencias básicas entre la prueba anticipada y la preconstituida, el hecho de que las diligencias efectuadas en la fase investigadora adquieran naturaleza probatoria en sede de juicio oral (siempre que se practiquen conforme a las garantías exigibles y con aplicación del art. 730 LECrim) justifica la conocida confusión que ha imperado en la doctrina y en la jurisprudencia durante tanto tiempo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba anticipada (...)”, op. cit., pág. 481-483.

¹⁰⁸ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, 10º Ed., Madrid, 1987, pág. 238.

¹⁰⁹ Abordan también las disimilitudes entre las dos excepciones probatorias IGLESIAS CANLE, Inés Celia, *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, op. cit., págs 128-133; LÓPEZ-

Algún sector dogmático ha criticado lo que para nosotros supone una máxima: que una de las principales desemejanzas entre ambas excepciones la constituye el momento en que tiene lugar y, por ende, el órgano ante la que se desarrolla (Juez de instrucción o Juez de lo penal), y ello por entender que la diferencia entre ambas salvedades se refiere a la finalidad que se persigue con cada una de ellas. Realmente no es la única distinción entre ambas figuras, pero no puede negársele una suprema importancia en el camino de la delimitación entre las dos, con independencia de que la finalidad de cada una también resulte determinante a la hora de distinguirlas.

Vistas las importantes y variadas disparidades, nos oponemos a las consideraciones de que la "prueba anticipada" constituye una única figura genérica que pueda celebrarse indistintamente en cualquier estadio del procedimiento y con independencia del juez, que se desmarca de los actos de preconstitución entendidos como diligencias sumariales de imposible repetición en el juicio oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica es única e irrepetible (sobre este punto, STS 96/2009, de 10 de marzo y 228/2012, de 8 de junio).

5. Elementos diferenciadores de la prueba anticipada y la prueba preconstituida

A nuestro parecer, la diferencia fundamental entre ambas excepciones radica en lo siguiente: la prueba preconstituida es la celebrada ante el propio juez instructor (durante la fase sumarial), mientras que la anticipada en el sentido estricto aquí sostenido es aquélla que se efectúa no ya ante el Juez de instrucción, sino ante el órgano de enjuiciamiento con carácter previo al inicio de las sesiones del juicio una vez decretada la apertura del juicio oral porque se prevea la imposibilidad de ejecutarla durante el acto de la vista. El esfuerzo por delimitar una y otra tiene como finalidad principal conocer en qué casos se debe exigir el cumplimiento de los requisitos básicos para la práctica de la prueba con más o menos rigor, pues en la prueba preconstituida nos encontramos ante una evidente quiebra, por ejemplo, del principio de inmediación. Tal quiebra se manifiesta en el hecho de que el órgano de decisión o valoración no tendrá un contacto directo e inmediato con la diligencia efectuada. La única relación con ella tiene lugar a través del soporte material en que quede recogido, con los inconvenientes derivados del

FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, "Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal", *Genética y Derecho. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36, 2001, págs. 133 y ss, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida", op. cit., págs. 49-56.

entorpecimiento en la percepción de lo actuado que este hecho provoca.

De manera sintética, podemos decir que los elementos diferenciadores entre la prueba anticipada y la preconstituida son los que siguen:

a) La prueba preconstituida se practicará ante el Juez de instrucción, mientras que la anticipada se realizará ante el órgano de enjuiciamiento, órgano unipersonal o colegiado sentenciador que presidirá las sesiones de la vista oral¹¹⁰.

Aunque el Ministerio Fiscal actúe bajo los principios de imparcialidad y legalidad, no deja de ser una parte procesal, por lo que se hará imprescindible en uno u otro caso la fiscalización de las garantías por la autoridad judicial;

b) La prueba preconstituida tiene lugar durante la fase de instrucción. En la anticipada, por el contrario, se celebra una vez abierto el juicio oral pero con carácter previo al inicio del juicio. Los tiempos en los que se enmarcan una y otra, por ende, son distintos. La auténtica anticipada hemos de situarla temporalmente en el espacio de tiempo comprendido entre el auto de apertura de juicio oral y el día en que tiene lugar la celebración de la primera sesión del juicio oral.

c) La prueba preconstituida pretende obtener y asegurar fuentes de prueba cuando se prevea que no podrá practicarse en el juicio oral (p.ej. un testigo que se presume que volverá a su país de origen de manera inminente). En la anticipada, hay motivos que impiden que la prueba se celebre el día del juicio oral por no estar la fuente de prueba disponible para ese momento, pero sí lo está en el momento de su solicitud (p.e. la declaración del testigo que adolezca de grave enfermedad que le sitúe en un peligro inminente de muerte). De hecho, el fundamento de la anticipada radica en la previsión de que sea imposible practicar un medio de prueba en el plenario (principalmente, la testifical)¹¹¹ o la intención de evitar la previsible suspensión del juicio para la práctica de dicho medio, conforme a los arts. 657 y 777.2 de la LECrim.

¹¹⁰ Esta nota es especialmente criticada por el sector dogmático que confunde la prueba anticipada con la preconstituida, pues afirman que la anticipada (en un sentido general) se practicará ante el juez de instrucción o ante el del juicio oral según el momento en que deba llevarse a cabo, sin darle a esta característica la trascendencia que verdaderamente tiene, pues colabora en la configuración de su naturaleza como auténtica prueba. Entre otros, ASENSIO MELLADO, José M^a, *Derecho Procesal Penal*, op.cit., pág. 295.

¹¹¹ RIFÁ SOLER, José M^a, “Actos de investigación, actos de instrucción (...)”, op. cit., pág. 155.

d) En la prueba anticipada se han de cumplir escrupulosamente los principios observables para la práctica de cualquier prueba; en la preconstituida, se sufre una merma clara el principio de inmediación al no estar presentes en su desarrollo aquél o aquellos jueces que asistirán a la vista y juzgarán conforme a las reglas de la sana crítica a partir de la convicción a que los elementos probatorios le dirijan.

Los partidarios de la existencia de una prueba anticipada sumarial mantienen que tal ruptura queda corregida en el instante en que se produce la valoración de la prueba, lo que lleva a cabo el órgano de enjuiciamiento, por lo que no habría en realidad obstáculo alguno. Discrepamos de dicha aseveración, en cuanto que la valoración que se efectúe por el decisor de un acto practicado ante otro órgano no puede pretenderse que sea equiparado a la realización en su presencia del acto de prueba, de manera que la inmediación no dejaría de ser, caso de que pudiera denominarse así, de segundo grado, al no tener lugar en su presencia el debate contradictorio.

e) Mientras que la prueba anticipada tiene condición de auténtica prueba, la preconstituida sólo alcanzará tal cualidad en el instante en que se incorpore al procedimiento mediante la lectura de la diligencia de prueba (art. 730 LECrim). Por el motivo expuesto, hasta que llegue el momento de su lectura, sería más apropiado denominarla diligencia de investigación, no prueba, pues será a partir de ese instante cuando pueda producir certeza en el juzgador sobre los puntos controvertidos y contribuir a fundamentar sus resoluciones.

Conforme a esta idea, si la prueba preconstituida no alcanza efectividad hasta que se introduzca en el acto del juicio oral (lo que propicia el cumplimiento del principio contradictorio) no es hasta este instante cuando debemos entender que adquiere el carácter de prueba, con lo que no podrá preconstituirse antes del juicio si no es hasta este momento cuando se muta su cualidad y se convierte en auténtico acto probatorio. Es por ello por lo que entendemos poco apropiado el término prueba preconstituida, desafortunado, en palabras de JAÉN VALLEJO¹¹². Por el contrario, la anticipada se genera en su plenitud durante la fase del juicio oral, aunque no tenga lugar dentro del propio acto de la vista.

¹¹² JAÉN VALLEJO, Manuel, “*Los principios de la prueba en el proceso penal español*”, recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf, pág.4.

Ésta es la base, afirma VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, por la que los actos de preconstitución probatoria no pueden por sí mismos desvirtuar el principio de presunción de inocencia, pues en ellos no se observaron las garantías propias de toda prueba (en especial, del principio de contradicción)¹¹³. La prueba preconstituida requiere de su lectura para que la diligencia pueda ser tenida como auténtico material probatorio, debiéndose instar a través del art. 730 LECrim que se practique la prueba en el juicio oral con observancia de los principios ya mentados de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción. De lo contrario, carecerán de virtualidad probatoria. El TS precisa que la lectura sólo se entiende requerida como medio de introducción del tema en el debate contradictorio característico del juicio oral, pudiendo introducirse por cualquier medio, bastando con que aparezca la cuestión efectivamente tratada en el juicio (STS de 27 de junio de 1990).

Podrá entenderse, por tanto, la prueba preconstituida como el resultado de una actividad investigadora que, en el seno del juicio oral y con cumplimiento de ciertos requisitos (enfocados principalmente hacia la contradicción y la inmediación) podrán adquirir valor probatorio, formando parte del acervo probatorio y contribuyendo a formar la íntima convicción del juez¹¹⁴.

MUÑOZ CUESTA, dentro de la idea de la preconstitución, llega a distinguir entre pruebas que se crearon al margen del proceso y que no forman parte de las actuaciones procesales propias del sumario de los actos que sí tienen cabida dentro de la instrucción y que, por su propia entidad, resultan irreproducibles o de reproducción muy compleja. En esta línea, incluye entre los primeros “los actos u objetos producidos al margen de la tramitación ordinaria del procedimiento penal, como documentos, grabaciones e incluso huellas del delito” y, entre los segundos, los actos de investigación que se llevan a cabo por el juez que, resultan de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral y que se enfocan a obtener la certeza de la comisión efectiva del delito, autoría y grado de culpabilidad de los autores. Considera a los segundos como los actos propios de la

¹¹³ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco 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, pág. 600.

¹¹⁴ Para Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ “no son sino el resultado documentado de una actividad investigadora, que bajo ciertas condiciones cumplirán en la fase plenaria una función equivalente a las que desempeñan los medios de prueba auténticos como elementos de convicción judicial”. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanc, pág. 137.

prueba preconstituida, que incluirían asimismo los denominados actos de “constancia” que se contienen en los atestados policiales, y reflejan datos de la realidad apreciados a través de la inspección ocular¹¹⁵.

f) En la prueba anticipada ambas partes, activa y pasiva, se encuentran perfectamente delimitadas y presentes (la inasistencia del acusado impediría la celebración de la actividad probatoria propia del juicio oral, salvo en los casos en que la pena solicitada no supere los dos años de prisión, según establece el art. 786.1 LECrim)¹¹⁶.

Por el contrario, en la prueba preconstituida aún no han quedado delimitadas perfectamente las posiciones procesales, pudiendo alterarse a lo largo de la instrucción a la vista del resultado de las actuaciones. De hecho, cuando se practica, por ejemplo, la inspección ocular (admitida en ocasiones por muchos como prueba preconstituida), suele ser frecuente que aún no se dirija el procedimiento contra nadie, por lo que la realización de la contradicción deviene imposible. Lo mismo sucede en la toma de declaración testifical preconstituida cuando no están presentes los letrados de algunos investigados porque en el momento de la realización de la prueba aún no se dirigía la acción contra ellos.

g) La prueba anticipada se interesa por la parte una vez se ha valorado todo el material indiciario de que se dispone en la instrucción y se han formulado los correspondientes escritos por las partes, mientras que en la preconstituida las partes aún desconocen qué elementos les serán más tarde verdaderamente útiles para crear la convicción del juez, lo que no se sabrá hasta que la instrucción no esté completamente concluida.

Ello no obsta a que los intervinientes conozcan durante la instrucción algún dato que se les presuma será relevante para el juicio oral y, por cualquier causa, se prevea que no

¹¹⁵ MUÑOZ CUESTA, Javier, “Proposición, admisión y práctica de la prueba en los procesos ordinarios. Prueba anticipada y preconstituida”, *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, núm. 1, 2003, pág. 77-78.

¹¹⁶ El art. 786.1 LECrim ordena de manera general la presencia del acusado y de su abogado defensor durante el desarrollo del juicio oral. No se olvida el legislador de los supuestos en que se dirige la acusación contra más de una persona y no acuden todos al acto del plenario. Faculta al órgano decidor a celebrar el juicio-óidas las partes para que viertan sus alegaciones- si alguno de los acusados hubiera dejado de comparecer sin acreditar causa legítima y siempre que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o persona designado al efecto (v. art. 775 LECrim). Ahora bien, esta celebración en ausencia únicamente será posible cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años. En caso contrario, procederá la suspensión.

Advierte el legislador que si quien incompareciera fuera el tercero responsable civil que estuviera citado en legal forma, no procederá la suspensión.

estará disponible para el momento de la apertura del mismo. En estas ocasiones, no se trata de practicar la prueba ante el Juez de instrucción con el fin de no perder la fuente de prueba sino, de alguna manera, de asegurar la información que ofrece para lograr que el órgano de enjuiciamiento tenga conocimiento de ella. El mecanismo oportuno para esto será la celebración de la prueba preconstituida, con la intervención de las partes procesales durante su desarrollo que garantice la posibilidad de un enfrentamiento dialéctico entre ellas y su introducción posterior en el acto del juicio oral, donde podrá de nuevo someterse a contradicción. Pese a la indudable importancia de dicho acto de aseguramiento, no constituye en sí una prueba.

Hemos visto la forma en que un grupo doctrinal defiende como supuestos de prueba preconstituida las actuaciones irrepetibles contenidas en los atestados, como sucede, por ejemplo, con la recogida del cuerpo del delito, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la comprobación o determinación del grado de alcohol ingerido. Todas estas diligencias tienen en común la imposibilidad de reproducción en el plenario en las mismas circunstancias en que se efectuaron. Por ello, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida que deberán introducirse en el acto del juicio como prueba documental para posibilitar su contradicción efectiva por las partes¹¹⁷.

BARONA VILAR emplea el instituto de la prueba anticipada para referirse a los supuestos establecidos en los arts. 448 y 449 (prueba testifical); 467(prueba pericial) y 333 y 336 LECrim (inspección ocular y cuerpo del delito), hipótesis que únicamente podrían englobarse en el concepto de prueba preconstituida al no tener lugar durante la fase de juicio oral. En este sentido, se advierte que la autora distingue entre las dos instituciones en base a criterios de irreproducibilidad, alejándose de nuestra postura. De esta manera, puntualiza que la diferencia entre ambas radica en la muy difícil reproducción o incluso en su imposibilidad, aludiendo a diligencias investigatorias típicas¹¹⁸.

En cualquier caso, y haciendo nuestra una reflexión de GUZMÁN FLUJA, hay que

¹¹⁷ STC 303/1993, de 25 de octubre (D. GIMENO SENDRA).

¹¹⁸ BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional*, T. III, op. cit., pág. 388.

negar la existencia de la mal llamada prueba anticipada sumarial¹¹⁹. En la fase sumarial, la fase de instrucción, no hay nada que probar. Por el contrario, explica este autor, la prueba anticipada es el resultado de una auténtica actividad probatoria. Las partes que la practican y ante las que se practican y la forma de hacerlo son idénticas a las que encontramos en el instante natural de desarrollo, el juicio oral. De esta manera, no hay duda de quiénes serán las partes que la practiquen, estando no sólo fijadas sino también presentes (recordar en este punto que no podrá practicarse en ausencia del acusado, a salvo los supuestos de celebración en ausencia y especialidades en tal materia que serán desarrollados posteriormente) y su práctica será presidida por el juez o tribunal que dictará la pertinente sentencia, es decir, el mismo que presidirá las distintas sesiones del juicio.

Es muy importante no perder de vista, en línea con lo reseñado por GUZMÁN FLUJA, que cuando las partes solicitan la práctica anticipada de la prueba ya ha concluido la fase de instrucción, por lo que cuentan con el material suficiente como para distinguir cuáles son las pruebas que serán fundamentales para crear la convicción en el juzgador. Éste es el único momento en que pueden valorarse suficientemente los actos imprescindibles para formular, en un primer momento, sus respectivos escritos de acusación y defensa y para probar, posteriormente, sus pretensiones ante el juez. Manejando todos los datos recopilados a lo largo de la instrucción pueden delimitarse los actos ineludibles de los innecesarios o superfluos¹²⁰. Por el contrario, en la fase sumarial, las partes pueden ir apreciando qué tipo de información, de acto, de dato, van a serles útil para un futuro, pudiendo solicitar del Juez de instrucción la preconstitución probatoria en su caso para asegurar determinada información que se prevea que no podrá reproducirse en juicio¹²¹. Los intervinientes podrán ponderar durante la

¹¹⁹ En este sentido también se pronuncia Juan José DUART ALBIOL, para quien, por definición, la prueba anticipada sólo tiene cabida una vez concluida la fase de instrucción y con carácter previo al comienzo de las sesiones del juicio oral, practicándose pues ante el tribunal sentenciador. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*, op. cit., pág. 55.

¹²⁰ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal”, en *Prueba y Proceso Penal, Análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (AA.VV), Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, pág. 210.

¹²¹ Aquí no se trataría de anticipar la práctica probatoria, sino de asegurar que la información ofrecida por cierto dato, elemento o hecho llegue al juzgador de la forma más “pura” posible, de manera que pueda conocerlo de primera mano y valorarlo oportunamente. Sobre tales hechos o informaciones se practicará el principio de contradicción que exige el derecho de defensa, a través de su participación y examen directo durante la instrucción y el sometimiento a nueva contradicción en el momento de su introducción en el juicio oral a través de su lectura.

investigación la importancia de los datos que se van obteniendo, pero hasta que no concluya la instrucción y puedan valorarlos en su conjunto no sabrán si serán fundamentales a los fines antes expuestos.

Como hemos visto, no faltan autores, entre los que se encuentra ALEMAÑ CANO, que se posicionan claramente en contra de la terminología “prueba preconstituida”, por entenderla “erróneamente construida”¹²². Y defiende dicha postura alegando que para alcanzar la naturaleza de prueba las partes o el órgano judicial deben llevar a cabo una actividad procesal: aprehender de la fuente lo necesario para vincular las afirmaciones de hecho con los hechos que se van a declarar probados. Dicha actividad procesal se realiza usando el “medio” adecuado para lograr el “resultado” buscado. Por ello, asume los conceptos “prueba” y “preconstituida” como antitéticos, pues toda fuente se halla preconstituida, pero para ser prueba debe realizarse la actividad procesal descrita. De acuerdo con esta idea, si es preconstituida, no puede ser prueba.¹²³

De lo expresado podríamos deducir que únicamente la que constituye en puridad prueba anticipada (la practicada una vez abierta la fase de juicio oral pero con carácter previo a que tengan lugar sus sesiones) es una auténtica actividad probatoria. En virtud de esta consideración, la erróneamente denominada por un sector doctrinal y jurisprudencial "prueba sumarial anticipada" no puede adquirir tal naturaleza. No puede concluirse lo contrario si tenemos en cuenta que, de apreciar que el órgano de instrucción puede practicar pruebas en toda su extensión, se le privaría al órgano de enjuiciamiento de la facultad absoluta de control que tiene (y debe tener) sobre la práctica probatoria. Sería tanto como atribuirle al juez instructor el poder de determinar si un determinado medio de prueba es útil, pertinente y necesario para conformar la convicción de un juzgador diferente, así como las facultades de admisibilidad o rechazo de las pruebas planteadas por las partes.

En el proceso penal español, tal y como está diseñado, los órganos de investigación y los de enjuiciamiento están claramente diferenciados, así como sus funciones. Entre las facultades de los órganos decisores se encuentra, lógicamente, la de decidir qué medios

¹²² La STS de 3 de diciembre de 1993 afirma que es una “terminología que aclara menos de lo que confunde”.

¹²³ ALEMAÑ CANO, Jaime, "La prueba de testigos (...)", op.cit., pág. 125.

de prueba de los que pretenden valerse las partes son o no admitidos por los motivos señalados (utilidad, pertinencia y necesidad); y decimos "lógicamente" porque privarles de la posibilidad de inadmitir una diligencia sumarial con carácter probatorio admitida por un órgano distinto sería tanto como obligarles a valorar como prueba datos o informaciones que ellos pueden considerar impertinentes o innecesarias, pero sobre los que estarían obligados a pronunciarse si contaran con fuerza probatoria. Esto sería peligroso de cara a sostener el respeto por las funciones legalmente atribuidas a uno y otro órgano, y difícil encaje tendría entre los principios generales del proceso penal.

De hecho, si entendiéramos que la prueba anticipada sumarial es viable, no sólo privaríamos al órgano de enjuiciamiento de la posibilidad de inadmitir la prueba en su caso, sino que, en sentido inverso, también estaríamos despojando al órgano instructor de la posibilidad de decidir (en sentencia, se entiende) en relación a un asunto respecto del que, sin embargo, se le ofrece gran poder de disposición.

Por todo lo expuesto, sostenemos que la concepción aquí defendida de la prueba anticipada concuerda de manera más natural con los principios básicos del procedimiento penal y con las reglas de la prueba, confiriendo carácter probatorio únicamente a aquello que verdaderamente lo es. Además, contribuye a diferenciar la institución de otras que, si bien pueden presentar con ella ciertas analogías, desde luego no constituyen la misma figura.

6. Análisis de la posible aplicación del art. 730 LECrim en la prueba anticipada

En otro orden de cosas, se plantea por algunos autores la necesidad de que la prueba anticipada precise de su introducción en el acto del juicio oral a través de la vía del art. 730 LECrim, encontrando nada más que ventajas a dicha opción. A través de ella, introduciendo el resultado probatorio en el acto del plenario, aducen, quedaría salvada la inmediación en los casos en los que la anticipación probatoria tuviera lugar únicamente ante el ponente¹²⁴.

¹²⁴ La línea teórica que tiende a confundir las dos excepciones no plantea la introducción de la prueba anticipada a través de la vía que ofrece el art.730 LECrim como una opción, sino como un efecto natural para que tenga validez como prueba, al no tener como suficientes el acta o las grabaciones videográficas que recogieron el resultado del acto. Para ello, deberá entrar en el juicio a instancia de parte o incluso de oficio por el tribunal. Entre otros, ASECIO MELLADO, José M^a, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 295 y GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 311, quien afirma que no cabrá en las excepciones probatorias la fórmula de dar "por reproducida" la prueba practicada como anticipada o como preconstituida.

Entre las ventajas de esta opción, qué duda cabe, se halla el hecho de que el resto de componentes del tribunal perciba el resultado de la prueba sin intermediarios, facilitando la observación directa de los datos que aquel resultado arroja para hacerlos objeto de valoración racional explícita¹²⁵.

Sin embargo, no compartimos esta posibilidad, pues convierte el acto de prueba realizado de forma previa en un acto probatorio de segunda categoría, en cuanto precisa de su incorporación al juicio, al modo de lo que sucedía con la prueba preconstituida.

Incluso podríamos poner en entredicho la alegación de que de esta forma su realización se acerca más a los efectos propios del principio de inmediación, pues el mero hecho de que acceda a la vista a través de distintos mecanismos de reproducción de la imagen y el sonido supone una barrera a la percepción directa por el tribunal, logrando a lo sumo una inmediación de segundo grado. No debe ignorarse que los mecanismos de grabación y de reproducción de la imagen y del sonido que se empleen condicionan la valoración de la prueba. Y es que, como decía Mc LUHAN, el medio empleado para transmitir un mensaje influye significativamente en el contenido de la comunicación¹²⁶.

¹²⁵ Este concepto de inmediación es el sostenido por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Teoría/Práctica de la Jurisdicción. Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)*, págs. 59-61, recuperado de <https://es.scribd.com/document/357216113/ANDRES-IBANEZ-Sobre-El-Valor-de-Inmediacion>. Última visita el 8/12/17.

¹²⁶ LANCE STRATE, *El medio y el mensaje de McLuhan*, recuperado de http://www.infoamerica.org/icr/n07_08/strate. Mc LUHAN, M., *The médium is the message: an inventory of effects*. Nueva York, 1962

CAPÍTULO CUARTO: REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

I. LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA NORMATIVA PROCESAL

Una de las circunstancias que, sin lugar a dudas, ha contribuido a enmarañar el significado de la excepción probatoria de la prueba anticipada y ha dificultado la determinación de las diferencias que presenta en relación con la prueba preconstituida ha sido la parca regulación que existe en el derecho español en relación con la misma. De hecho, no sólo se echa en falta un régimen de mínimos, sino una ordenación detallada que abarque los variados matices con los que la figura cuenta y los múltiples problemas que surgen en el momento de la aplicación, al estilo de la regulación italiana.

Siendo su valor el de una auténtica prueba y constituyendo ésta a su vez el soporte sobre el que el juzgador debe fundamentar la resolución absolutoria/condenatoria, no alcanzamos a comprender la ignorancia de la institución en la normativa procesal. Y es que, pese a su potencial relevancia en el seno del proceso penal, la institución carece de una auténtica reglamentación legal, lo que nos obliga a efectuar una labor deductiva, infiriendo del conjunto de la normativa procesal penal, de la jurisprudencia y de los comentarios doctrinales relativos a ella, así como de la normativa de otros países, los principios rectores que guíen su funcionamiento y el marco en que ha de desenvolverse.

De lo expuesto, se deduce que la gran confusión en torno al mentado elemento del plenario procede, precisamente, de la casi orfandad normativa de aquél, unida a la excepcionalidad de la concesión de fuerza probatoria a actuaciones no realizadas durante el juicio oral. Por ello, como bien advierte MARTÍN BRAÑAS, hemos de tener bien presente, por un lado, que la prueba anticipada no puede confundirse con otras figuras que, aun siendo análogas, no son idénticas y, por otro, que la regulación de la prueba anticipada no está exenta de complejidad¹²⁷.

En este punto, se hace preciso efectuar un análisis crítico relativo a la regulación normativa de la prueba anticipada:

a) Como hemos anticipado, se trata de una figura que cuenta con un muy limitado tratamiento legal. Son muy escasos los artículos dedicados a la LECrim, prácticamente

¹²⁷ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada en el Proceso Penal", op.cit., pág. 475.

reducidos a los arts. 657 III, 781.1 apartado tercero y 784.2 LECrim, lo que obliga a una constante remisión a la regulación probatoria general y a la normas relativas a la fase instructora.

b) Dado que la prueba anticipada puede practicarse tanto en el proceso ordinario (art. 657 III) como en el abreviado (781.1 apartado tercero y 784.2 LECrim), habrá de adaptarse la normativa general a cada uno de los procesos. Idéntica- si no mayor- dificultad encontraremos a la hora de aplicarla en relación con el proceso ante el Tribunal del Jurado (arts. 24, 29.1º y 37 d) LOTJ), cuyas peculiaridades abordaremos posteriormente.

En Italia, como vimos, se le ha otorgado a la figura la posición de relevancia que le corresponde, especialmente a raíz de la promulgación del nuevo código de justicia penal de 1988, de corte acusatorio, que incluye una regulación completa y sistemática de la "prueba anticipada". Dada la gran importancia que figura presenta en el país vecino y siendo un referente en esta materia de cara a futuras reformas procesales, resultará interesante comparar ambas regulaciones.

Tanto la prueba anticipada como la preconstituida fueron instituciones heredadas de la jurisdicción civil¹²⁸, siendo más profusa la regulación en aquella sede. Sin embargo, la adaptación de una figura procedente del ámbito civil al penal no se realizó automáticamente, pues ni los fines ni los principios inspiradores coinciden. Para ello, se requería, al menos, de normas puente que permitieran buscar mecanismos de aplicación en una jurisdicción basada en principios y normas dispares. Pues bien, lejos de prestar la atención que la figura merecía en el ámbito penal y de construir el marco en el que asentarla, el legislador le dedicó preceptos aislados y manifiestamente insuficientes, quién sabe si con el propósito de que fuera la jurisprudencia la que, como otras tantas veces, viniera a colmar las lagunas en su regulación.

Se aprecia, por todo lo expuesto, la necesidad de una regulación al estilo de la civil (y tomando también como referente la italiana) que unifique las normas relativas a la anticipación probatoria, de manera que quede establecido de manera más sintética y didáctica los trámites relativos a su proposición, admisión y práctica. De lo contrario,

¹²⁸ Para Ángel JUANES PECES la razón de la imprecisión en la regulación de las excepciones está en el hecho de que las dos excepciones provienen del proceso civil y se les ha pretendido encajar en el Derecho Penal, *El proceso penal*, recuperado de www.tirant.com on line, última visita el 7.8.16.

continuará el caos actual y la remisión continua a normas de carácter general que no prevén las peculiaridades que el desarrollo previo supone.

En el ámbito del orden jurisdiccional civil, inicialmente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba la figura en los artículos 293 y 295, pertenecientes a la Sección 4ª del Capítulo V del Título I del Libro II. El legislador tuvo oportunidad de apreciar la insuficiencia normativa y lo compensó con creces en la actual ley procesal civil, dedicando una sección a la prueba anticipada y estableciendo de forma más o menos pormenorizada el procedimiento a seguir.

En otros órdenes jurisdiccionales, como el laboral, la práctica anticipada de la prueba también ha encontrado encaje en su normativa. Así, la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL) fija en los arts. 76.2 y 78 la posibilidad de la práctica anticipada de cualquier prueba.

Volviendo al ámbito penal, para comprender el alcance de la excepción hemos de analizar la previsión del art. 741 LECrim: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio (...) dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

El artículo viene a fijar la idea con la que comenzábamos el presente trabajo: se considera prueba únicamente a la practicada en el acto del juicio. Ahora bien, cuando la Ley habla de “prueba practicada en el acto del juicio” podemos entender que abarca tanto la realizada materialmente en su seno como las practicadas una vez abierta la fase de juicio oral pero fuera del acto de la vista en los casos legalmente previstos (esto es, en los casos de prueba anticipada) o, incluso, las actuaciones que se realizan en fase de instrucción y se incorporan a través de su lectura (supuesto de prueba preconstituida), convirtiéndose en prueba.

La LECrim otorga a las partes la posibilidad de que se lleven a efecto tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado. En principio, el precepto que concede a las partes la opción de solicitarlas es el art. 657, que permite una prueba practicada antes del juicio, ante el juez, en condiciones que permitan la contradicción, cuando se tema que no podrá practicarse en juicio oral o que motivará su suspensión.

Art. 657 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”. El art. 657 apartado tercero determina la forma de solicitarla, al facultar a las partes para que, cuando elaboren sus correspondientes escritos de conclusiones provisionales insten a que se practiquen “desde luego, aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar en el acto del Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión”.

En el procedimiento abreviado, el art. 781.1 apartado tercero habilita a la acusación a pedir la práctica anticipada de pruebas que no puedan desarrollarse durante el juicio oral¹²⁹. Idéntica posibilidad se otorga a la defensa, como no puede ser de otra manera, en el art. 784.2 del mismo Cuerpo Legal¹³⁰. Y decimos que no puede entenderse de otra forma porque, en un sistema tan garantista como el que tenemos en que se consagra la igualdad de armas como uno de los pilares de nuestro sistema procesal, sería impensable que se diera la posibilidad a una sola de las partes de solicitar la práctica anticipada de alguna prueba cuando fuera previsible su no realización durante las sesiones de la vista.

Como iremos desglosando a lo largo del presente capítulo- a pesar de que no existe previsión sobre ello- hemos de entender que, al tratarse, en cualquier caso, de una prueba, todas las categorías de ésta que puedan practicarse en un momento anterior a la celebración de la vista habrán de acogerse a las reglas propias de cada una de ellas, con sujeción obligada a los principios procesales básicos de todo acto probatorio: publicidad, contradicción, oralidad e inmediación. De la misma manera, al igual que el órgano de enjuiciamiento será el encargado de recibir los escritos de acusación y defensa y valorar qué actuaciones probatorias se admiten por útiles y pertinentes, le corresponde disponer de todo lo necesario para que puedan llevarse a efecto, incluyendo, claro está, las pruebas anticipadas que sean admitidas¹³¹.

¹²⁹ En el escrito de acusación podrán las partes interesar la práctica anticipada de las pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, así como la adopción, modificación o suspensión de las medidas a que se refieren los artículos 763, 764 y 765, o cualesquiera otras que se entiendan oportunas o se hubieren adoptado, así como que se cancelen las adoptadas frente a personas contra las que no se dirija acusación (Art. 781.1 apartado tercero LECrim).

¹³⁰ El art. 784.2 LECrim concede al letrado de la defensa la posibilidad de solicitar en su escrito de defensa correlativo al de la acusación no sólo la citación por el juzgado de peritos o testigos, sino también que se recabe la remisión de documentos, así como la práctica anticipada de la prueba si lo considera indispensable. De esta manera, se garantiza la igualdad de armas en la propuesta de toda prueba, incluida la excepción probatoria.

¹³¹ Tan pronto como las actuaciones se hallen en poder del órgano de enjuiciamiento, el Juez o Tribunal valorará la procedencia de la práctica de las pruebas propuestas y las in/admitirá a través de auto. Asimismo, ex art. 785.1 LECrim, dispondrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada propuesta que considere útil, pertinente y suficientemente justificada.

Pues bien, al margen de lo expuesto, poco más encontraremos en nuestros textos legales acerca de la regulación de la prueba anticipada (al margen de alguna peculiaridad propia de los supuestos concretos que posteriormente analizaremos). Por ello, para profundizar en sus principios, su valor o su fin hemos de acudir inexorablemente a la configuración jurisprudencial y doctrinal pues, como vemos, la ley se limita a reseñar el presupuesto indispensable para su admisión judicial, cual es la imposibilidad de su práctica en el acto del juicio oral o la previsión de su suspensión.

No obstante la previsión del art. 657 LECrim y de preceptos reguladores dispersos en el articulado(arts. 448 y 476 en relación con el 467.2, 449...), la ausencia de una exhaustiva regulación legal de esta excepción probatoria tiene su más fiel reflejo en la falta de un criterio sólido ofrecido por la jurisprudencia, quien no sólo ha modificado a lo largo del tiempo la definición de la figura, sino que ha ido dando respuestas puntuales a los múltiples problemas que su aplicación plantea, dificultando así la creación de una doctrina sistematizada. Sin embargo hemos de precisar que tanto la jurisprudencia como la mal llamada “jurisprudencia menor” han tenido ocasión de pronunciarse en no pocas ocasiones sobre ella. Pero, al no seguir un criterio unívoco y no abordar este tipo de pruebas desde una perspectiva más global, no ha sido suficiente para configurar sus límites, procedimiento y notas esenciales de forma sistematizada y, sobre todo, útil, a los operadores jurídicos que acudan a ella para profundizar en la institución.

II. LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA JURISPRUDENCIA

1. La jurisprudencia del TS

La evolución de la figura tanto en la jurisprudencia del TS como del TC ha sido paulatina y no coincidente entre las dos en muchos extremos. El Alto Tribunal, pese a mantener una línea oscilante en su configuración, inicialmente acogió los matices expuestos por GIMENO SENDRA para, en los últimos tiempos, virar el rumbo y establecer una distinción más acorde con nuestro criterio. Así, en un primer estadio, el TS no admitía la idea de que se pudiera celebrar una auténtica prueba con carácter previo a la vista. De hecho, resulta contradictorio que, aun cuando le adjudicaba la terminología de prueba anticipada afirmaba que “las pruebas anticipadas son aquellas que, por una u otra razón, tienen lugar antes del plenario. Son pruebas anteriores y precedentes que, después, y en alguna manera, se hacen realidad en el juicio oral a

virtud del principio de contradicción que obliga a que en esa vista oral, y ante los jueces, las partes puedan defender las suyas y refutar las adversas, aunque fueren diligencias ya consumadas cuando la iniciación de la misma. Con lo cual dejan de ser anticipadas si de cualquier forma han de hacerse realidad en ese plenario” (STS 281/1993, de 12 de febrero, Sr. De Vega Ruiz). De lo expuesto, se extrae inexorablemente que se le denomina prueba anticipada cuando, en puridad, alude a la prueba preconstituida, pues indica que se practican antes del plenario pero únicamente tiene valor probatorio cuando se somete a la contradicción en el juicio oral a través de su introducción. Sin embargo, como ya vimos, la prueba preconstituida no es ni una auténtica prueba ni comparte naturaleza y fines con la anticipada.

Empero, pese a que podamos criticar el uso ambiguo que la mentada resolución hace del término, no podemos obviar que la misma cuestiona que el término empleado (anticipada) sea pertinente, pues, como afirma, si una prueba practicada con anterioridad se ha de exponer de nuevo en el juicio oral para someterla a contradicción, y es en precisamente en el plenario donde se hacen valer las pruebas, deja de tener sentido atribuirles el carácter de anticipada o precedente. Precisamente por lo generalizado de la confusión entre ambos institutos la distinción entre ambos opera como una de las líneas maestras del presente estudio; la necesidad de diferenciar la prueba adelantada de las diligencias practicadas durante la instrucción o investigación que se introducen en el juicio a través de la inexorable lectura del soporte documental en que se encuentre, eliminando así las confusas expresiones prueba anticipada en sentido propio o en sentido impropio, por cuanto prueba anticipada sólo hay una. Por ello, indicábamos que, durante la primera fase, el TS no contribuyó a realizar una correcta delimitación del término.

Muchos años transcurrieron hasta que estableció una clara diferencia entre las excepciones al art. 741 LECrim. En sentencias como la 204/2000, de 16 de febrero, aún usaba indistintamente ambas expresiones, hablando de prueba anticipada en relación con pruebas que podían practicarse de forma anticipada ante el juez instructor, pudiéndose reproducir en el acto del juicio oral cuando se hubieran respetado los principios de contradicción e inmediación, confundiéndola de nuevo con la preconstitución probatoria.

La STS 56/2003, de 27 de enero resulta relevante en cuanto trató de llevar a cabo (aun

sin éxito) la distinción entre las dos instituciones. En esta ocasión, al menos, empleó los términos de manera diferenciada, observando la intención de separarlas, aunque no se acertara en la denominación de prueba anticipada para referirse a las diligencias realizadas durante la investigación. A nuestro juicio, cuando se refiere a prueba preconstituida debería decir diligencias instructoras y, por el contrario, emplea la denominación anticipada para aludir a la que realmente sería una prueba preconstituida.

Afirmaba dicha resolución: “La cuestión, por tanto, se reduce a valorar si la prueba preconstituida o anticipada, tiene virtualidad suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales, que requieren la existencia de una prueba de cargo válidamente obtenida, como base insustituible de una sentencia condenatoria. En primer lugar, estimamos conveniente establecer una distinción entre lo que es prueba preconstituida y lo que constituye prueba anticipada. Prueba preconstituida es aquella de imposible reproducción en el acto del juicio oral, ya que, por sus características (autopsia, análisis de laboratorio, inspección ocular en el momento del delito, levantamiento del cadáver), no es factible proceder a su reproducción íntegra en el momento del juicio oral y sólo a través del interrogatorio de los peritos o de su lectura, puede ser considerada por el órgano juzgador. Por el contrario, la prueba anticipada es aquella que se realiza en el momento de la investigación, revestida de todas las garantías y formalidades, por estimar racionalmente el instructor, que va a ser difícil su práctica en el momento del juicio oral (fundamentalmente declaraciones de testigos enfermos, cuya evolución es complicada, o de aquellas personas que por su falta de arraigo se considera que va a ser imposible localizarlas para prestar testimonio en el plenario, por su condición de extranjeras o presumirse difícil su localización”.

En sentencias posteriores, el TS siguió sin mostrar uniformidad en el tratamiento del acto probatorio anticipado, atribuyéndole en ocasiones el sentido aquí expuesto y confundiéndola en tantas otras con la mal llamada prueba anticipada sumarial. En la STS 605/2006, de 25 de mayo, por ejemplo, admite que la prueba pericial propuesta en el escrito de acusación debía practicarse con carácter previo a las sesiones del juicio oral. Siguiendo esta estela, las STS 254/2006, de 1 de marzo de 2006 y 378/2006, de 31 de marzo, entre otras, contemplan como prueba anticipada las peticiones en los escritos de calificaciones provisionales o de acusación o defensa de la realización anticipada relativa al examen pericial forense del acusado para demostrar que concurre la circunstancia atenuante de drogadicción en aquél, especialmente en los delitos de robo con violencia e intimidación. En sentido claramente opuesto, el propio TS, en STS

520/2006, de 10 de mayo, reconoce como prueba anticipada el informe pericial escrito que consta en las actuaciones.

2. La jurisprudencia del TC

El TC, por su parte, equiparó a lo largo de muchos años las dos salvedades reconocidas al art. 741 LECrim, refiriéndose a ellas como si de una única figura se tratase. Valga como ejemplo la STC 303/1993, de 25 de octubre, que iguala a lo largo del texto los conceptos, llegando a afirmar que la excepción al principio de celebración de la prueba en el acto del juicio oral la conforman la que denomina “prueba sumarial preconstituida y anticipada”. Tras apuntar que la actividad probatoria debía sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con respeto a los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, exceptúa de esta regla general “los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECrim), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado—cfr. arts. 448.1. y 333.1.) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730)”.

En la STC 103/1995, al tratar de las exigencias del principio de presunción de inocencia en el orden penal, ya venía a decir que “(...) Y entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi* con otros efectos añadidos. En tal sentido hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu al menos cuatro exigencias: 1ª) la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabolica de los hechos negativos; 2ª) sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral con la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3ª) de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; 4ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de

razonar el resultado de dicha valoración. Son palabras de nuestra STC 76/1990, que recoge la 138/1991”, para continuar hablando de las dos figuras equiparándolas indebidamente como si fueran una sola al afirmar ”De esta manera, la prueba preconstituida o anticipada poseerá virtualidad para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando se hayan practicado con observancia de las garantías establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal y hayan sido incorporadas al juicio oral mediante su lectura, de tal manera que permita a la defensa del acusado someterlas a contradicción, no bastando con la utilización de simples fórmulas de estilo como “dar por reproducidas”.

De lo expuesto, se observa cómo la doctrina constitucional en un primer estadio no deslindó correctamente las dos excepciones a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral, pues señalaba los requisitos que debían concurrir para que la que denominaba (erróneamente) “prueba sumarial preconstituida y anticipada”¹³² formara parte del acervo probatorio que contribuyera a formar el convencimiento judicial. Si bien los requisitos que establece parecen más bien dirigidos a la prueba preconstituida (v.gr., en la STS 303/1993 emplea una denominación que induce a confusión, pero, del conjunto del texto se deduce que está aludiendo a la prueba preconstituida), algunas de sus exigencias se ajustan a la auténtica prueba anticipada, actuando como presupuestos necesarios para que, correctamente desarrollados, puedan fundamentar una sentencia de condena. Desgranamos los requisitos que la aludida sentencia del Alto Tribunal Constitucional núm. 303/1993, establecía para que la (mal denominada) prueba sumarial preconstituida o anticipada pudiera fundamentar la sentencia de condena en ella:

- a) Materiales: su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral.
- b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de instrucción.
- c) Objetivos: la posibilidad de contradicción, para lo que se debe proveer de abogado al imputado.
- d) Formales: la introducción al juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730 LECrim.

¹³² Como ejemplo del mal uso indistinto del TC en torno a ambos conceptos, destacamos la temprana STC 201/89, que entendía que cuando las actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, resulta lícito traerlas a éste como prueba anticipada o preconstituida, siempre que se respetara el principio de contradicción.

Como se observa, el contenido de los presupuestos expuestos nos aleja ineludiblemente de nuestro concepto de prueba anticipada, pues, en primer lugar, ésta no se solicita y practica ante la imposibilidad de su reproducción durante la vista, sino ante la previsión de la imposibilidad o dificultad extrema de su práctica en el juicio oral, así como ante la previsión de suspensión de éste; en segundo lugar, no tiene lugar ante el Juez de instrucción, sino, como venimos reiterando, ante el órgano de enjuiciamiento y, por último, no se requiere su introducción en el seno de la vista para tomar virtualidad probatoria, ya que conforma el conjunto de pruebas ya realizadas relativa al asunto de que se trate. Pese a que la formulación que se efectúa la juzgamos errónea, hemos de admitir que sentó las bases sobre la que, con posterioridad, delimitaría con mayor precisión las dos excepciones, siendo el elenco de exigencias para la prueba sumarial preconstituida y anticipada el germen de la determinación de los requisitos que más adelante efectúa.

Lógicamente, la escasa (y, añadimos, deficiente) regulación legal relativa a la presente institución, condujo a la doctrina y a la jurisprudencia a tratar de responder las múltiples incógnitas que en la práctica forense surgen a la hora de ponerla en práctica. Por ejemplo, qué sucede en el supuesto de que se fije la fecha para juicio, se inicien las sesiones y se suspendan las mismas por cualquiera de las causas legales o, iniciadas, queden interrumpidas, emplazando a las partes para nueva fecha de celebración. Si, en este punto, hubiera presente algún testigo que se presume que no podrá comparecer en la nueva fecha, ¿se le puede tomar declaración testifical en este momento? ¿Su declaración tendrá valor probatorio? ¿Qué requisitos deben observarse para ello? Las SSTs 166/2006, de 22 de febrero y 957/2006, de 5 de octubre¹³³ abordan tal circunstancia, entendiéndola que puede considerarse como un supuesto de prueba anticipada si todas las partes están conformes.

En otras ocasiones, como sucedía con la STS 196/2006, de 14 de febrero, lejos de contribuir a la delimitación de la figura la propia jurisprudencia contribuye a oscurecerla, configurándola con un doble significado (como prueba realmente anticipada y como prueba sumarial anticipada), reconociendo lo erróneo del planteamiento pero sin mostrar intención alguna de esclarecer el conflicto.

¹³³ Precisa la sentencia que no debe confundirse la prueba anticipada así practicada con prueba celebrada en el inicio del plenario, como prueba “ordinaria” celebrada en el momento procesalmente oportuno.

III. CRÍTICA A LA PARCA REGULACIÓN

De lo expuesto se colige que, pese a ser la prueba anticipada una institución que no ha merecido el debido interés por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, tiene cabida en el ámbito del orden jurisdiccional penal en todo tipo de procesos, lo que le hace merecedora de una mayor atención por parte del legislador que contribuya, cuando menos, a evitar el desconcierto existente que propicia -en no pocas ocasiones- dificultades en su desarrollo práctico. Por ello, no deja de ser sorprendente el discreto lugar en el que el legislador penal ha situado a la figura, pues la compleja regulación que contiene la Ley de todos los medios probatorios podrán devenir ineficaces si no se realiza un engranaje adecuado para su práctica efectiva y, en ocasiones, si no se arbitran mecanismos para efectuarla de forma anticipada, pues el mero paso del tiempo podría impedir que se efectuase. Es por ello por lo que, desde estas líneas, intentaremos ofrecer vías de actuación y soluciones a posibles inconvenientes que se planteen en el desarrollo de la anticipación probatoria con el fin de proteger el derecho de defensa de las partes y de ofrecer medios que contribuyan a la búsqueda de la verdad. Y es que una correcta regulación de la excepción tendría una importante y directa influencia en el derecho a la prueba contemplado de manera genérica en el art. 24.2 CE.

A la vista, por tanto, de la escasez reguladora de la figura, nos centraremos en la elaboración de un análisis del régimen jurídico y funcionamiento práctico de la prueba anticipada, con los beneficios que supone para el funcionamiento ordinario del proceso penal y afrontando las críticas que determinados aspectos de su práctica pueden suscitar.

Al contrario de lo que sucede en el Derecho español, la regulación de la figura en el Derecho italiano sí recibe mayor atención. Frente a la más que limitada previsión legal existente en la ley procesal relativa a la posibilidad de solicitar y practicar la prueba anticipada, el art. 467 CPP, de manera explícita, se refiere a las "actuaciones urgentes" (que, decíamos, equivalía a nuestra prueba anticipada)¹³⁴.

¹³⁴ Art. 467 CPP: "1. En los casos previstos por el artículo 392, el presidente del Tribunal o de la Corte de Asises podrá autorizar, a solicitud de parte, la práctica anticipada de pruebas no aplazables, observando las formas previstas para el juicio oral.

2. Del día, hora y lugar establecidos para la realización del acto, se dará aviso con veinticuatro horas de antelación, al Ministerio Público, a la persona ofendida por el delito y a los defensores.

3. Las actas correspondientes a las actuaciones realizadas se insertarán en el fascículo del juicio oral".

Con un solo artículo, el legislador italiano ha dado forma a la institución, indicando los supuestos en que puede producirse (los previstos en el Art. 392) el procedimiento a observar, los comparecientes y la documentación de los actos, mucho más de lo atendido en el tercer párrafo del art. 657 LECrim.

Se remite a los supuestos previstos en el art. 392 con relación al incidente probatorio pero, lógicamente, le son de aplicación reglas competenciales y trámites distintos. De esta forma, como analizaremos al término del presente estudio, el “incidente probatorio” y el “acto urgente” italianos comparten fundamento, presupuestos e incluso los supuestos típicos y reglados propios del primero.

IV. PROPUESTAS PARA UNA FUTURA REGULACIÓN

1. Proyectos legislativos para la modernización de la LECrim

La LECrim, dada su antigüedad, ha quedado desfasada, obsoleta en numerosos aspectos, uno de ellos de tanto calado en el seno del procedimiento penal como es la materia probatoria. Tal y como hemos ido comentando, no sólo la regulación general de la prueba era digna de una remodelación legislativa, en concreto, la prueba anticipada requería ser contemplada desde una perspectiva más amplia, precisa y clara que la hiciera salir de la nebulosa en la que tradicionalmente se ha encontrado. Lo mismo sucede con la prueba preconstituida, al no estar siquiera recogido el término en la ley procesal, resultando el régimen aplicable ambiguo y poco definido, lo que ha propiciado la incursión en numerosos errores, la confusión de ambas instituciones y, en definitiva, una falta de seguridad jurídica en los operadores del Derecho en torno a cómo, cuándo y con qué efectos podrá emplearse una u otra. Precisamente, era tal la inconcreción, que la doctrina y la jurisprudencia acabó colmando la laguna existente con sus propias interpretaciones.

La generalizada petición tanto de los operadores jurídicos como de la doctrina de que se sustituyera la norma legal por otra más moderna ha sido una constante en el tiempo, desembocando en varios intentos infructuosos de renovación de la normativa procesal. En tiempos más recientes, se han trabajado dos propuestas que, aunque no llegaron a aprobarse, merecen la pena ser comentadas por su interés. Una la constituye el Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011 y la otra el borrador de Código

Penal Procesal Penal de 2013. Ninguno de los dos llegó a buen puerto, pero en ambos encontramos aspectos relevantes y dignos de ser tenidos en cuenta.

A. Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011

La necesidad de abordar de una vez por todas una reforma integral de la materia penal era evidente pues- como ya se indicaba en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2011- la evolución legislativa de los últimos años se ha llevado a cabo de manera descoordinada y poco integradora: “El modelo procesal inicialmente previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 es hoy difícilmente reconocible después de sesenta y seis modificaciones, cuarenta y tres de ellas posteriores a la entrada en vigor de la Constitución en 1978”.

Con estos antecedentes, se hacía absolutamente ineludible afrontar un proyecto más ambicioso, lo que se hizo en los dos textos que analizaremos a continuación.

A nuestro entender, uno de los grandes aciertos del Anteproyecto de 2011 radicaba en la indisimulada tendencia a separar nítidamente las dos grandes fases del proceso: la instrucción y el juicio oral. Tal y como hemos estudiado, el aumento de diligencias efectuadas durante la fase de instrucción como prueba preconstituida con intervención del juez de investigación y con cumplimiento del principio de contradicción, había desembocado en la praxis en la consideración de aquéllas como auténticas pruebas, pese a que la auténtica prueba tendrá lugar únicamente ante el órgano de enjuiciamiento. Los actos practicados durante la instrucción podrán tener otra naturaleza, pero no pueden ser tomados como pruebas al no tener lugar en fase de juicio oral frente al tribunal decisor. Lo contrario supondría hacer peligrar los principios básicos de la prueba y entender que el acto probatorio se extiende a lo largo de todo el proceso.

El Anteproyecto para un nuevo proceso penal de 2011 fue elaborado siendo Ministro de Justicia Francisco Caamaño Domínguez. Pese a los muchos aciertos de su regulación, a su envergadura, a la introducción de un nuevo modelo completo y elaborado de proceso penal, no tuvo feliz desenlace al producirse el adelanto de las elecciones generales. Eso sí, se convirtió en la semilla para el siguiente gran proyecto de modificación, el borrador de Código Penal Procesal de 2013.

Para el Anteproyecto se contó con un equipo técnico formado por Juan José López

Ortega, Vicente Guzmán Fluja, Pedro Crespo Barquero, Ignacio Sánchez Yllera, Ignacio Rodríguez Fernández, Ángel Núñez Sánchez, Lorena Álvarez Taboada, Fernando Benítez Pérez-Fajardo y Amaya Arnáiz Serrano.

El Título IV llevaba por título “El régimen general de la prueba en el proceso penal”, y en él se incardinaba el Capítulo II denominado “Las reglas generales sobre la práctica de la prueba en el proceso penal”, abarcando los arts. 133 a 136.

El Libro VI se denominaba “Del juicio oral”, tratándose precisamente en el art. 136 el que, en relación con la anticipación probatoria, establecía que “Sólo se procederá al aseguramiento de la fuente de prueba y a la práctica de prueba anticipada en los supuestos, en la forma y con los efectos expresamente establecidos en esta ley”.

Su desarrollo tenía lugar en el Título I y, dentro del mismo, destinaba el Capítulo II al señalamiento del juicio y la práctica anticipada de la prueba.

Así, el art. 551 abordaba el planteamiento de la prueba anticipada en los siguientes términos:

“1. En cualquier momento previo a la fecha señalada para el inicio de las sesiones del juicio oral las partes personadas podrán solicitar la práctica anticipada de una prueba en los supuestos previstos en las letras a), b) y d) del artículo 504 de esta ley.

2. El incidente que a estos efectos se abra se sustanciará conforme a lo dispuesto para el aseguramiento de una fuente de prueba en el título VIII del Libro IV¹³⁵, con las siguientes

¹³⁵ La regulación del aseguramiento de la fuente de prueba en el anteproyecto, es la que se sigue:

Artículo 504. Objeto del incidente y supuestos en que procede

1. Cualquiera de las partes podrá promover el incidente para asegurar las fuentes de prueba, cuando pueda preverse que las mismas no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral.

2. En todo caso, se iniciará el incidente, si así se solicita, en los siguientes supuestos:

a) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no podrá comparecer o testificar válidamente en el juicio oral.

b) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que puede ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral

c) La declaración de un testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral de conformidad con lo establecido en esta ley.

d) La declaración del investigado en los supuestos previstos en las letras a) y b) en lo relativo a la responsabilidad criminal de otras personas.

Artículo 505. Competencia

1. La práctica del incidente podrá solicitarse ante el Juez de Garantías en cualquier momento previo a la conclusión del procedimiento investigador.

2. Abierta la fase intermedia, el incidente podrá promoverse ante el Juez de la Audiencia Preliminar en los escritos de acusación y defensa o mediante escrito presentado en cualquier momento previo al emplazamiento ante el órgano de enjuiciamiento.

3. Una vez abierto el juicio oral, solo podrá solicitarse la práctica de prueba anticipada ante el tribunal sentenciador antes del inicio de las sesiones del plenario en los términos establecidos en el artículo 551 de esta Ley.

Artículo 506. Legitimación

Pueden solicitar del juez competente la práctica del aseguramiento de fuentes de prueba:

- a) El Ministerio Fiscal, de oficio o a petición de los acusadores,
- b) La persona investigada, y
- c) Los acusadores particulares o populares, abierta la fase intermedia.

Artículo 507. Petición de los acusadores en la investigación

1. Los acusadores personados en la investigación podrán solicitar al fiscal que promueva el incidente.

2. El fiscal resolverá mediante decreto motivado.

3. Cuando la decisión sea desestimatoria, los acusadores podrán impugnar la decisión ante el Juez de Garantías, en el plazo de cinco días justificando que la práctica del aseguramiento resulta objetivamente imprescindible para poder sostener en su momento la pretensión acusatoria. La impugnación se sustanciará por los trámites establecidos en el artículo 493 de esta ley. El juez decidirá sin ulterior recurso sobre la práctica o no de la diligencia de aseguramiento.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, los acusadores podrán solicitar directamente del juez competente la práctica del incidente, cuando existan razones de la urgencia que lo justifiquen. En este caso, aportarán los elementos que permitan acreditarla.

Artículo 508. Escrito de solicitud

En el escrito por el que se solicite la tramitación del incidente se hará constar:

- a) la fuente de prueba que ha de ser asegurada, detallando los hechos o elementos que constituyen su objeto y su relación con los hechos investigados,
- b) el motivo que justifica su práctica y
- c) los elementos del procedimiento que han de ser utilizados en el aseguramiento de la fuente de prueba.

Artículo 509. Alegaciones de las partes

1. Recibida la petición, el secretario judicial dará traslado de la misma a las partes personadas por un plazo de tres días para que formulen alegaciones sobre la admisibilidad y la procedencia de la solicitud realizada y, en su caso, para que indiquen otros hechos que hayan de constituir su objeto.

2. Los escritos presentados, los documentos aportados y los particulares designados estarán a disposición de todas las partes que podrán examinarlos.

Artículo 510. Resolución

1. Realizadas las alegaciones de las partes, el juez dictará auto resolviendo lo que proceda.

2. El auto fijará los siguientes extremos: a) Los hechos o elementos que constituyen su objeto, que se contraerán a lo solicitados por las partes en sus escritos. b) Las personas que deben ser convocadas para su realización. c) La fecha de la comparecencia para el aseguramiento de la prueba a que se refiere el artículo 512 de esta ley.

3. El auto se notificará de inmediato al fiscal y a las partes personadas, que quedarán citadas para la audiencia.

4. Contra la decisión del juez no cabrá recurso.

Artículo 511. Supuestos de urgencia

Cuando las circunstancias que motivan el aseguramiento de la fuente de prueba lo exijan, el juez dispondrá su práctica inmediata. Si por la urgencia del acto no fuera posible la asistencia del defensor

- particularidades: a) Serán de aplicación para la realización anticipada de la prueba las disposiciones que rigen la práctica del concreto medio probatorio en el acto del juicio oral.
- b) El original del soporte audiovisual y las actas en las que se documente la prueba practicada se incorporarán al expediente del juicio oral procediéndose en el plenario a su reproducción o lectura en la forma prevista en esta ley”.

El texto permitía la anticipación probatoria, a instancia de parte, antes de la fecha prevista para las sesiones del juicio oral y, por primera vez, se fijaban de manera concreta –aunque incompleta, todo sea dicho- los supuestos en que puede practicarse

designado por la persona investigada, será asistida por un abogado de oficio. La inasistencia de los acusadores personados no impedirá su práctica.

Artículo 512. Aseguramiento de la prueba

1. El aseguramiento de la fuente de prueba tendrá lugar siempre ante el juez competente, en una comparecencia a la que serán convocadas todas las partes personadas y sus defensores, sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior para los casos de urgencia. Serán aplicables para la práctica de la diligencia las disposiciones del juicio oral que rigen la realización de la prueba testifical o pericial.
2. La incomparecencia injustificada de la persona investigada no impedirá la celebración del acto. En caso de incomparecencia injustificada del defensor del investigado o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente se sustanciará el acto con el abogado de oficio expresamente designado para este acto.
3. La ausencia injustificada de los acusadores o de sus letrados no impedirá que se lleve a efecto el aseguramiento de la fuente de prueba

Artículo 513. Testigos menores o vulnerables

1. Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación en el caso del artículo 504.2.c) de esta ley.
2. En este supuesto, la declaración del testigo se tomará de forma reservada a través del perito que el juez designe, procediendo en todo caso a su grabación audiovisual. Antes de su práctica, el juez oír a las partes sobre las informaciones que ha de aportar el testigo, trasladando al experto las que estime pertinentes para que las incluya en la exploración, que se practicará utilizando los métodos y técnicas adecuados a las características del testigo.
3. La diligencia será presenciada por el juez y las partes a través de medios técnicos que impidan que puedan ser vistos por el testigo.

Artículo 514. Constancia documental

1. Salvo imposibilidad material en los casos de urgencia, lo actuado en el incidente deberá documentarse en soporte apto para la reproducción del sonido y de la imagen, debiéndose siempre transcribir su contenido en el acta correspondiente, la cual será autorizada por el Secretario judicial. El juez podrá solicitar al perito o experto que emita un informe en el que dará cuenta del desarrollo y resultado de la exploración.
2. Los originales del soporte y del acta quedarán protocolizados en la oficina judicial bajo la custodia del secretario, incorporándose copia auténtica de los mismos al procedimiento de investigación.

Artículo 515. Utilización en el juicio oral

1. El resultado del incidente para el aseguramiento de la prueba sólo accederá al juicio oral si llegase a producirse la falta de disponibilidad del medio de prueba que lo motivó.
2. No se aplicará lo establecido en el apartado anterior a las declaraciones de menores y discapacitados, las cuales podrán hacerse valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado, cuando el juez o tribunal considere que, por razón de su vulnerabilidad, no han de someterse al examen contradictorio de las partes.

una prueba con carácter previo a las sesiones del juicio oral, los contemplados en los números a), b) y d) del art. 504 LECrim que, a su vez fija los criterios de aseguramiento de fuentes de prueba:

En todo caso, señalaba el número segundo del precepto, se iniciará el trámite de aseguramiento de fuentes de prueba si se solicita en los casos que siguen:

“a) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no podrá comparecer o testificar válidamente en el juicio oral.

b) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que puede ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral.

c) La declaración de un testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral de conformidad con lo establecido en esta ley.

d) La declaración del investigado en los supuestos previstos en las letras a) y b) en lo relativo a la responsabilidad criminal de otras personas”.

El Anteproyecto, al fijar los casos de prueba anticipada para los supuestos de imposibilidad de comparecer el testigo o perito al acto de juicio oral o de hacerlo válidamente, de concurrencia de peligro de amenazas o coacciones o en los casos de declaración del investigado pareció seguir la estela del Derecho italiano en cuanto a la determinación a través de lista cerrada. El elenco tasado de los supuestos de prueba previa ofrece la ventaja indudable de que confiere seguridad jurídica a todos los intervinientes en el proceso y hace aumentar las probabilidades de admisión, pero, como aspecto criticable-como ahondaremos en las siguientes líneas- advertimos el peligro de que pueda convertirse rápidamente en una lista desfasada e incompleta. Y esto mismo sucedió con el texto que analizamos que, aun sin pasar de la categoría de anteproyecto, proponía una lista cerrada que no abarcaba, ya en su momento, todas las modalidades de la excepción probatoria.

Llama la atención, no obstante, que se indique que los soportes audiovisuales y las actas en que se recoja la anticipación probatoria se introducirán en el juicio oral mediante su reproducción o lectura, pues la prueba debe entenderse practicada ya en el momento previo, sin necesidad de incorporación por una vía análoga al art. 730 LECrim.

Como podemos observar, con clara influencia de las ideas de GUZMÁN FLUJA, que compartimos en su mayoría, el Anteproyecto distingue entre el incidente para asegurar fuentes de prueba de la prueba anticipada. De esta manera, reserva este último término a la auténtica excepción del art. 741 LECrim, siendo así que el incidente para asegurar fuentes de prueba trata de salvaguardar la fuente probatoria en sí, no de convertirla en un acto probatorio, como pretendía un gran sector doctrinal. La regulación de la prueba anticipada en el texto analizado, por tanto, asume las disposiciones del aseguramiento de las fuentes de prueba en aquello que le es compatible, ya que aquél incidente se produce en fase de instrucción y la práctica de las pruebas, ineludiblemente, una vez abierta la fase de juicio oral.

Por primera vez, se acomete por el legislador un análisis diferenciado de ambas figuras que contribuiría a clarificar los conceptos y a favorecer y facilitar la aplicación de ambos.

El momento preclusivo de la realización del incidente de aseguramiento es el auto de apertura del juicio oral, instante en que sólo cabrá ya la práctica de la prueba anticipada antes del inicio del juicio, en los términos marcados en el art. 551. De esta forma, no se solicitarán y practicarán en momentos temporales distintos, sino también ante órganos distintos (ante el Tribunal de Garantías, cuya creación se propugnaba, o ante el juez de enjuiciamiento).

En cuanto a quiénes resultan competentes para solicitar su práctica, el contenido de la solicitud y la resolución del órgano respecto de su admisión, aplicaba las normas propias del incidente de aseguramiento, adaptadas, claro está, al momento en que se practica la prueba.

Por otra parte, al igual que en la redacción del LECrim, la inasistencia injustificada del imputado (aquí investigado) no impedirá la práctica del acto probatorio. Lo mismo sucede si incomparecen sin motivo las partes acusadoras.

De la regulación ofrecida por el Anteproyecto es de justicia resaltar como aspecto positivo la separación entre el aseguramiento de la fuente de prueba y la práctica de la prueba anticipada. Además, efectúa una regulación sistemática de la primera y da un paso más con respecto de la anterior tramitación para ofrecer una lista cerrada de las pruebas que pueden practicarse con carácter previo, configurando la prueba adelantada

como una auténtica excepción a practicar exclusivamente en el seno de la fase del juicio oral ante el órgano de enjuiciamiento, evitando toda duda que en torno a esta cuestión se hubiera suscitado a lo largo del tratamiento de la institución tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Al limitar su figura a los casos en que la práctica del acto no podrá practicarse en el seno del juicio oral o no podrá realizarse en condiciones óptimas, trata de reducir su ámbito de aplicación y evitar que los supuestos de aseguramiento de fuente de prueba, más próximos a la preconstitución que a esta figura, acaben actuando como auténticas pruebas, con la connivencia de los tribunales.

Obviamente, esta concepción fue criticada por el sector doctrinal partidario de ampliar el ámbito de aplicación de la excepción objeto de debate, que se mostraban más cercanos con la configuración que posteriormente se adoptó en el borrador de Código Procesal Penal de 2013, y que abogaba por la práctica anticipada de la prueba en el seno de la fase de instrucción, diferenciándola de los actos de preconstitución probatoria, que limitaba a aquellas diligencias que, por su propia naturaleza, habían de practicarse durante la fase investigadora, tales como las pruebas de alcoholemia o la inspección ocular practicada instantes después de cometido el delito.

B. El borrador de Código Penal Procesal Penal de 2013

Por su parte, el borrador de Código Penal Procesal Penal de 2013 quiso contribuir a la regulación de la figura a través del Título VI, que llevaba por nombre “Prueba anticipada” (arts. 432-435). Ya de por sí, y con independencia del grado de acierto que alcance la regulación¹³⁶, el mero hecho de que dedicara un título entero a la regulación del instituto, constituía un evidente avance con respecto de la norma anterior.

En primer lugar, el art. 432, destinado a los “Presupuestos y requisitos de la anticipación probatoria”, fijaba las condiciones *sine qua non* la anticipación probatoria carecería de sentido, así como los requisitos que debían observarse para que alcanzaran validez.

Lo señalaba en los siguientes términos: “Sólo cuando exista el temor fundado de imposibilidad o grave dificultad de la práctica de la prueba en el acto de juicio oral por

¹³⁶ A la regulación no pueden dejarse de reconocérsele aciertos tales como la regulación del “testigo experto”, no contemplado en la normativa actual, “por la que los testigos podrán completar su declaración con la información especializada que resulte precisa para la mejor comprensión de sus afirmaciones”. Más cuestionable, sin embargo, resulta que no incluya la posibilidad del juez de efectuar preguntas al testigo para clarificar determinados extremos sobre los que deponga.

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, se practicará prueba anticipada ante el Tribunal de Garantías o de Juicio que resulte competente para el conocimiento de la causa, a instancia de parte y con salvaguarda del derecho de defensa y del principio de contradicción”.

De tal precepto se desprende que el legislador volvió a confundir ambas excepciones, al permitir que su práctica tuviera lugar ante el juez de garantías o ante el sentenciador (es decir, durante la fase investigatoria o durante la fase de juicio oral)¹³⁷. Damos aquí por reproducidos los argumentos esgrimidos a lo largo del estudio en cuanto a que una de las notas características de la prueba anticipada es precisamente el que tenga lugar exclusivamente ante el órgano de enjuiciamiento¹³⁸. Este dato no ha pasado por alto a la doctrina partidaria de la consideración de anticipada de toda diligencia que deba practicarse con carácter previo al juicio oral, alabando en este sentido la opción elegida por el legislador.

Resulta criticable, por otro lado, la ambigua redacción que se efectúa de los requisitos para que pueda tener lugar. Se dice “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” pero sin especificar en qué se concreta cada una de ellas, volviendo a la generalidad existente en estos momentos.

Sí parece loable la expresa introducción de que la declaración pueda ser peligrosa para el desarrollo de los menores o para la salud de las personas vulnerables, pese a no indicar tampoco qué podemos entender por personas vulnerables. La doctrina entendió que se refería no sólo a las personas discapacitadas, sino también a las que -por el tipo delictivo en que se encontraran inmersas- merecieran una especial protección, como las víctimas de la violencia de género. Sin embargo, tal previsión parece claramente encaminada a su práctica dentro de la fase sumarial al modo de una auténtica prueba preconstituida, lo que, creemos, desvirtuaría la naturaleza del acto, concediendo carácter

¹³⁷ El borrador venía a atribuir al Ministerio Fiscal la instrucción del procedimiento, de ahí que se diga que la prueba anticipada podía tener lugar ante el Juez de garantías o de enjuiciamiento.

¹³⁸ Basta recordar en este punto la postura sostenida-y que compartimos- por GUZMÁN FLUJA, Vicente C., "La Anticipación y aseguramiento (...)", op. cit., págs. 256-265.

probatorio a un acto de investigación¹³⁹.

Los partidarios de la prueba anticipada sumarial, por el contrario, recibieron con satisfacción la redacción del precepto, entendiendo que de la misma únicamente se derivaban consecuencias positivas para la víctima, limitando su intervención a la fase inicial del procedimiento y evitando la tan temida victimización secundaria. Conforme a nuestra línea argumentativa, de sostener tal posibilidad se estaría incurriendo en un gran error: el atribuir un cada vez mayor protagonismo a la fase instructora, atribuyendo a los actos realizados durante esta fase la naturaleza de prueba bajo ciertos condicionantes. Curiosamente, la propia Exposición de Motivos del borrador de CPP de 2013 ya advertía de tal peligro, cuando decía que: “al intervenir el órgano judicial en la práctica de las diligencias de investigación, las actuaciones sumariales en las que existe contradicción se muestran materialmente idénticas a actos de prueba, lo cual entraña el peligro de su práctica transformación en tales pese a que se incumpla la exigencia de la prueba anticipada consistente en la irreproducibilidad o grave dificultad de reproducción en el acto del juicio oral. Con ello el centro de gravedad del proceso penal se desplaza del juicio oral a la instrucción, con menoscabo de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración y celeridad”.

Hemos visto cómo el art.432 alude a que la reiteración de la comparecencia pudiera ser perjudicial para “la salud de las personas vulnerables”. Ante esta redacción surgen distintas consideraciones: por un lado, existe una inconcreción absoluta en torno a quiénes estarían englobados en dicha categoría y, por otro, cabe plantearse que, si la declaración sumarial puede tener efectos probatorios y es generalmente menos gravoso para cualquier víctima que declarar en el acto del juicio oral en presencia del acusado, podría valorarse la posibilidad de que todas las víctimas declarasen sistemáticamente durante la fase investigatoria para evitar un daño que, en menor o mayor medida, se le

¹³⁹ MAGRO SERVET, Vicente, “Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 92 págs. 5-13, aboga porque las víctimas declaren ante el Juez de instrucción, constituyendo una prueba preconstituida, evitando así la victimización secundaria propia de la declaración en presencia del acusado, sin que sea necesaria la nueva declaración durante el juicio oral. Con esta medida, defiende, se evitarían incluso dilaciones en el tiempo por la posible incomparecencia de la víctima a la vista. Eso sí, sería imprescindible la presencia del abogado del imputado para garantizar el principio de contradicción. Posteriormente, precisa, se introducirá su declaración en el juicio oral a través de la vía del art. 730 LECrim.

Para los defensores del borrador de 2013, la diligencia que propugna este autor vendría a conformar no una prueba preconstituida, sino anticipada, con perfecto encaje en el mentado art. 432.

provocaría. Esta opción, ventajosa para las víctimas, sería gravemente perjudicial para los acusados, que verían disminuidas claramente sus posibilidades de defensa al dejar de practicarse las pruebas como tales en sede de juicio oral en presencia del órgano que debe formarse la convicción sobre los hechos investigados con pleno respeto de las garantías procesales. Por eso nos resulta un tanto contradictorio que la Exposición de Motivos advierta del peligro de desdibujamiento de ambas fases y, sin embargo, permita la práctica como (mal llamada) prueba anticipada en supuestos que considera más dignos de protección.

El legislador penal parece haberse inspirado en este primer precepto destinado a la prueba anticipada en los arts. 293.1 LEC y 297.1 y 297.1 del mismo cuerpo legal.

El art. 293.1 LEC da la opción al que pretenda incoar un proceso a cualquiera de las partes durante su desarrollo de solicitar que se practique determinada prueba con carácter previo cuando exista fundado temor de no pueda desarrollarse el acto probatorio en el momento legalmente establecido.

El art. 297.1 LEC confiere también al que pretenda iniciar un proceso o a cualquiera de las partes durante su tramitación la posibilidad de pedir al tribunal que adopte medidas de aseguramiento para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, se puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, imposibilitando la práctica posterior de la prueba e incluso haciendo que deje de tener sentido su proposición.

El proceso civil ha contado con una regulación más profunda de la institución, por lo que al menos debe reconocerse el esfuerzo por intentar beber de dicha normativa.

El art. 433 del borrador del Código Procesal Penal de 2013 abarca la "Práctica de la diligencia, documentación e introducción de la prueba en el acto del juicio oral"¹⁴⁰. Lo cierto es que los dos primeros números no son innovadores en relación con lo que ya había: respeto hacia el principio de contradicción y publicidad. No así en relación con los dos últimos, pues contempla la intervención del fedatario judicial para levantar acta

¹⁴⁰ La literalidad del artículo es la siguiente: "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 registrarán 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".

de lo actuado de manera subsidiaria a los medios técnicos.

Hasta la fecha, el art. 777.2 LECrim indicaba, en torno a la prueba preconstituida que, cuando por el lugar donde resida el testigo o, por cualquier otro motivo, se tema que la prueba no podrá realizarse en su momento natural o que podrá ser ocasionarse la suspensión de la vista, el Juez de instrucción podrá efectuarla, siempre con respeto al principio de contradicción. Eso sí, la actuación deberá recogerse en medio técnico de grabación de sonido e imagen, o deberá quedar constancia de la misma a través de acta levantada por el Secretario Judicial.

Con la reforma se ha pretendido dar mayor protagonismo a los medios técnicos, lo que sin duda contribuiría a conservar la información que el medio de prueba pudiera ofrecer. Pero no podemos perder de vista que los medios técnicos pueden tener efectos perniciosos pues, tal y como advierten expertos en comunicación audiovisual, la forma de grabación y los materiales empleados tanto para la grabación como para la reproducción condiciona su valoración. En cierto modo, “el medio es el mensaje”, como sostuvo Mc LUHAN, quien afirmaba que el hombre tiende a prestar atención al contenido y a ignorar el medio, cuando el medio juega un papel significativo en la recepción del mensaje, pues influye en el contenido de la comunicación¹⁴¹. En cualquier caso, conforme a nuestro criterio, tal previsión únicamente tendría sentido dentro de la consideración de prueba preconstituida introducida en el juicio oral, no a modo de anticipada realizada en la fase de investigación¹⁴².

El art. 434 aborda las “Declaraciones de testigos menores de edad”, indicando que el Tribunal podrá acordar que el interrogatorio de los testigos menores de edad se efectuó ante sí de la forma prevista por el Artículo 383¹⁴³.

¹⁴¹ LANCE STRATE, *El medio y el mensaje de McLuhan*, recuperado de http://www.infoamerica.org/icr/n07_08/strate. Mc LUHAN, M., *The médium is the message: an inventory of effects*. Nueva York, 1962, op. cit.

¹⁴² El CPP de 2013 incide indirectamente en la práctica durante la instrucción en el art. 465, al indicar “Realizadas las alegaciones sobre la prueba documental y las piezas de convicción o, en su caso, la audición o el visionado de los soportes de datos de información no representada por escrito, 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”.

¹⁴³ El art. 383 contempla las reglas a respetar en las declaraciones de los testigos menores de edad, en los siguientes términos:

“1ª.- La declaración podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los testigos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la diligencia. 2ª.- Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean encausados o el Fiscal excepcionalmente y de forma motivada acuerde lo contrario. 3ª.- El Fiscal,

La regulación de la anticipación probatoria se cerraba en el proyecto a través del art. 435, denominado “Reconocimiento judicial”¹⁴⁴. Resulta llamativa la inclusión del reconocimiento judicial (o inspección judicial) dentro de la regulación de la prueba anticipada. La curiosidad estriba en el hecho de que, tal y como está redactado, parece que se trata de la práctica ordinaria de una diligencia preconstituida, aquella típicamente realizada durante la fase sumarial precisamente por su carácter irreproducible y se incorporaría como prueba mediante la vía del art. 730 LECrim. Desde esta perspectiva, resulta injustificada su situación dentro del CPP. Si entendiéramos que se introdujo como supuesto de prueba anticipada por comprender aquellos casos en que se debiera inspeccionar por el tribunal un lugar u objeto que esté en riesgo de desaparecer o mutar, sí tendría sentido. Pero, si la causa de la anticipación fuera que pudiera motivar la suspensión de la vista por la necesidad de desplazamiento del tribunal, no encontraríamos conforme al art. 432 base legal para considerarlo prueba anticipada, en cuanto que la posible suspensión del acto de la vista no se contempla como hipótesis de prueba anticipada en el proyecto de Código de 2013. De modo que, como vemos, dicho cuerpo legal volvió a incurrir en errores pasados, optando por un enfoque desfasado que desemboca en confusiones a la hora de su aplicación.

En conclusión, la regulación de la prueba anticipada que se propugnaba en el borrador de CPP de 2013, pese a tener algunos aspectos positivos, debe ser criticada de manera global, principalmente, por no contribuir a arrojar luz en la clásica distinción entre

valorando la naturaleza de los hechos y las circunstancias del testigo menor de edad, podrá acordar que se tome declaración al mismo mediante la intervención de expertos; en cuyo caso, y si así se acordara, serán los únicos que estarán en presencia del menor y que le formularán las preguntas oportunas de la manera que le sea menos perjudicial. En tal caso, la declaración así practicada deberá serlo en condiciones que permita a los Letrados de las partes presenciar la declaración y dirigir al testigo las preguntas que, siendo admisibles a criterio del Fiscal, se realizarán por medio de los citados expertos si se hallan presentes”.

¹⁴⁴“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 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”.

prueba anticipada y prueba preconstituida, configurando la anticipada dentro de la errónea posibilidad de anticipada sumarial o anticipada en sentido estricto. Asimismo, no ofrece una lista-aún orientativa- de cuáles son las diligencias que podrían incluirse en el catálogo de anticipación probatoria -lo que habría supuesto uno de los avances clave en la materia- ni la regulación específica de cada una de ellas, así como una determinación bien concreta bien mediante remisiones a otros preceptos del régimen de recursos aplicables para el caso de in/admisión de las mismas.

C. El fracaso de los borradores

De lo expuesto se deduce la necesidad de una regulación sistematizada que aleje el fantasma de la normativa anterior y que permita avanzar con paso firme en una materia que, aunque desconocida y poco transparente, ofrece infinidad de opciones en la práctica. En cualquier caso, cabía la posibilidad de que los derroteros políticos del país impidieran la unidad necesaria como para sacar adelante una reforma de este calibre. Y así fue. La defendida por el Gobierno como una herramienta de trabajo útil, moderna y adaptada a los tiempos quedó en agua de borrajas. El proyecto de Código Procesal Penal quedó finalmente abandonado, optando finalmente el legislador por la modificación de la decimonónica LECrim a través de sucesivas y complejas leyes orgánicas, que han venido a introducir novedades materialmente imposibles de llevar a efecto, y dejando de lado el tan laureado como discutido proyecto de atribución de la instrucción del proceso penal al Ministerio Fiscal.

Así pues, los operadores jurídicos asistimos descorazonados a una nueva adaptación de la obsoleta LECrim, una nueva ristra de modificaciones que en nada contribuyen a impulsar el gran cambio que merece la justicia española, por más que tanto la doctrina como la jurisprudencia claman enardecidamente por una nueva visión de la misma. De esta manera, la ley procesal criminal continúa anclada en las viejas instituciones, sin llevar a cabo una verdadera modernización de las instituciones judiciales que nos sitúe al nivel de las modernas democracias. En esta línea de conservadurismo, como era de esperar, ningún avance se ha producido en la materia aquí estudiada, manteniéndose idéntica regulación a la hasta ahora existente en lo que a la prueba se refiere. En vez de ofrecer el esperado código procesal penal o, en su defecto, de acometer las tan ansiadas reformas, se optó por realizar modificaciones tendentes a la “agilización de la justicia

penal y al fortalecimiento de las garantías procesales”¹⁴⁵, a la “regulación de las medidas de investigación tecnológica”¹⁴⁶ y a configurar el Estatuto de la víctima del delito¹⁴⁷, siendo algunas de ellas de difícil aplicación práctica, y cuyos escollos habrán de irse salvando para su real aplicación.

Al menos, se ha producido cierta modernización en la regulación de las medidas de investigación tecnológica, fijando disposiciones relativas a la interceptación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Asimismo, debe valorarse positivamente que el legislador haya puesto el foco de atención sobre la víctima del delito, a la que, en ocasiones, no se la ha prestado la debida atención.

Si bien la última reforma da respuesta a múltiples cuestiones que la práctica ponía de manifiesto, se olvida de nuevo el legislador de aspectos merecedores de una regulación específica y actualizada, como las intervenciones corporales, la prueba de ADN, diferenciación de las distintas clases de periciales...

2. Propuestas de avance

El déficit de regulación en torno a la prueba anticipada hace que se reclame reiteradamente por los operadores jurídicos mayor atención de cara a nuevas reformas legislativas. Sin embargo, no resulta sencillo ofrecer recomendaciones destinadas a afrontar una regulación integral de la figura, dado que pueden efectuarse objeciones a todas las propuestas que se planteen, como hemos visto. En lo que existe coincidencia es en la necesidad de situar la excepción en el lugar que se merece, al ostentar naturaleza probatoria y tener la prueba grandísima importancia en el proceso.

Abogamos por la especificación de un elenco de actos que pudieran practicarse anticipadamente por sus características de ejecución, pero no al modo de lista cerrada

¹⁴⁵ Por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

¹⁴⁶ Mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

¹⁴⁷ A través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

para evitar la obsolescencia de la misma. La realidad social y tecnológica avanza de forma tan extraordinariamente rápida que, previsiblemente, al poco de aprobarse una regulación por la que se indiquen las distintas modalidades probatorias, se quedaría atrás y dejaría de contemplar supuestos que podrían realizarse de modo anticipado. Por tanto, la lista no debería ser cerrada, sino ejemplificativa, con el fin de actuar de referencia a nuevas modalidades que fueran surgiendo.

Por otro lado, el legislador debería ser exhaustivo en aspectos como la legitimación para interponer la prueba, el momento en que debe proponerse y llevarse a cabo, el contenido de la proposición y la denegación del auto resolutorio de la in/admisión de la solicitud, etc. Además, tendría que ofrecer soluciones para situaciones espinosas en las que, por ejemplo, la situación de urgencia desapareciera al instante de iniciar las sesiones de la vista, o cuando se altere la composición del tribunal, entre otras. A su vez, no debe temer el legislador emplear la expresión “prueba anticipada” para referirse a esta excepción, siendo aconsejable que denomine a la diligencia efectuada durante la instrucción con un término distinto al de “prueba preconstituida”, para iniciar el camino definitivo del deslindamiento de las dos excepciones.

CAPÍTULO QUINTO: PRINCIPIOS Y PRUEBA ANTICIPADA

En el proceso penal, el objeto de la prueba lo constituyen los hechos descritos, según el tipo de proceso, en los escritos de calificación provisional o de acusación y defensa. Con independencia de que el acusado los admita o los niegue, deberá practicarse prueba en torno a los mismos para que queden fijados como hechos probados en la sentencia. Pero la práctica de la prueba no podrá hacerse al libre arbitrio de las partes, sino que deberá ajustarse a ciertos principios básicos para ser tomadas como válidas; principios que, por otro lado, se encuentran íntimamente interconectados unos con otros, comprendiéndose el alcance y significado de cada uno de ellos en relación con los demás.

Resulta llamativo que, pese a la importancia de dichos principios garantes del principio de presunción de inocencia, no aparezcan expresamente determinados ni regulados en la LECrim, infiriéndose tanto del art. 24.2 de la CE, al garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, como del art. 120 CE¹⁴⁸. Es la Constitución, como norma inspiradora del ordenamiento jurídico, la que proyecta los principios de ella derivados sobre el proceso penal. De esta forma, la Sala 2ª del TS, dejó sentado las reglas o fundamentos que debían inspirar la práctica de toda prueba para que alcanzaran eficacia y validez.

La STS de 4 de mayo de 1995, según la que “las diligencias probatorias sometidas a la íntima convicción del Tribunal han de propiciarse:

- a) Con publicidad y oralidad para que sin secretismo alguno pueda conocerse el desarrollo de la función jurisdiccional por todos los miembros de la sociedad;
- b) con inmediación para que ese ejercicio jurisdiccional tenga lugar ante quienes van a percibir por sus sentidos lo que ya después otros ojos y oídos no van a ver ni oír;
- c) con contradicción de parte para facilitar a los intervinientes la defensa de sus respectivas pretensiones, defendiendo sus pruebas y refutando las ajenas”.

La prueba anticipada deberá someterse a los mismos principios que el resto de las pruebas practicadas en el momento procesal ordinario. Recordemos que este requisito se

¹⁴⁸ Art. 120 CE identifica algunos de los principios a observar en el proceso: “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 laboral. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

convierte en *conditio sine qua non* para otorgar pleno valor probatorio no sólo a los actos probatorios anticipados, sino también a los que tengan lugar en el transcurso de la vista. Y es que, ineludiblemente, no podría exigírsele a unos y no a otros si se defiende que comparten idéntica naturaleza. El TS ya dejó dicho que el principio de inmediación y concentración procesal no impiden la eficacia de las pruebas anticipadas y preconstituidas, siempre que se produjeran conforme a la legislación procesal y con pleno respeto a los derechos fundamentales. De respetarse tales garantías, no se percibe inconveniente en considerarla apta para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del encausado¹⁴⁹.

En conclusión, y siguiendo a GUZMÁN FLUJA, hemos de decir que cabe afirmar sin lugar a dudas que la prueba anticipada tal y como está constituida, respeta plenamente los principios procesales que rigen la práctica probatoria, siendo tan apta como la practicada durante las sesiones del juicio oral¹⁵⁰; y no puede ser menos, toda vez que obtiene, como hemos venido defendiendo, auténtica naturaleza probatoria

Con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) ha declarado que los medios de prueba deben obtenerse ante el acusado en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio, recalcando así cuáles son las garantías propias de un proceso justo que salvaguarde el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵¹. De esta manera, estima como elementos indispensables para que la prueba practicada alcance auténtico valor que se practique en presencia del acusado, con absoluta transparencia y posibilidad de conocimiento por parte de terceros y con respeto al principio de contradicción, asegurándose así la equiparación de las partes en el proceso y la no colocación de la parte acusadora en una posición más ventajosa. No obstante, llama la atención que no prevea como elemento indispensable el principio de inmediación de la práctica probatoria por el órgano de enjuiciamiento, siendo éste uno de los principios más protegidos en nuestro ordenamiento jurídico penal y que contribuye a la delimitación de las dos grandes fases del proceso criminal.

Una vez efectuadas estas consideraciones, analizaremos la forma en que han de darse

¹⁴⁹ STS 2090/2001, de 8 de noviembre.

¹⁵⁰ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., "La anticipación y aseguramiento de la prueba penal (...)", op.cit, pág. 209.

¹⁵¹ Sentencia del T.E.D.H. Barberá, Messegué y Jabardo c. España, 6 dic. 1998, A, núm. 146, pág. 78.

respuesta a la observancia de los principios en el marco especial de la prueba anticipada, así como las peculiaridades que pudieran surgir.

I. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

La LECrim acoge el principio, con mayor o menor intensidad, en los artículos dedicados al acto del juicio oral (arts. 680 a 749).

Si observamos lo dispuesto en el art. 741 LECrim como regla general, resulta sencillo captar el alcance del primero de los principios del ordenamiento jurídico español al que vamos a acercarnos. Y es que precisamente la indispensabilidad de que la prueba tenga lugar ante los ojos del tribunal sentenciador motivó que únicamente se aceptara durante mucho tiempo por la jurisprudencia como prueba la que tuviera lugar en su presencia en el acto de la vista, al aumentar el nivel de percepción por el juzgador. Este principio, no obstante, debiera ser revisado en un proceso constitucional, en el que se protege el derecho a un proceso con todas las garantías y se huye de que la convicción del juez quede en exclusiva en el ámbito de su intimidad. Tenía sentido en los procedimientos ordinarios de única instancia originarios de la LECrim en los que el propio sistema reconocía tal soberanía al juzgador que convertía en absoluta su potestad para la valoración de la prueba. El sistema actual, por el contrario, busca que la valoración judicial salga de la esfera íntima para proyectarse hacia el exterior pues, de esta manera, la justicia quedará sometida al escrutinio público, aumentará la confianza de los ciudadanos hacia el poder judicial, el acusado podrá aportar elementos en los que apoyar su defensa y se evitarán arbitrariedades por parte del órgano judicial.

El principio de inmediación, uno de los rectores de la fase de enjuiciamiento, supone que todo acto probatorio ha de desarrollarse ante el tribunal que dictará sentencia. En el caso del órgano enjuiciador unipersonal, el juez conocerá los planteamientos de cada una de las partes, los medios probatorios de los que pretenden valerse y las conclusiones derivadas de sus resultados, formándose así su convicción que, en un proceso enmarcado en el ámbito de las garantías constitucionales, deberá ser sometida al control público a través de los mecanismos que la publicidad relativa y absoluta ofrecen para, entre otros fines, evitar arbitrariedades por parte del juzgador. En el caso de los órganos colegiados, a través del contacto directo se favorecerá de igual manera el “proceso

racional, contradictorio y autocontrolado de obtención y valoración de datos”¹⁵², que permitirá dar paso a la necesaria deliberación de sus miembros antes del dictado de la sentencia.

Guarda una íntima relación con el principio de oralidad, aun sin ser lo mismo. Cuando hablamos de inmediación, nos situamos en la esfera de la percepción, mientras que cuando nos referimos a la oralidad lo hacemos en las distintas posibilidades de comunicación existentes. Es cierto que un principio suele estar ligado al otro, pero no tiene por qué hacerse de forma ineludible. Además, matiza la doctrina, podría darse inmediación sin oralidad, y viceversa¹⁵³.

Siguiendo a ASENCIO MELLADO, podemos entender que el principio de inmediación engloba dos aspectos: el subjetivo o formal y el objetivo o material. El primero alude a la necesidad de que el juzgador conforme su convicción a través de aquél material probatorio “más directamente ligado al hecho objeto de prueba”; el segundo, se refiere al deseo de que la convicción pueda formarse a través de un contacto directo con el medio probatorio, sin que se desvirtúe su impresión personal sobre el resultado por la intermediación de terceros¹⁵⁴. Podríamos añadir que la inmediación se traduce también en la obligación del juzgador de seguir todo el debate, lo que ineludiblemente se traducirá en un acercamiento entre el juzgador y las partes, en cuanto que la obligada contradicción se producirá ante el juez que va a decidir. Como hemos visto, el aspecto material trata de eliminar obstáculos entre el juzgador y el medio de prueba, quedando consecuentemente descartada la posibilidad de que una prueba fuera practicada por un órgano judicial distinto al que debe decidir delegando a través de exhorto.

La configuración que sostenemos de la prueba anticipada, precisamente para evitar cualquier merma en los derechos de los litigantes, permite que se dé cobertura a ambos aspectos.

¹⁵² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Teoría/Práctica de la Jurisdicción. Sobre el valor de la inmediación* (...), op. cit., pág. 66.

¹⁵³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “Las líneas inspiradoras de la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista del Poder Judicial*, 1ª época, núm. 4, septiembre 1982, pág. 32; GIMENO SENDRA, Vicente, en *Derecho Procesal*, T. II (Vol.I), *El Proceso Penal*, (con Víctor MORENO, Valentín CORTÉS y José ALMAGRO), Tirant lo Blanch, 6ª Ed., Valencia 1992, pág. 92.

¹⁵⁴ ASENCIO MELLADO, José M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit., pág. 160, y GOLDSCHMIDT, citado por ASENCIO (Ibídem, pág. 160).

El Alto Tribunal ha abordado el principio de la inmediación en reiteradas resoluciones, destacando que se compone por dos aspectos claramente diferenciados:

- a) La percepción de la prueba, regida por la presencia del tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho.
- b) Su estructura racional, entendido como un proceso interno del juzgador por el que configura su convicción, obtenida a través de las argumentaciones contradictorias que se hayan podido mostrarse en su presencia¹⁵⁵.

Ambos momentos, como no puede ser de otra forma, se complementan, y tienen por fin el conseguir que exista una proximidad espacio-temporal del juzgador con la fuente de prueba que le permita captar los datos que serán objeto de valoración racional, susceptible de fiscalización externa. El juez, indica ANDRÉS IBÁÑEZ, debe “formar criterio con materiales de primera mano”, sin que pueda formar su opinión a través de los datos obtenidos por terceros en momento distinto al de la vista. Ésta es la razón por la que rechazamos que la prueba preconstituida adquiera valor probatorio durante su producción, siendo incluso cuestionable la atribución de esta naturaleza a través de su inserción en la vista vía art. 730 LECrim, pues a pesar de que se dé lectura a su práctica o se reproduzca el medio en que quedó recogida, lo cierto es que se privó al órgano enjuiciador del examen directo del acervo probatorio y de la práctica del contradictorio ante sí¹⁵⁶.

El hecho de que la prueba anticipadamente practicada deba de efectuarse ante el tribunal sentenciador, por tanto, tiene entre sus fines más claros velar por que el juez pueda examinar por sí las fuentes originales de prueba, sin que haya elementos distorsionadores entre el medio probatorio y el juzgador, lográndose una percepción máxima en los supuestos en que intervenga en ella de forma personal, directa y completa, pudiendo valorarla tanto de forma individual como en relación con otra pruebas en que el principio analizado también fue respetado. Ésta es la mejor manera de asegurar que el juzgador se convierta en un árbitro de la ley objetivo e imparcial y que pueda llevar a cabo un análisis de lo actuado de manera objetiva, motivada y racional.

¹⁵⁵ STS 18 de noviembre de 2008.

¹⁵⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Teoría/Práctica de la Jurisdicción. Sobre el valor de la inmediación* (...), op.cit., pág. 58.

Con esta fórmula no sufre quiebra el fin pretendido con el art. 741 LECrim al consagrar el principio de que la prueba es propia del juicio oral, pues se asegura que el órgano sentenciador forme su criterio a través de la huella que la práctica de la prueba en su presencia produzca en él, a través de una labor inductiva apoyada en un discurso racional. En el ámbito de un proceso constitucional, como ya dijimos, se hace necesario que la decisión sea motivada, justificada y racional, sin que pueda apoyarse en impresiones, opiniones personales o intuiciones. La convicción judicial, por tanto, debe salir del ámbito de lo íntimo para hacerse objetiva y susceptible de fiscalización por quien no hubiera participado en el desarrollo de la prueba.

La trascendencia del principio que nos ocupa se advierte claramente en la prueba testifical pues, en la mayoría de los casos, la prueba personal es la única con la que contamos o, al menos, la que mayor información aportará. Ahora bien, no puede caerse en la tentación de configurar el principio de inmediación como un contacto directo del juez con la fuente de información que le permita, a través de lo visto y oído, entrar a valorar las emociones o impresiones de manera tan íntima y personal que su labor inductiva se aleje de la racionalización y objetivación que debe presidir su obtención de datos y justificación de su decisión. Y es que entrar a valorar la información adicional que entienden les ofrecen los testigos y que no queda recogida por el papel del acta o el soporte videográfico (el lenguaje corporal, la dirección de la mirada durante el interrogatorio, los cambios de entonación o la intranquilidad reflejada en el pulso acelerado o sudoración excesiva, por ejemplo) conlleva dos riesgos: que el juez, como observador, incurra en error a la hora de valorar reacciones en el testigo que, por su falta de preparación, no sabe interpretar; y que blinde su decisión en una información extra, adicional, a la derivada del propio interrogatorio imposibles de controlar por quien no gozó de esa inmediación, convirtiéndose las sentencias en prácticamente irrecurribles.

Esta relevancia, insistimos, no puede obviarse por el hecho de que el momento procesal en que se desarrolle la prueba no sea el general, de ahí que su respeto durante la anticipación deba de ser exactamente el mismo que si nos encontráramos ante un caso del art. 741 LECrim. Y es que el fundamento del referido precepto no es otro que buscar que el juzgador forme su criterio sobre la base de la prueba producida oralmente en su presencia y percibida directamente por él a través de la conexión espacio-temporal antes descrita. A través de este principio procesal se consigue que el órgano judicial esté

directamente en contacto tanto con el objeto del proceso como con los sujetos del mismo, con pleno respeto del principio de inmediación¹⁵⁷.

En un proceso penal de corte garantista como el español, no podía faltar un principio como el abordado, que pretende que el juzgador tome conocimiento directo y sin perturbaciones del resultado de las pruebas que pretenden justificar las pretensiones de una y otra parte. La inmediación se configura como un instrumento al servicio de los medios de prueba, que permite que el juez capte de primera mano datos que serán posteriormente valorados por él de manera objetiva y en relación con el resto de actos probatorios que se practiquen.

El órgano de enjuiciamiento, en cuanto aquél a quien corresponde dictaminar finalmente si los hechos ocurrieron o no como se pretende por la parte acusadora y si en ellos tuvieron participación o no (y en qué grado) aquellos contra quien se dirige la acción, debe presenciar (y controlar) el desarrollo de todo acto probatorio. Por ello, en situaciones de urgencia, se altera la regla del art. 741 LECrim para permitir un adelanto, un anticipo de aquellos actos cuya práctica no admite demora sin riesgo de alteración del resultado o imposibilidad de su práctica. En la prueba preconstituida, por contra, la inmediación se consigue de forma indirecta por el enjuiciador, pues ante él no tiene lugar el debate contradictorio; de ahí que se prescinda de su consideración como auténtica prueba hasta el momento de su introducción en el juicio oral para que el órgano *ad quem* intervenga en la misma aun en una especie de segunda instancia, pues viene a valorar pruebas que realmente no presenció. Por ello, la verdadera justificación de la incorporación de la prueba preconstituida en el acto del plenario es que tenga lugar ante él la contradicción, actuando la inmediación como instrumento o medio para que aquella sea efectiva, con capacidad de influir en el juzgador.

NIEVA FENOLL describe las indudables ventajas que este principio reporta para los derechos de los justiciables. Y es que el hecho de que el juzgador esté en contacto directo con la prueba le permite tener una activa participación en la misma, lo que se traduce tanto en la admisión o rechazo de las preguntas que se dirijan a los testigos o peritos como en la resolución inmediata de cuantas dudas le surjan. Ello tendrá su reflejo en la sentencia, cuya motivación podrá ser más exhaustiva y expondrá las

¹⁵⁷ HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Edit. Comares, Granada, 2006, pág.7.

razones que le llevaron a adoptar su resolución, lo que allanará- a su vez- a las partes el camino para dirigirse hacia una instancia superior de entenderlo necesario. Ahora bien, advierte, dada la limitada formación de los jueces en materia probatoria (debido al estudio meramente teórico durante los años de oposición y al tiempo limitado de formación práctica en la Escuela Judicial), no puede pretenderse que la inmediación tenga como propósito que el juez (sin conocimientos de psicología) pueda extraer directamente información a través de la información secundaria que los testigos (o peritos) ofrecen a través de su lenguaje corporal. Niega el autor que deba tomarse el principio como un instrumento para que el juez haga valer su intuición como mecanismo de detección de mentiras en el declarante.¹⁵⁸ Pero ahondaremos más adelante en esta consideración.

Del conjunto de lo expuesto podemos extraer, por tanto, que la existencia de la excepción se configura como un instrumento a través del que los jueces encargados de dictar sentencia podrán presidir y presenciar el debate en su conjunto, sin entrar a valorar actuaciones probatorias no desarrolladas ante sí. Esta presidencia le permitirá admitir o inadmitir pruebas durante los interrogatorios y velar por que se cumplan todas las garantías durante la práctica de la prueba.

Por tanto, podemos concluir:

- a) Que la regla general será la práctica de la prueba en el juicio oral, respetándose así sin escollos el principio de contradicción.
- b) Que la prueba anticipada correctamente desarrollada nada obsta a que la inmediación se vea satisfecha, al realizarse en presencia del órgano sentenciador, con las matizaciones surgidas en el caso de los órganos colegiados (en los supuestos en que se desarrolle en presencia de alguno de sus miembros) y del proceso ante el Tribunal del Jurado (supuesto en que la inmediación sería de segundo grado, al practicarse ante el Magistrado- Presidente).
- c) Que debe preferirse frente a la reproducción durante el juicio de actas que contemplen actos practicados durante la fase instructora que, si bien se han producido con todos los requisitos legales para considerar el acto como preconstituido, priva al

¹⁵⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 307-313.

órgano sentenciador de la inmediación. Para CABEZUDO RODRÍGUEZ no hay dudas de que el sentenciador tiene una convicción mucho más fiable y directa cuando percibe la práctica de la prueba directamente que cuando se acerca a su resultado a través de cualquier medio de reproducción del acto realizado, pues no habrá barrera alguna entre él y los hechos enjuiciados¹⁵⁹.

II. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción ha sido entendido como fuerza motor del proceso, pues a través de él podrá llegarse a conocer la verdad que se pretende obtener, separando lo verdadero de lo falso dando audiencia a todas las partes¹⁶⁰. Ha quedado estructurado como una ineludible exigencia de la justicia, inspirador del derecho de defensa, pues posibilita al acusado a contradecir la prueba de cargo que pesa sobre él, de ahí su relevancia. Pero no actúa únicamente en defensa de los derechos del acusado, sino de todas las partes del proceso, siendo un derecho subjetivo, público-cívico, abstracto y autónomo perteneciente a toda persona (física o jurídica) mediante el que las partes pueden introducir en el proceso los actos de alegación y prueba que estimen oportuno, tendentes al éxito de sus respectivas pretensiones o resistencias¹⁶¹.

El TC lo califica como uno de los elementos que no pueden faltar en la configuración del derecho a un proceso con todas las garantías, estando obligados los órganos (judiciales, se entiende) a facilitarlos (STC 176/1998). De la misma manera, el máximo intérprete de la Constitución proclama el principio al decir que la prueba debe necesariamente practicarse en presencia del tribunal en el seno de un debate contradictorio oral, de manera que el juzgador entre en contacto directo con los medios probatorios aportados por las partes, sobre los que fundamentará su convicción (STC 86/99, que recuerda la doctrina sostenida desde la STC 31/1981 y que alude igualmente al principio de inmediación).

De acuerdo con GIMENO SENDRA, este principio parte de la contraposición de argumentos para lograr crear en el juzgador la convicción que fundamente la sentencia

¹⁵⁹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación (...)*, op. cit., pág. 24.

¹⁶⁰ ARAGONESES ALONSO, Pedro, "Proceso y Derecho Procesal", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1960, pág. 439.

¹⁶¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Derecho y deber de jurisdicción, y la igualdad de las personas ante aquélla y en el proceso", *RIDP*, núm.4, 1972, pág. 741.

absolutoria o condenatoria¹⁶².

Conforme al principio contradictorio, nadie podrá ser condenado sin ser previamente oído en la causa. De hecho, el art. 118 LECrim¹⁶³ contempla la posibilidad de intervención del imputado, ejercitando su derecho de defensa, desde el inicio de las actuaciones, atribuyéndosele los derechos fijados en los arts. 24.2 CE y 520 LECrim.

Para ASECIO MELLADO el principio cuenta con una doble finalidad: por un lado, conlleva el ejercicio de los derechos sancionados con el fin de garantizar una efectiva oposición del acusado frente a la pretensión penal que se ejercita contra él; por otro parte, busca el cumplimiento formal o material de los actos que afecten al imputado, con el fin de velar (a través de su asistencia letrada) por que se dé cumplimiento a las reglas formales de cada acto, vigilando no sólo el respeto de los requisitos legales, sino también el que no se incurran en errores materiales en su ejecución, protegiendo así la pureza del procedimiento¹⁶⁴.

Asimismo, en relación con la actividad probatoria, añade HUERTAS MARTÍN que el principio de contradicción no se agota en la facultad de las partes de contradecir las afirmaciones de la contraparte, sino que comprende también la posibilidad de proponer pruebas y contrapruebas¹⁶⁵.

Resulta sencilla su aplicación en pruebas en que la participación de las partes puede ser más activa, como el caso de la testifical, pero no debe restársele importancia en relación con las demás; por ejemplo, habrá de tenerse en cuenta en la práctica de la pericial anticipada y en el reconocimiento del investigado, pues será ésta la forma de alegar cualquier error material en su desarrollo o cualquier incumplimiento legal detectado. Si bien la intervención del acusado y su letrado será lógicamente más activa durante la prueba testifical o pericial, en el transcurso de las anticipadas de distinta naturaleza (inspección ocular o reconocimiento del ahora acusado) mantendrán una postura más

¹⁶² GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas Ediciones, 1981, Madrid, pág. 181

¹⁶³ Art. 118 LECrim párrafo primero: “Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”.

¹⁶⁴ ASECIO MELLADO, José M^o, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op.cit., 1989, 164 y 165.

¹⁶⁵ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo (...)*, op. cit., pág. 114.

pasiva destinada a detectar cualquier fallo que pudiera causarles indefensión o lograr la declaración de nulidad del acto probatorio practicado.

La importancia del contradictorio es un pilar fundamental en la mayoría de los ordenamientos procesales contemporáneos. BAUMAN, al resaltar la importancia de este principio, afirma acertadamente que lo que realmente importa es la impresión que la práctica directa de la prueba ofrece, para lo que deberá propiciarse la participación permanente y libre de obstáculos de todos los intervinientes¹⁶⁶.

Dado que el respeto al principio de contradicción es una máxima en la observancia de los requisitos que han de cumplirse en las dos excepciones probatorias, resultan plenamente aplicables las consideraciones que el TC ha efectuado en relación con la importancia del contradictorio en la prueba preconstituida, al afirmar que una declaración adelantada carecía de la condición de prueba anticipada (referida, en pureza, a la preconstituida) por realizarse sin cumplir con el principio de contradicción. Y es que la contradicción debe respetarse tanto en el caso de la prueba practicada en el seno de la vista como en los supuestos de las dos excepciones analizadas. El TC, empleando como era habitual de forma errónea ambos conceptos, dejaba recogida la necesidad de cumplimiento del presente principio en el caso de la prueba preconstituida.

En concreto, en STC 182/1989, de 3 de noviembre (Sr. Gimeno Sendra), estableció que “carece de relevancia alguna para satisfacer las garantías constitucionales en el proceso penal (de acuerdo con lo antes expuesto) que los dos policías municipales ratificaran el atestado ante el Juzgado de Paz, en cumplimiento de una carta orden del Juzgado de Instrucción, puesto que esta actuación no constituye supuesto de prueba sumarial alguna y no puede, por lo tanto, cumplir la finalidad de contradicción que satisface su declaración testifical en el juicio oral”.

Admitía la posibilidad de la existencia de pruebas anticipadas y preconstituidas como excepción a la regla general de práctica de la prueba en el juicio oral, pero siempre que se reproduzcan en el plenario, se ratifiquen los autores en su contenido o se conceda a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto, sin que fuera suficiente la fórmula forense de “dar por reproducida la prueba” (STC 86/1999). Esta perspectiva es un claro ejemplo de empleo del concepto de prueba anticipada equivocadamente, pues

¹⁶⁶ BAUMAN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*, Ediciones De Palma, Buenos Aires-Argentina, 1986, pág. 95.

en ésta no se necesita la introducción en el juicio oral para adquirir carácter de prueba, al serlo ya desde su práctica sin necesidad de aditivo alguno.

De nuevo, la STS 974/1996, de 9 de diciembre (Sr. Conde- Pumpido Tourón) hace valer el principio aquí comentado en sede de práctica de prueba preconstituida, dando la posibilidad a las partes de acudir a la declaración anticipada, de la siguiente forma: "Concurren, por tanto, en este caso las condiciones que permiten reconocer valor probatorio -en conjunción con la abundante prueba de cargo practicada de modo inmediato en el propio juicio oral- a las diligencias practicadas por las Autoridades Judiciales suecas, a solicitud del Magistrado-Juez competente para la instrucción de la causa. No cabe apreciar indefensión alguna, en sentido material, para la parte recurrente a quien se notificó en su momento la remisión por el Órgano Instructor de la referida Comisión Rogatoria disponiendo de la posibilidad de incorporar las preguntas que estimase procedentes o de proponer cualquier fórmula de intervención que estimase oportuna-posibilidad de contradicción (Sentencia del Tribunal Constitucional 200/1996) -no formulando objeción alguna y que en el juicio tuvo la oportunidad de someter su resultado a la debida contradicción, incluso a través del interrogatorio del los testigos comparecientes-como Guillermo P.R., Gregorio P.-S.C. o Juan J.G.-, que habían tenido relación directa con los proveedores suecos y que confirmaron, en términos generales, las manifestaciones de éstos que obran en las declaraciones recibidas a través de Comisión Rogatoria".

En todo caso, si bien alude a la contradicción necesaria para otorgar validez a la prueba preconstituida, ningún inconveniente observamos para hacerlo extensivo a la prueba anticipada que, precisamente por ser auténtica prueba, deberá cumplir rigurosamente con todas las garantías.

En idénticos términos se pronunció en TS en la sentencia 1095/1997, de 30 de julio con ocasión de la declaración tomada en Estados Unidos a través de una Comisión Rogatoria sin que se otorgase al acusado o a su letrado la posibilidad de participar en aquélla por haber conocido la fecha de la práctica de la prueba con escasa antelación.

Literalmente, vino a afirmar que "Ciertamente es que, como dice el recurrente, no cabe utilizar unas declaraciones testificales como prueba de cargo contra un acusado si no se ha permitido que al respecto dicho acusado o su defensor hubiera tenido la posibilidad de interrogar al testigo correspondiente. Así lo tiene dicho esta Sala (Sentencias de 20 de diciembre de 1994, 7 de diciembre de 1996, en su Fundamento de Derecho 74, 18 de febrero de 1997 y 18 de marzo de 1997, apoyándose en la Sentencia 303/1993 del Tribunal Constitucional que, a su vez, cita otras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en

otra de 27 de febrero de 1997(también del Tribunal Constitucional), así como en los arts. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1959 y 14.3.e) del Pacto de Nueva York de 1966¹⁶⁷. El principio de contradicción, esencial en el proceso penal, así lo exige; pero estas exigencias quedan cumplidas si se ha concedido a la parte la posibilidad de interrogar: si la tuvo y no la utilizó por negligencia propia, como aquí ocurrió, no cabe alegar violación del mencionado principio de contradicción”.

El TS, pese a las alegaciones del recurrente de que se había infringido el principio de contradicción por no haber tenido la posibilidad de participar en la práctica de la prueba, consideró que no concurrió tal violación, pues estimaba que la tramitación fue correcta.

Concluyó que “La sentencia recurrida contesta a tales alegaciones poniendo de manifiesto la tramitación correcta seguida al respecto, cuya realidad hemos podido comprobar, llegando nosotros ahora a la conclusión de que hubo negligencia en el actuación de la parte que aquí recurre, pues si hubiera obrado de otro modo habría podido acudir al lugar donde se practicaron las diligencias de dicha Comisión Rogatoria, dada la rapidez y facilidad con que hoy día se pueden realizar estos transportes”.

La mentada resolución pone el acento en la necesidad imperiosa de que se dé a todas las partes la posibilidad de actuar en toda prueba testifical, sin que se entienda incumplido por no haber participado en el interrogatorio por propia culpa, como sucedió en el asunto abordado.

En alguna ocasión el TS sí ha estimado que se ha conculcado el principio objeto de estudio, desembocando en una prohibición de valoración de la prueba que se practicó anticipadamente.

A modo de ejemplo, la STS 1361/1998, de 14 de noviembre:

“Al folio 262 del rollo de Sala la Audiencia dispuso acordar la práctica anticipada de la declaración del testigo P.C. aplicando para ello el artículo 448 LECrim en forma analógica. El Tribunal “*a quo*” dispuso asimismo citar para el acto al Fiscal y la Defensa, que fue notificada por cédula que consta al folio 273 de la diligencia ordenada por la Audiencia.

A los folios 275 y siguientes obra el acta de la diligencia de prueba anticipada de la que se desprende que la Sala de la Audiencia, integrada por los mismos Magistrados que luego vieron el juicio y dictaron sentencia procedió en presencia del Fiscal y de las Defensas (con

¹⁶⁷ Reconoce el derecho que asiste a todo investigado de “interrogar y contra interrogar a los testigos de cargo y de descargo”.

excepción de la del recurrente C.D. que no compareció a pesar de la citación que obra al folio 273) a interrogar al testigo P.C. el 3 de octubre de 1996. El juicio se celebró el 24 de octubre de 1996(...).

La forma en la que se realizó el interrogatorio del testigo es evidentemente incorrecta, dado que la Audiencia omitió citar a los procesados. De esta manera, se han infringido los artículos 448 LECrim, que impone la presencia del procesado, no sólo de su Abogado, y el art. 6.3. d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece que el acusado tiene derecho de interrogar a los testigos por sí mismo”.

Igualmente interesante resulta la STS 263/1998, de 5 de octubre, en la que, con ocasión del análisis de las declaraciones tomadas a jóvenes extranjeras en concepto de testigo y con el carácter de prueba preconstituida, examinó nuevamente la dimensión del principio de contradicción. De nuevo, sus manifestaciones son plenamente aplicables a la institución de la anticipación probatoria pues, como venimos manteniendo, los principios rectores de ambas son idénticos, pese a existir entre las dos diferencias antes reseñadas. En esta ocasión, se consideró que la no presencia del acusado al interrogatorio no supuso indefensión alguna ni determinación de la nulidad de pleno derecho del acto, pues no está prevista la intervención del acusado en la práctica ordinaria de la prueba testifical¹⁶⁸.

Plantea la sentencia de referencia qué sucede en el caso de que no se le informe al letrado del encartado de que la práctica de la prueba que se va a efectuar revestirá el cariz de prueba preconstituida; resuelve a favor de la atribución de plena validez a dicha testifical, pues entiende que el letrado del acusado debía conocer que si se realizaba el acto en presencia del fiscal y de los demás letrados que participaron en las diligencias sumariales, los actos podían desplegar plenos efectos como prueba anticipada o preconstituida si no podían reproducirse en la vista. Siendo que el letrado del acusado podía conocer con antelación la versión de los hechos que ofrecía su representado, no le

¹⁶⁸ “La falta de presencia en las declaraciones testificales tomadas con sujeción a las normas del art. 448 de la LECrim de Vicente M.G. no supuso indefensión para tal acusado, puesto que su defensor pudo haber preparado los interrogatorios escuchando previamente la versión de su patrocinado sobre su actuación en relación a la prostitución de las jóvenes checas y eslovacas. Por otra parte, el acusado no hubiese podido intervenir en el interrogatorio de los testigos, por vetarlo nuestras normas procesales, y sólo hubiesen podido confrontarse las versiones de aquéllas y de M. por la vía del careo, que hubiese podido ser acordado por el Instructor, si lo hubiese estimado útil. Además, en el acto procesal del interrogatorio de los testigos, el letrado de Vicente M.G. asumía la representación de éste, según lo prevenido en el art. 788.3 de la LECrim, conforme a lo razonado por el Tribunal “*a quo*” en el Fundamento cuarto de la sentencia”.

causaba indefensión desconocer que las declaraciones testificales que se iban a prestar adquirirían la naturaleza de preconstituida. A nuestro parecer, analógicamente, idéntica reflexión cabría con respecto de la anticipación probatoria.

El respeto al principio de contradicción exige, por tanto, que la realización de la prueba en un momento previo al natural se efectúe habiéndose convocado las partes acusadoras y acusadas, para que puedan comparecer personalmente a su práctica. En caso de que no concurran no se elimina su validez, pues lo determinante es que hayan sido debidamente citadas y hayan tenido la oportunidad de hacerlo. El derecho de defensa se entenderá ejercitado cuando se ha facilitado su asistencia, con independencia de que finalmente se haya hecho uso o no del derecho. Se trata, a la postre, de una facultad y una carga de las partes, de forma que el acto no perderá valor probatorio porque alguna de ellas no asista a su práctica.

III. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

El principio de publicidad es otro de los principios inspiradores de la etapa del juicio oral. Los debates en el plenario serán públicos bajo pena de nulidad. Ello obedece a la necesidad de liberalizar y democratizar las instituciones políticas y jurídicas, actuando de ruptura con la fase histórica anterior, facilitando a través de este medio la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia al resultar transparente a sus ojos y “controlar” de algún modo lo que en su ámbito sucede. No en vano, MIRABEAU decía: “Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrompido, incluso enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público”¹⁶⁹.

No obstante, pese a la aparente rigidez del precepto, la LECrim fija supuestos en que tal principio puede alterarse, de forma que pueda celebrarse a puerta cerrada el juicio oral cuando concurran razones que lo motiven, pudiendo ser tales razones de moralidad o de orden público, o de respeto a la persona ofendida por el delito o a su familia. Para que tal excepción concurra, deberá adoptarse a través de auto motivado, sin que afecte tal decisión a los lesionados por el delito, los procesados, el acusador privado, el actor civil y los defensores de uno y otro¹⁷⁰.

¹⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan, en *Derecho Jurisdiccional*, T. I, (con Manuel ORTELLS RAMOS y Juan Luis GÓMEZ COLOMER), Bosch, Barcelona, 1993.

¹⁷⁰ Art. 680 y 681 LECrim.

Desde un punto de vista procesal, podemos hablar de dos tipos de publicidad: la publicidad absoluta y la relativa. La absoluta faculta a cualquier ciudadano la asistencia bien directamente (inmediación personal o física) bien a través de medios de comunicación (absoluta o mediata). La publicidad relativa, sin embargo, se refiere únicamente a las partes del proceso, que pueden intervenir en la producción del acto probatorio o pueden, una vez terminado el mismo, ser informadas de su resultado.

Siendo, por tanto, la publicidad, uno de los principios rectores del plenario (recordemos que su incumplimiento se sanciona con la nulidad) y estando sujeta la anticipación probatoria a todos los principios de la prueba practicada en el acto del juicio, no queda sino admitir que la prueba practicada anticipadamente deberá respetar el principio, siempre que la propia naturaleza de la prueba lo permita. De esta forma, a la práctica de la prueba testifical anticipada, pongamos por caso, podrá concurrir en principio, un tercero ajeno al proceso, salvo que concurren las circunstancias expuestas que permitan obviar esta posibilidad. De no concurrir éstas, no habría realmente motivo alguno por el que permitir su acceso directo a la práctica de la prueba.

GUZMÁN FLUJA ahonda un poco más en la apreciación del cumplimiento del principio de publicidad en el seno de esta excepción, afirmando que, correctamente desarrollada, respeta absolutamente el principio de publicidad interna, no habiendo obstáculos para que tuviera cabida en su desarrollo la publicidad externa¹⁷¹ (salvo, obviamente, las singularidades aplicables a todo tipo de pruebas). Podemos entender, siguiendo esta línea, que la publicidad interna debe ser tomada como la posibilidad que se le brinda a toda parte en el proceso de conocer las pruebas propuestas por los demás para ofrecer la posibilidad de rebatirlas, por lo que se convierte en una expresión de la contradicción. En este sentido, solicitada, por ejemplo, por la acusación, la práctica de una prueba anticipada en el escrito de acusación, en que debe motivar las razones de su desarrollo fuera del momento natural, la defensa tendrá conocimiento de dicha solicitud y podrá efectuar las alegaciones en contra que estime pertinentes para su admisión. Asumimos que de esta manera podrá preparar su intervención en la práctica de la prueba.

En cuanto a la publicidad externa, la regla general será la posibilidad de que terceros

¹⁷¹ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., "La anticipación y aseguramiento (...)", op. cit., pág. 209.

asistan a la práctica de las pruebas celebradas en el juicio como acto público que es, resultándole de aplicación las excepciones ordinarias. Eso sí, podrá también restringirse el conocimiento público por otras circunstancias, tales como el aforo del lugar donde deban practicarse, que limite su presencia a un número determinado de personas. Los conceptos de publicidad interna y externa ofrecida por GUZMÁN FLUJA se corresponden con la publicidad relativa y absoluta indicadas anteriormente.

Lo cierto es que no nos encontramos ante un principio absoluto, sino que podrá tener limitaciones tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral. El TC dejó sentado que la publicidad de los debates suponía que se conocieran más allá de la sala de vistas, para lo que se hacía necesaria la participación de los medios de comunicación, con el propósito de que estos fueran los ojos de quienes -por diversas circunstancias- no hubieran podido presenciar el juicio. Evidentemente, la presencia de los medios de comunicación se hacía más justificada y necesaria en los casos en que la trascendencia del asunto en cuestión lo requiriera (STC 30/1982, de 1 de junio)¹⁷². De la misma manera, existen restricciones al principio de publicidad en relación con el empleo de medios de grabación de imagen y sonido en el interior de las salas de vistas. En cada caso concreto deberán ponderarse los intereses en juego para conocer si debe primar el principio de publicidad (íntimamente ligado en este ámbito con el derecho de información) u otros tales como, por ejemplo, el principio de orden público o el de intimidad de las personas.

A ello se refiere el art. 682 LECrim cuando señala los distintos supuestos en que el juez o tribunal tendrá la facultad de limitar el acceso de medios de comunicación audiovisuales a las sesiones del juicio oral, así como prohibir que se graben todas o algunas de las sesiones, cuando pudiera verse afectado el orden público o pudiera verse comprometido algún derecho fundamental de las partes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas y su familia. Antes de tomar tal decisión, no obstante, deberán ser oídas las partes. Con este fin, podrá: a) Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o indicar qué diligencias o actuaciones concretas pueden ser grabadas y difundidas; b) prohibir que se tomen y difundan imágenes de algún interviniente; c) prohibir que se facilite la identidad de algún interviniente en el juicio¹⁷³.

¹⁷² En los mismos términos, la STC 30/1986, de 20 de febrero de 1986.

¹⁷³ Artículo 682 redactado por el apartado dieciocho de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 abril). Vigencia: 28 octubre 2015.

El principio de publicidad comprendería igualmente la práctica de la prueba, so sanción de nulidad, lo que abarcaría tanto la declaración de los acusados, de los testigos, y, en puridad, la práctica de todo el material probatorio.

Como regla general, los debates del juicio oral serán públicos so pena de nulidad- ex art. 680 LECrim.

Sin embargo, el art. 681 LECrim fija una serie de excepciones en los que el principio de publicidad deberá ceder ante otros de mayor entidad, tales como razones de seguridad u orden público o el respeto a la intimidad de la víctima menor de edad o en quien concurra otra causa que le haga especialmente vulnerable. No obstante, esta regla se alterará cuando se acredite por una alguna persona un interés especial en la causa. En cualquier caso, la limitación al principio de publicidad no afectará al Ministerio Fiscal, los lesionados, los procesados, al acusador particular, actor civil y a sus respectivos letrados.

El art. 681 LECrim faculta al juez o tribunal, en los casos en que sea necesario por razones de seguridad u orden público o para proteger los derechos fundamentales de los intervinientes, a acordar que todos o algunos de los actos o de las sesiones del juicio oral se lleven a cabo a puerta cerrada. La decisión podrán tomarla de oficio o a instancia de cualquiera de las partes y en cualquier caso previa audiencia a las mismas. A su vez, podrán autorizar la presencia de quienes acrediten tener un especial interés en la causa. La limitación dicha, no obstante, no alcanzará al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 707 LECrim¹⁷⁴.

Con respecto de este principio, el TEDH, en sentencia de 8 de diciembre de 1983 (caso Axen), afirmó que protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de las posibilidades de control del ciudadano, lo que acaba convirtiéndose en un mecanismo que contribuye a preservar la confianza del ciudadano en la Administración de Justicia. En definitiva, acerca los tribunales al pueblo y dota de transparencia a todo el sistema judicial¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Art. 682 redactado por el apartado dieciocho de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 abril). Vigencia: 28 octubre 2015.

¹⁷⁵ En torno al principio de publicidad, IGLESIAS CANLE, Inés Celia, en: “Los límites de la información judicial: Secreto de sumario y filtraciones” (Coords. Inés Celia IGLESIAS CANLE, y M.C LAMEIRAS FERNÁNDEZ): *Comunicación y Justicia en Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 89-95.

IV. PRINCIPIO DE ORALIDAD

En el proceso penal, el principio de oralidad actúa más como un principio inspirador que como una verdadera exigencia¹⁷⁶. Será muy difícil toparnos con un proceso en que toda la tramitación se haya desarrollado de manera exclusivamente oral. De hecho, una tramitación íntegramente oral resultaría casi imposible si consideramos la obligación judicial de motivar sus resoluciones, lo que difícilmente podrá hacerse sin dejar reposar las primeras impresiones y dar tiempo para madurar la información conseguida a través del contradictorio.

La finalidad perseguida por este principio, como apuntábamos, se encuentra íntimamente ligada con el principio de inmediación, no por las apreciaciones meramente subjetivas del juez de la prueba practicada, sino porque gracias a él se produce un debate contradictorio vivo en presencia del órgano judicial. Por ello, se intenta que la prueba practicada durante la vista revista esta forma. Siendo como es un principio de carácter formal, supone la accesibilidad al proceso para todos los ciudadanos, sin secretismos ni ocultismos, de forma que el pueblo pueda de alguna manera “fiscalizar” lo que sucede en el proceso.

Se ha considerado una de las mayores conquistas del Derecho moderno, siendo el Estatuto de Bayona el primero en darle forma, recogándose sucesivamente en la Constitución de Cádiz, el Estatuto Real¹⁷⁷, Proyecto de Isturiz de 1836¹⁷⁸, Constitución de la Monarquía Española de 1837¹⁷⁹, Constitución de la Monarquía Española de 1845, en la de 1856, no promulgada y en la de 1876. No tuvo reflejo, sin embargo, en las Constituciones de 1869 ni 1931. Posteriormente, la acogió de nuevo la Constitución Española de 1978 en los arts. 24.2 y 120.1.

Aplicado el principio a la fase del plenario, supone que toda la actividad probatoria que se desarrolle en el mismo se haga de forma oral (sin perjuicio de que posteriormente-

¹⁷⁶ Para BUJOSA VADELL, el principio debe entenderse en términos de prevalencia sobre la escritura, sin otorgarle un carácter excluyente. BUJOSA VADELL, Lorenzo, *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág.22.

¹⁷⁷ “Las sesiones serán públicas, excepto en los casos que señalare el Reglamento” (art. 48).

¹⁷⁸ “Todo juicio se hará público en los casos en que pueda padecer la moral” (art. 47).

¹⁷⁹ “Los juicios en materias criminales serán públicos en la forma que determinen las leyes” (art. 65).

deba documentarse). Este principio constitucional¹⁸⁰ aparece también plasmado en la normativa procesal, informando de que -especialmente en materia penal- las actuaciones judiciales serán fundamentalmente orales¹⁸¹. De manera que, si bien en el proceso penal las actuaciones serán predominantemente orales, se establece la obligatoriedad de documentarla, reconociéndose por el art. 230 LOPJ que para ello, podrán ser empleados en el proceso cualquier medio técnico de reproducción y documentación.

En la actualidad, los avances técnicos hacen que la previsión del art. 743 LECrim (por la que se preveía que el Letrado de la Administración de Justicia -en lo sucesivo, Letrado de la A.J.- extendiera un acta de cada sesión recogiendo los datos esenciales de la misma) quede anticuada pues, en realidad, son pocos los procedimientos en que el fedatario se encuentra presente para levantar el acta, quedando reemplazado por mecanismos de grabación audiovisual que, además de recoger fielmente lo sucedido en la vista, enturbia en menor medida la percepción directa de lo acontecido durante las sesiones.

Lo dicho hasta ahora en relación con el principio de oralidad, de nuevo resulta o debe resultar completamente aplicable a la excepción objeto de estudio. No existe obstáculo alguno que impida que la oralidad exigida en las pruebas practicadas en la vista no se contemple cuando se practica de forma anticipada. Como es lógico, en los casos en que no pueda, pongamos por caso, tomar declaración testifical o practicar una pericial determinada en la sede del juzgado, los mecanismos técnicos de documentación y reproducción deberán ser suplidos por la extensión del acta por el Letrado de la A.J..

Siendo como es principio que se encuentra en íntima conexión con el principio de inmediación (indispensable para que éste surta plenos efectos), se estructura como elemento que debe protegerse durante el desarrollo de las pruebas, de forma que se preferirá siempre su práctica como anticipada a la reproducción de lo actuado sumarialmente, aun cuando pudiera suponer incomodidades para todos los intervinientes. De esta manera, en el proceso penal (y, en realidad, también en el proceso civil), rige la técnica de la *cross examination*, que se realizará, bajo el principio de inmediación, ante la autoridad judicial.

¹⁸⁰ “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal” (art. 120.2 CE).

¹⁸¹ El art. 229.1 LOPJ establece también la regla de la oralidad en las actuaciones judiciales, con especial hincapié en materia criminal. La LECrim también consagra el principio en los arts. 301, 302 y 680.I.

El principio sólo puede verse afectado a través de una resolución judicial motivada, lo que da muestra de la relevancia del mismo.

Hemos observado la conexión existente entre este principio y el de inmediación, pues la oralidad posibilita que el juzgador presencie la práctica de la prueba por sí mismo. Ha sido habitual la atribución de una importancia desmesurada al principio de inmediación, de modo que los jueces atribuían (y, aún hoy, atribuyen) valor a reacciones observadas a los deponentes valoradas conforme a su propio criterio, lo que, sin duda, abría una puerta hacia la arbitrariedad. La arbitrariedad quedaba aún más patente cuando las reacciones de los declarantes eran valoradas en sentencia aun careciendo de formación para ello, llegando al máximo nivel cuando contribuía a formar su íntima convicción pero no se aludía siquiera en sentencia a los datos concretos observados y tomados en cuenta.

El principio de oralidad bien entendido actúa como herramienta utilísima para el proceso, al presenciar el juez el desarrollo del debate y controlar tanto las preguntas formuladas como las respuestas ofrecidas, actuando como un verdadero director del interrogatorio. Aun cuando suele limitarse este principio al desarrollo de la prueba testifical y pericial, lo cierto es que puede aplicarse incluso durante la prueba documental. Si un documento admite diversas interpretaciones, por ejemplo, el debate sobre las distintas posibilidades en el acto del juicio podrá resultar verdaderamente esclarecedor para el juzgador.

V. PRESENCIA FÍSICA DE LOS ACUSADOS

Como viene manteniendo un sector doctrinal¹⁸², el estatus del procesado es compatible con la situación de “libertad provisional”, pues la LECrim establece la obligación del procesado de estar a disposición del órgano judicial durante el tiempo que dure el proceso, incluyendo, como no puede ser de otra forma, el momento cumbre de las actuaciones: el juicio oral. Si la LECrim pone esmero en asegurar su presencia durante todo el procedimiento, adquiere mayor intensidad en relación con las actuaciones procesales a practicar en el plenario¹⁸³.

¹⁸² Entre otros, ESCUSOL BARRA, Eladio, *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, 1993, pág. 459.

¹⁸³ *Ibidem.*, págs. 459 y 460.

No en vano, el art. 302 I LECrim prescribe que las partes que se hallen personadas podrán conocer las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, a salvo los casos de secreto sumarial. Conforme a tal derecho, el encartado obtiene no sólo la posibilidad de conocer aquello que le afecta de las actuaciones, sino también de participar, de intervenir dice la Ley, en todas las diligencias del procedimiento. Precisamente, por la importancia que tal previsión guarda para el investigado, resulta llamativa la ausencia de un régimen establecido que habilite garantías para asegurar su asistencia, más allá de las previsiones de los arts. 333¹⁸⁴ y 336¹⁸⁵ LECrim.

En los mentados artículos encontramos un deber reglado de comunicación del acto al investigado para asegurar su presencia, aunque limitado a los casos en ellos recogidos, sin que exista una cláusula genérica aplicable a todo tipo de pruebas y sin que se contemple igual previsión en cada una de ellas lo que, a juicio de un sector doctrinal, deja en infinidad de ocasiones sin contenido lo dispuesto en el art. 302.1 LECrim. Por ello, de conformidad con la tesis de ASECIO MELLADO, *de lege ferenda* el principio de contradicción exigiría una disposición que contemplara la previa comunicación del imputado (acusado ya en el caso de la prueba anticipada) al acto.

Sin embargo, pese a la falta de regulación sistemática que reclamamos, lo cierto es que la propia Ley arbitra a lo largo de su articulado distintos mecanismos para asegurar su presencia. La razón por la que se pone tanto énfasis en la necesidad de que el encartado participe de todo el proceso encierra una vertiente garantista (que tenga conocimiento de todo lo acontecido en relación con el hecho que se le imputa para ejercer en igualdad de armas el derecho de defensa) y otra finalista de búsqueda de la verdad material, la que,

¹⁸⁴ El art. 333 LECrim, en relación a la inspección ocular, apunta que el procesado como presunto autor del ilícito penal podrá presenciar la diligencia, ya sea por sí solo ya asistido de su abogado defensor, designado o de oficio. Tanto el procesado como su letrado podrán hacer las observaciones que consideren. En caso de que no se acepten, se consignará en el acta.

Al efecto el Secretario judicial pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole y no se suspenderá por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor. Igual derecho asiste a quien se halle privado de libertad en razón de estas diligencias”.

¹⁸⁵ Art. 336 LECrim, sobre el cuerpo del delito:” En los casos de los dos artículos anteriores ordenará también el Juez el reconocimiento por peritos, siempre que esté indicado para apreciar mejor la relación con el delito, de los lugares, armas, instrumentos y efectos a que dichos artículos se refieren, haciéndose constar por diligencia el reconocimiento y el informe pericial.

A esta diligencia podrán asistir también el procesado y su defensor en los términos expresados en el artículo 333”.

en ocasiones, ha sido denominada “la verdad”. Podemos decir que la presencia física del acusado se convierte por tanto en una obligación del mismo, pero, a la vez, en un derecho, asumiendo una doble cualidad.

En el momento en que consideramos la prueba anticipada una auténtica prueba con validez y eficacia para fundamentar una condena, los mecanismos arbitrados para darle al encartado, ya acusado en esta etapa procesal, la posibilidad de presenciar las pruebas llevadas a cabo en el plenario, son plenamente aplicables aquí.

Existen hipótesis diversas a las que debemos prestar atención a la hora de plantearnos la presencia del acusado en la práctica de toda prueba anticipada. Pongamos por caso, si el sujeto se hallara en libertad a la espera de la fecha del juicio oral, recibirá la citación respecto del día en que se practicará el acto probatorio anticipado, sin especiales inconvenientes. Ahora bien, en los supuestos en que el acusado se encontrara preventivo o cumpliendo condena en alguna cárcel de población distinta a aquélla en que se llevará a efecto la prueba, debemos aplicar analógicamente la disposición del art. 664 LECrim, conforme a la que el fedatario judicial lo citará y será trasladado a la cárcel de la población en que haya de ser practicada la prueba¹⁸⁶.

La LECrim sí se ha referido en su articulado a cómo debe cumplirse el principio de contradicción en lo referente a la presencia física del procesado en la práctica de la prueba preconstituida que, por la mera similitud existente con la excepción aquí tratada, podemos entender adaptable a esta sede. Mientras el art. 448 LECrim, en relación con el procedimiento ordinario, exige no sólo la presencia del abogado defensor, sino también la del inculpado, el art. 777 del mismo Cuerpo Legal, relativo al procedimiento abreviado, establece que el juez velará por asegurar “en todo caso” la posibilidad de contradicción de las partes. En esta ocasión, comprobamos, no se especifica que deba concurrir el inculpado a la toma de declaración. Ello ha llevado a la Sala Segunda del TS a manifestar en más de una ocasión que la ausencia del imputado (por analogía, en el ámbito de la prueba anticipada, el acusado) a la práctica de la prueba realizada con carácter previo al momento legalmente previsto no invalida la prueba practicada cuando

¹⁸⁶ Para asegurar la presencia de los acusados al juicio, la LECrim establece que corresponderá al tribunal realizar las diligencias necesarias para que, en los casos en que se hallaren presos (bien preventivos, bien condenados por otra causa) se conduzcan el día del juicio a la prisión de la localidad donde haya de celebrarse el juicio. La citación la emitirá el Letrado de la Administración de Justicia. A tal fin, se citarán también a los que estuvieran en libertad provisional, expidiéndose cuantos exhortos y mandamientos sean necesarios (art. 664 LECrim).

estuvo presente su letrado con posibilidad de intervenir en la práctica de la diligencia.

La STS de 16 de enero de 2008 declaraba que “no hay razones objetivas que permitan afirmar que siempre y en todo caso, la ausencia del procesado, hallándose presente su Abogado defensor, implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado, como impone la corrección procesal, se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso lo que parece desprenderse por ejemplo del art. 777.2 de la LECrim que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”.

La Sala Segunda mantuvo este criterio ya en la STS 263/1998, de 5 de octubre, señalando (en relación con lo dispuesto en el art. 448 LECrim) que la no presencia del acusado en los interrogatorios no supone un defecto procesal que conlleve la nulidad cuando no se produce indefensión cuando intervino el Abogado del imputado habiendo podido preparar adecuadamente el interrogatorio a través del conocimiento previo de la versión que ofrecía su representado. La posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, aun cuando se dé cumplimiento a lo dicho más arriba, resulta discutible, pues con ello se priva a aquél de la posibilidad de dar cumplimiento a un trámite esencial de la vista que puede incluso convertirse en causa de nulidad de la vista por originar indefensión, cual es el derecho a la última palabra. Asimismo, difícilmente casa con la previsión establecida en el art. 14.3. d) del Pacto de Nueva York, que proclama la existencia del “derecho a hallarse presente”.

En el caso de que se haya señalado la práctica probatoria previa para una fecha determinada, si el acusado no pudiera comparecer por hallarse enfermo, la regla general sería la suspensión de la actividad probatoria (en los términos fijados por el art. 746.5º LECrim, que indica la necesidad de que se oiga a los facultativos nombrados de oficio para suspender por esta causa). Como decimos, se trata de una regla general, pues no podemos perder de vista que la anticipación probatoria se establece, entre otros, por criterios de urgencia, de forma, por ejemplo, que si hay que llevar a cabo una prueba testifical en momento anterior al naturalmente previsto por peligro inminente de muerte o por sufrir el testigo una enfermedad degenerativa avanzada que impida tomarle declaración en un momento posterior, no podrá suspenderse su práctica por el aludido motivo de enfermedad del acusado, sin entenderse incumplido el principio que venimos

analizando siempre que su letrado se encuentre presente en la práctica o, al menos, que se le haya dado la posibilidad de hacerlo, aunque finalmente rechace su participación en ella. Lo mismo podría predicarse de la pericial anticipada en la que el objeto de la pericia fuera un objeto fungible o deteriorable.

¿Qué pasaría si fueran distintos acusados y sólo enfermara alguno de ellos? En este caso, el tribunal decidirá, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta el motivo de la decisión, si se practicará la prueba pese a la ausencia de alguno de los encartados, para lo que tendría que tener en cuenta la urgencia de la práctica de la prueba concreta y las circunstancias concurrentes.

La LECrim permite que se desarrollen las sesiones del plenario sin la presencia del acusado cuando cometa actos que supongan alteración del orden y, pese a los requerimientos del Presidente y la advertencia de abandonar la sala, persista en su conducta, siempre que la limitación de su derecho a presenciar directamente el juicio tenga lugar siguiendo criterios de proporcionalidad. Podrá el Magistrado Presidente, en ejercicio de sus facultades de policía, expulsarlo de forma temporal o durante todo el tiempo que duren las sesiones¹⁸⁷. Idéntica solución podría adoptar el Presidente de la Sala en el supuesto de la prueba anticipada, donde el orden en su desarrollo y el respeto debido a los intervinientes y a la propia Administración de Justicia debe ser idéntico al desarrollado durante la vista oral. En este caso, no se vería violentado el derecho del acusado de presenciar las pruebas que se practiquen, pues su no presencia habría quedado determinada exclusivamente por su propia voluntad.

El último de los supuestos que analizaremos en esta sede será el de la incomparecencia en aquellos procedimientos en que no se pueda juzgar en ausencia por ser la pena solicitada superior a los dos años de prisión. Como regla general, resultará absolutamente imprescindible la suspensión del procedimiento hasta que no se garantice su comparecencia. Por eso, en el caso de que el acusado no compareciente al acto de la vista no se hubiese presentado pese a estar citado en legal forma, el fiscal acostumbra a interesar del tribunal que se expida requisitoria para que se lleve a efecto su búsqueda y se garantice la personación. Si el requisitoriado fuera habido, se podrá solicitar del tribunal que se acuerde la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim, con el fin de

¹⁸⁷ Art. 687 LECrim.

instar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza y así garantizar la no suspensión de un nuevo señalamiento por idéntico motivo.

El conflicto surge cuando nos encontramos ante un procedimiento en que la pena solicitada por cualquiera de las acusaciones personadas sea superior a los dos años y haya que practicar con carácter anticipado alguna prueba a cuya práctica no acude el acusado. Si en el plenario, como acabamos de comprobar, se impone la suspensión de la vista para garantizar los fines del cumplimiento de la tutela judicial efectiva y de colaboración a la búsqueda de la verdad material, la solución en relación con la prueba anticipada debería ser la misma, ya que se exigen idénticas garantías a las pruebas practicadas durante el juicio oral. Pero, ¿sería justa su aplicación analógica a los supuestos de urgencia antes analizados? ¿Justificaría el temor a que no pudiera llevarse a efecto su práctica o que el resultado fuera ineficaz su desarrollo en ausencia del acusado? En esta ocasión, la respuesta no parece tan evidente. Y decimos que no parece tan clara la solución porque no creemos justo que, por efectuarse en un momento anticipado, no se aplique la fórmula de suspensión que en otros casos sí actúa de forma automática, sin lugar a dudas. Quizás, por razones de práctica procesal lo oportuno sería acordar su práctica siempre y cuando el acusado no hubiera dejado de comparecer por causa imputable a él, no así en los casos en que no pudiera tener opción siquiera a intervenir a través de su representante legal al no haber sido debidamente citado en forma. En situaciones de este tipo, cuando llegado el día de las sesiones del juicio oral (o de la prueba anticipada) se comprueba que el acusado no compareció y se le solicita pena de prisión superior a los dos años, la práctica forense lleva a que las acusaciones disminuyan la pena interesada inicialmente en el escrito de acusación (siempre que la entidad del delito y las circunstancias concurrentes así lo permitan) a pena inferior a los dos años de prisión, de manera que su incomparecencia no sea obstáculo para su normal desarrollo. Ésta sería una solución válida para el caso que nos ocupa, siempre con respeto al principio de legalidad en la calificación, el grado de participación del acusado, el relato de hechos...

Problema distinto lo constituye el decidir cuándo se entiende que la pena solicitada es superior o no a los dos años de prisión, es decir, si en el caso de que se interesen penas por delitos distintos se puede celebrar en ausencia si únicamente se superan los dos años con la suma de todas las interesadas o si sólo tiene validez la superación de dicha cifra

cuando se interesa una pena superior a los dos años por un único delito.

En resumidas cuentas, la dualidad de partes exige como regla general la presencia física del acusado, excepto en los casos analizados de la celebración en ausencia previsto para el procedimiento abreviado (art. 786.1.II) y para los delitos leves, así como en los casos en que, conforme al art. 687 LECrim, el acusado con su conducta altere el orden de la sala y, pese a las indicaciones del Presidente en ejercicio de sus funciones de policía de Sala, se mantenga en su actitud, pues podrá ser expulsado de la sala durante un período limitado o durante todas las sesiones. En este caso, también continuará la vista en su ausencia. De la misma manera, si alterase el orden durante la práctica de la prueba anticipada, el Presidente podrá adoptar la misma solución para continuar con la práctica probatoria.

Por otro lado, las nuevas técnicas de comunicación han ido perfeccionando mecanismos a través de los que los acusados (y, en principio, cualquier interviniente en la causa) pueden declarar a través de circuitos bidireccionales y simultáneos de imagen y sonido. Esta forma de declarar les permite participar en la vista aun estando físicamente ausente. A pesar de que la jurisprudencia ha admitido su intervención en el juicio a través de este medio, lo ha limitado a casos en que su presencia resulta absolutamente imposible. Sin embargo, la práctica forense evidencia que tal restricción es teórica, pues se recurre a ella, p.e., en casos en los que el acusado se encuentra preventivo en otra provincia, ya que su declaración a través de este medio supone un ahorro de tiempo y dinero.

La utilización de los medios audiovisuales para que el acusado declare no es unánimemente admitida por la clara afectación de los principios de contradicción e inmediación, razón por la que defendemos que resulta más beneficiosa la toma de su versión de los hechos a través de la prueba anticipada que mediante la videoconferencia o cualquier otro medio de transmisión del mensaje. Retomaremos esta idea al analizar las críticas que se formulan a la excepción objeto de examen.

VI. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN O UNIDAD DE ACTO

No podemos cerrar el epígrafe dedicado a los principios procesales que han de ser respetados sin hacer alusión al inevitable quebranto de uno de ellos: el principio de concentración o unidad de acto. Naturalmente, si decimos que la prueba anticipada se

caracteriza, entre otras notas, por efectuarse una vez abierta la fase del juicio oral pero con carácter previo a que se inicien las sesiones del mismo, no puede pretenderse de ninguna forma que se mantenga intacta la concentración del proceso. Lo ideal es que todas las actuaciones practicables referentes al hecho que da lugar a la formación de la causa se hagan en unidad de acto, pero ha de ponerse en la balanza el principio de concentración que garantiza la percepción más directa e inmediata posible del juzgador con el elemento de prueba, por un lado, y la eficacia del medio de prueba que se realiza en un momento anterior como integrante del acervo probatorio, por otro.

Nos mostramos partidarios de hacer prevalecer la información que la prueba anticipada encierra por encima de las ventajas de la concentración (percepción inmediata y recuerdo de dicha percepción). Ello no significa que minusvaloremos el principio aquí resentido, pero no podemos perder de vista que, en este tipo de excepciones, la renuncia a realizar la prueba en un estadio temporal anterior al juicio puede suponer la pérdida de datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

Para GUZMÁN FLUJA es necesario tener presente que, salvando como decimos las ventajas indiscutibles de la unidad de acto y la consideración de que la anticipación probatoria a un momento distinto al naturalmente previsto impide dicha unidad, la prueba anticipada puede jugar también a favor del principio de concentración en según qué supuestos. Y ello porque, en ocasiones, puede suceder que, de practicarse cierta actuación durante la vista, deba interrumpirse la sesiones del juicio oral, quebrantando estas interrupciones también dicho principio y pudiendo ser más contraproducentes incluso que la celebración anticipada de la prueba. Así, afirma que la ruptura del principio quedaría justificada al ponderar la importancia del derecho a utilizar los medios de prueba de que se disponga frente al principio aquí tratado, al ser este último de carácter esencialmente técnico¹⁸⁸.

El principio de concentración actúa como complemento perfecto de los anteriores, caracterizado por buscar que los actos probatorios no se distancien mucho en el tiempo, potenciando la unidad de acto. La prueba anticipada, por su propia condición, supone una excepción a tal idea, como hemos comprobado, al efectuarse en un momento anterior a las sesiones de la vista. Pero también podemos identificar manifestaciones del

¹⁸⁸ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., "La anticipación y aseguramiento (...)", op. cit., pág. 210.

respeto a la concentración en la anticipación, porque para disfrutar de todas las ventajas que ésta ofrece se puede tratar de reunir la práctica de todas las pruebas anticipadas admitidas en el menor espacio temporal posible. No puede, por contra, tenderse a su celebración en fecha aproximada al día del juicio pues, por la propia naturaleza de la excepción, deberá realizarse lo antes posible para que la situación de emergencia no imposibilite su práctica. Ahora bien, dentro de lo posible, deberá evitarse la dispersión cuando sean varias las pruebas anticipadas propuestas y admitidas.

Admitiendo como inevitable que los principios de concentración del proceso y de inmediación se vean afectados con la realización de este tipo de pruebas, no tendría sentido que en el acto del juicio oral se leyera el acta que la recogió pues, como expone MUÑOZ CUESTA, sería una redundancia, porque ya las partes participaron en su realización y el juzgador puede disponer de ella para extraer sus propias conclusiones del resultado de los actos practicados, incluso en los casos en que estemos ante un tribunal y sólo uno de los miembros la hubiera presenciado¹⁸⁹.

No obstante, un sector doctrinal difiere de nuestra postura, apostando por la necesidad de su lectura en el juicio oral para dar pleno cumplimiento al principio de concentración del debate, al estilo del art. 730 LECrim. A su favor, argumentan que propiciaría el conocimiento directo por los miembros del tribunal, por lo que daría cumplimiento absoluto al principio de inmediación para el caso de que la prueba anticipada hubiera sido presenciada por uno solo de ellos. Asimismo, quedaría salvaguardada la previsión del art. 741 LECrim. A nuestro entender, dichos argumentos carecen de solidez. La inmediación que se protegería sería de segundo grado, en cuanto que la prueba en sí ya fue realizada, por lo que únicamente se produciría la lectura de una diligencia probatoria que ya consta documentada. Por otro lado, resultaría innecesario velar aquí por el cumplimiento del art. 741 cuando la misma normativa habilita para excepcionarla en determinadas situaciones. Por tanto, por más que procesalmente dicho trámite resulte sencillo (la brevedad, sin embargo, de su realización dependería de cada caso concreto), nos oponemos a su admisión por entenderlo innecesario.

¹⁸⁹ MUÑOZ CUESTA, Javier, "Proposición, admisión (...)", op. cit., pág. 79. Sigue la misma línea CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación (...)*, op. cit., págs. 167 y 168, y el borrador del Código Procesal Penal de 2013, cuyo art. 465 exigía únicamente introducirlo en el juicio oral a través de su lectura las declaraciones prestadas ante el Tribunal de Garantías como prueba anticipada.

Una vez que el tribunal admite las pruebas propuestas por la parte y fija el día para su realización, el proponente pierde el poder de disposición absoluto sobre las mismas. Es decir, con independencia de que llegado el momento de su realización le interese o no realizarlas, si la otra parte la propuso o se adhirió a la prueba propuesta por él, podrá realizarse al margen de su voluntad. En este sentido, el medio de prueba solicitado pasa a ser “común”. Se trata de un principio de aplicación general que deberá ser observado también en materia de realización previa de la prueba.

El valor probatorio de la prueba anticipada depende, por supuesto, del cumplimiento riguroso de una serie de requisitos y del cumplimiento de los principios examinados. Por ello, tanto las acusaciones como las defensas deberán conocer perfectamente los presupuestos de la anticipación probatoria para no ver disminuidas las posibilidades de éxito en el procedimiento. Los tribunales han ido resolviendo acerca de las consecuencias prácticas del incumplimiento de los requisitos y de los principios, que se expondrán para poner de manifiesto los distintos matices que puede tener la figura, las posibilidades reales de subsanación y las consecuencias, precisamente, de la falta de subsanación.

VII. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Hemos comprobado la gran importancia del respeto del principio de contradicción, única forma efectiva de garantizar el derecho de defensa, que exige la práctica de la prueba ante el juez, fiscal, acusación particular si la hubiera, acusado y su letrado, así como del Letrado de la A.J. cuando la prueba deba practicarse fuera del Juzgado y no pudiera o no fuera suficiente su plasmación en cualquier medio de reproducción que pudiera suplir el acta del fedatario judicial. En el caso de incomparecencia de alguna de las partes, la prueba no tendrá validez, salvo los casos antes vistos de falta de presencia de la acusación o defensa pese a estar citada; es decir, de una incomparecencia voluntaria¹⁹⁰.

Puede suceder que durante el desarrollo de una práctica anticipada no comparezca el Letrado de la A.J. en los casos en que se exige su presencia, lo que podría llevarnos inicialmente a concluir que se trata de una prueba inválida. Sin embargo, esta

¹⁹⁰ STS 148/2012, de 1 de marzo.

conclusión resultaría precipitada. El TS ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un supuesto análogo en la STS de 11 de marzo de 1993, en relación con la ausencia del fedatario judicial durante el desarrollo de un registro domiciliario. Resolvió a favor de la posible subsanación de la ausencia del Secretario (Letrado de la A.J.) durante la práctica de la prueba si, en el seno del juicio oral, declaran testigos que avalan lo manifestado sobre el desarrollo de las actuaciones. En este sentido, nada obsta a entender que la prueba anticipada en la que no interviniera el Letrado fuera válida si a lo largo del juicio oral o con carácter también anticipado los datos que se hubieran obtenido fueran corroborados por otros medios.

La sentencia rezaba: “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 1992) aunque sí constituyen prueba de los incidentes previos 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. La 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 (...)”.

Asimismo, la incomparecencia del acusado durante la práctica de una prueba adelantada en los casos en que pueda celebrarse el juicio en su ausencia por ser la pena interesada inferior a los dos años de prisión tampoco plantearía problema siempre que no compareciese porque se encontrara detenido o bajo prisión preventiva acordada para asegurar su comparecencia en juicio, en cuyo caso debe dársele la posibilidad de personarse para no tener la prueba como nula. Es decir, será válida siempre la incomparecencia fuera voluntaria o no justificada.

Más riguroso se muestra GIMENO SENDRA, para quien todos los actos de prueba preconstituida y anticipada se convierten en meros actos de investigación si durante su desarrollo no se contemplan todos los requisitos y principios que les otorgan valor probatorio¹⁹¹. Ahora bien, esta afirmación la compartimos plenamente en relación con la preconstitución, no así con la anticipación, pues si el acto probatorio no se realiza cumpliendo los requisitos mínimos, la consecuencia no será la conversión en diligencia

¹⁹¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho (...)*, op. cit., pág 285.

de investigación, sino la nulidad de la misma. No podemos hacer nuestras sus palabras en su totalidad al emplear el autor las dos excepciones con un alcance distinto al sostenido por nosotros, que abogamos por una distinción nítida de ambas.

¿Qué sucedería si no se cumplieran los principios analizados? ¿Qué alcance tendría la realización de un acto de prueba anticipada en que no se hubieran observado plenamente todas las garantías procesales? Si consideráramos que dichas garantías conforman el derecho a la tutela judicial efectiva y al desarrollo del proceso con todas las garantías *ex art. 24.2 CE*, habría que atribuirles el carácter de prueba prohibida o prueba ilícita. En este sentido, entendemos por prueba prohibida la que “surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales” (art. 11.1 LOPJ). Dichas pruebas, evidentemente, serán nulas. En palabras de SÁNCHEZ BARRIOS, serán nulas en cuanto vulneradoras del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la igualdad de partes (art. 14 CE)¹⁹². En cumplimiento de dicha disposición serán pruebas prohibidas aquellas (anticipadas o no) en las que falte cualquiera de los principios enunciados y analizados: una prueba anticipada en que, sin motivo justificado, se efectúa el interrogatorio por escrito; una inspección ocular sin la presencia del juez; un reconocimiento en rueda sin contradicción...¹⁹³

La alusión a la prueba prohibida nos lleva de forma obligada a atender, aun someramente, la conocida como “Teoría de los frutos del árbol envenenado” (“the fruit or the poisonous tree doctrine”, en el ámbito anglosajón), conforme a la que la nulidad de una prueba prohibida conlleva también la de las que derive in/directamente de ella. Ello supone que la pérdida probatoria resulte mayor de lo inicialmente esperado, con claras consecuencias de cara a crear la íntima convicción del juez¹⁹⁴. Sin embargo, este efecto queda matizado en aquellos casos en que la prueba indirecta se hubiera obtenido de

¹⁹² SÁNCHEZ BARRIOS, M^a Inmaculada, “La prueba ilícita, la conexión de antijuridicidad y las reglas de desconexión. Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global: Liber Amicorum II”, en *Laudatio a la obra científica de la Prof. Dr.^a D.^a María del Carmen Calvo Sánchez* (Coord. PÉREZ-CRUZ MARTÍN; Agustín/BUJOSA VADELL, Lorenzo; CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen (hom)), Atelier, 2013, pág. 762.

¹⁹³ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, *Guía práctica de la prueba penal. Jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad. Formulario*, Dijusa, Madrid, 2005, pág. 44, para quien la valoración en sentencia de una declaración testifical anticipada o un reconocimiento en rueda, sin contradicción, nos colocaría ante un ejemplo de prueba prohibida por conculcación del art. 24 CE.

¹⁹⁴ Que debe ser menos íntima y más expuesta al escrutinio público, como analizamos anteriormente.

manera independiente de la nula, pudiendo resultar admitida por los tribunales. En estos casos, nos hallamos ante la “Teoría de la fuente independiente”¹⁹⁵.

Otra solución pasaría por considerar la excepción probatoria realizada sin atender a los aludidos principios como una prueba irregular por haberse obtenido con violación de la normativa procesal, pero no de derechos fundamentales (no quedaría incluido, por tanto, en los supuestos del art. 11.1 LOPJ). En el caso de las pruebas irregulares en las que se hubiera incurrido en alguna ilegalidad en el desarrollo probatorio, el efecto inmediato no será el de anular la prueba, habrá que estar al caso concreto¹⁹⁶. La consecuencia podría ser la mera ineficacia de la prueba, que no impediría el uso de otros medios indirectos o inclusive subsanar el defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario¹⁹⁷. Eso sí, siempre que conforme al art. 238.1.3º LOPJ se prescindiera de normas esenciales del procedimiento que hubieran podido producir indefensión, los actos procesales devendrán nulos de pleno derecho. Y es aquí donde podríamos ubicar el supuesto de infracción de alguna garantía procesal durante la práctica de la prueba anticipada. Si bien no supondría un ataque a un derecho fundamental, sí se aprecia la inobservancia de norma esencial del procedimiento que pudiera causar indefensión por lo que, a nuestro entender, el efecto sería el de la nulidad.

Uno de los casos más representativos de este tipo de actos nulos es el desarrollado sin la presencia del Letrado de la A.J. cuando ésta sea ineludible, como sucede en el caso de los actos probatorios anticipados realizados fuera de la sede del tribunal y en que el Secretario debe levantar fe judicial de lo actuado.

Afirma la STS 378/2014, de 7 de mayo, que cuando la presencia del fedatario judicial viene exigida legalmente, el acto efectuado como prueba anticipada o preconstituida será nulo, así como el acta que recoge su resultado, pues al no existir fe pública judicial

¹⁹⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 22 y 23; HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2010, pág. 524, MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, T. I, núm. 7, 1998, págs. 141-162.

¹⁹⁶ SÁNCHEZ BARRIOS denuncia la escasez reguladora en la LECrim en torno a la prueba ilícita y destaca la conveniencia de que, en futuras reformas, queden reflejados en la normativa procesal los avances ofrecidos en esta materia por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del TS. SÁNCHEZ BARRIOS, M^a Inmaculada, “La prueba ilícita, la conexión de antijuridicidad y las reglas de desconexión (...), op.cit., pág. 770.

¹⁹⁷ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal (...)*, op. cit., pág. 382.

no puede gozar de valor probatorio. Ahora bien, ello no significa que, en el caso de que nos hallemos ante un registro domiciliario, se entienda quebrantado el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en cuanto que su inspección quedó respaldada por una autorización judicial válida. La consecuencia inmediata será que, a través de otros medios de prueba complementarios pueden darse por válidos los hallazgos de los efectos intervenidos en el domicilio que fue registrado a través de la autorización judicial.

CAPÍTULO SEXTO: PROCEDIMIENTO

I. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA FASE INTERMEDIA

En el Derecho procesal penal español existe un antiguo debate acerca de cuántas y cuáles son las fases en las que se divide el procedimiento. Tradicionalmente, la doctrina (que no la Ley) lo ha dividido en las siguientes: fases de instrucción, intermedia y de juicio oral o enjuiciamiento. La intermedia (que no aparece expresamente contemplada en la Ley Procesal en relación con el procedimiento ordinario por delitos graves) comenzaría con el auto de conclusión del sumario y finalizaría con el auto de sobreseimiento o de apertura del juicio oral. En el procedimiento abreviado, por el contrario, podemos reconocer esta etapa en la fase de “preparación del juicio oral”.

La LECrim recoge la posibilidad de la práctica de determinadas diligencias tanto en la etapa de instrucción -que adquirirán posteriormente naturaleza probatoria y que podemos considerar especies de prepruebas (caso de la prueba preconstituida, a pesar de que un amplio sector doctrinal cualifica también como prueba anticipada)- como, posteriormente, en la de juicio oral con carácter previo al desarrollo de la vista. Ninguna referencia se hace en la Ley, sin embargo, a la posibilidad de que se lleve a efecto un acto probatorio en esta fase intermedia con carácter previo al juicio oral, al no tener regulación la propia fase en la LECrim, como decimos.

Ya indicábamos que existe discusión en torno al número de etapas procedimentales. De hecho, unos simplemente omiten dicho estadio intermedio pasando directamente de la fase de instrucción a la de enjuiciamiento, negando otros categóricamente su existencia¹⁹⁸. Para los segundos, una vez dictado el auto de conclusión de sumario se entra directamente en la fase del juicio oral.

La jurisprudencia sí ha acogido positivamente la tesis de la existencia de un período intermedio. Numerosas sentencias dan buena muestra de ello: SSTC 66/1989, de 17 de abril; 186/1990, de 15 de octubre; 33/1992, de 18 de marzo; 12 de mayo de 1997, 17 de

¹⁹⁸ Entre otros, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. Lectura constitucional*, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 48, 274 y 327; AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. IV, Edit. Reus, Madrid 1924, págs. 490 a 493 y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional (...)*, op. cit., pág. 568, para quien esta etapa desaparece en el procedimiento abreviado.

octubre de 1998, 21 de julio de 1999, etc.

No faltan tampoco los que sí creen en la fase intermedia, pero no sitúan los hitos que la comprenden en los mismos momentos procesales¹⁹⁹. Entre los defensores de la existencia de este estadio, encontramos a MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, para quienes “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”²⁰⁰. ZARZALEJOS NIETO defiende su existencia tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado²⁰¹.

En el procedimiento ordinario por delitos graves hemos de tener en cuenta que, con independencia de que sostengamos o no la existencia de esta fase, una vez que termina la instrucción el control del proceso pasa a ser del órgano de enjuiciamiento, por lo que la petición de prueba anticipada se efectuará y sustanciará ante aquél órgano y conforme a las normas de la práctica de la prueba en el juicio oral, y no a las de las diligencias sumariales.

En el procedimiento abreviado, el período intermedio se iniciaría al dictado del auto que ordena la continuación del procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado, finalizando con el auto de sobreseimiento de la causa o de apertura del juicio oral, tras la presentación de los escritos de conclusiones provisionales por las partes y la remisión de las actuaciones al órgano que enjuiciará por parte del Juzgado de Instrucción²⁰².

Mientras que el procedimiento ordinario por delitos graves esta etapa se sustancia ante

¹⁹⁹ HERCE QUEMADA, Vicente, “Derecho Procesal”, *Vol.II, Derecho procesal penal* con GÓMEZ ORBAJENA, Emilio, Edit. Los autores, Madrid 1948, págs. 142, 143 y 247 alarga la fase intermedia hasta la presentación de los escritos de calificación provisional, con inclusión de los artículos de previo pronunciamiento.

²⁰⁰ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal (...)*, op.cit., pág. 54.

²⁰¹ ZARZALEJOS NIETO, Jesús; BANACLOCHE PALAO, Julio, *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2015.

²⁰² Para MARTÍN BRAÑAS, en el abreviado la Ley recoge la fase intermedia tácitamente, abarcando la denominada preparación al juicio oral. Abarcaría desde el auto que acuerda la continuación del procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado hasta el dictado del auto de sobreseimiento o apertura del juicio oral. El competente para conocer de esta fase sería el propio órgano instructor. MARTÍN BRAÑAS, “La prueba anticipada en el proceso penal”, op. cit., pág. 519.

el órgano que resolverá en sentencia, en el abreviado tiene lugar ante el instructor, acogiéndose las diligencias que se interesen y admitan en este período a las prescripciones propias del estadio investigador. Y ello, advierte, MARTÍN BRAÑAS, porque no deben confundirse las peticiones que se hacen en fase intermedia para que se lleven a cabo dentro del mismo período con la petición a que aluden los arts. 790.5 y 791 LECrim que, aunque se solicite en el momento intermedio busca su práctica en la siguiente etapa, la del juicio oral, y que constituye para nosotros la auténtica prueba anticipada.

Como ya se habrá podido apreciar, la importancia del debate surgido en torno a la existencia o no de una fase intermedia obtiene sentido en nuestro estudio por ser éste el momento en que se insta la práctica de la prueba anticipada, toda vez que su petición, como tendremos ocasión de comprobar, se produce a través de los correspondientes escritos de calificación o de acusación y defensa, incluidos en este período de creación meramente doctrinal.

II. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

1. Momento para proponer la anticipación

Una vez que queda admitido el carácter excepcional de la probanza anticipada, hemos de profundizar en el mecanismo utilizado para que se lleve a cabo, los pasos que deben seguirse para que, finalmente, se pueda omitir lo previsto en el art. 741 LECrim y celebrar determinado acto probatorio una vez abierto el juicio oral, pero con carácter previo a la vista.

La LECrim -a pesar de ser tremendamente parca- da respuesta a la cuestión de quién y cómo se propone la práctica anticipada, aunque no dice cuándo debe interesarse, el momento concreto de la solicitud. Por ello, y de una interpretación extensiva de la ley procesal, se deduce que su proposición se hará de la misma forma en que se solicita el resto de las pruebas en el juicio oral, sin que encontremos especialidad en torno al momento en que se instan. El art. 657 LECrim²⁰³ faculta a las partes a pedir la práctica

²⁰³ La urgencia de su práctica se aprecia en el art. 657 tercer párrafo LECrim, que confiere a las partes la potestad de solicitar al juzgador la realización “desde luego” de las diligencias probatorias que “por cualquier causa” se tema que no podrán realizarse en el plenario. Añade como motivo de alteración de la regla general la probabilidad de suspensión del juicio.

de las diligencias de prueba respecto de las que se tema que no podrán practicarse en sede del juicio oral o que puedan motivar su suspensión. Así, compartimos con MONTÓN GARCÍA la reflexión de que el precepto indicado sólo faculta a las partes a pedir la anticipación de la prueba, pero será el artículo anterior, el 656, el que nos indique en qué momento debe pedirse²⁰⁴.

En relación con el procedimiento ordinario por delitos graves, conforme al art. 657 III LECrim, la solicitud se verificará en el escrito de calificación; en el procedimiento abreviado, se hará en el escrito de acusación (art. 781.1 III LECrim) o defensa (art. 784.2 LECrim)²⁰⁵. De esta manera, en función del tipo de procedimiento se establece la vía a través de la que las partes pueden instar del tribunal la práctica previa, siempre que concurra el elemento fundamental de que se prevea la imposibilidad de su práctica durante la vista oral, de forma que se evite la pérdida o inutilidad de pruebas esenciales para alcanzar la verdad material.

Como bien expone JUANES PECES, la extrema parquedad de la regulación legal conduce inexorablemente a la doctrina ya fijada del TC para conocer con precisión cuáles son los requisitos de admisibilidad de la figura y, concretamente, qué se entiende por imposibilidad de reproducción.

Hemos de tener en cuenta que la solicitud puede plantearse en el seno de los escritos de calificación o de acusación y defensa (según la modalidad de procedimiento) gracias precisamente a que una de las notas características de la anticipación probatoria es la previsibilidad, resultando previsible que no podrá practicarse durante las sesiones del juicio oral. Cabe, por tanto, destacar, que si los elementos condicionantes se conocen al tiempo de presentación de los respectivos escritos, será este el momento preciso para su solicitud. Ahora bien, ¿qué pasaría si las partes se percataran de la imposibilidad en el intervalo comprendido entre el momento en que se presentan los escritos y el inicio de las sesiones? ¿Sería posible la solicitud en ese instante? ¿Habría precluido el derecho a proponer la prueba? La respuesta pasa por admitir que puede interesarse en el momento en que se conozca el elemento que evita su realización en el acto de la vista, siempre y

²⁰⁴ MONTÓN GARCÍA, María Lidón, *La Admisión y Práctica de la Prueba en el Proceso Penal*, Edit. Trivium, Madrid, 1999, pág. 92.

²⁰⁵ El art. 781.1 tercer párrafo LECrim, en relación con el procedimiento abreviado atribuye expresamente a parte acusadora la potestad de solicitar que se practiquen anticipadamente las pruebas que no podrán efectuarse en el acto del juicio.

cuando, por supuesto, se acredite que efectivamente la causa que motiva la excepcionalidad se desconocía con anterioridad²⁰⁶.

En este caso, la parte proponente de la prueba- en su respectivo escrito de acusación o defensa- tendría la opción de dirigirse de nuevo ante el órgano de enjuiciamiento con el propósito de reproducir la petición de la práctica de la prueba, pero, en esta ocasión, como anticipada.

De este modo, la petición sorpresiva podría ser del siguiente tenor: “D. (...), Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. (...), según tengo debidamente acreditado en las diligencias referenciadas, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que el testigo D. (...), propuesto por esta Representación en el escrito de acusación, estará fuera del territorio nacional el día señalado para la vista, (...), por lo que se solicita que se acuerde su toma de declaración antes de dicho día, citándole judicialmente, así como al resto de partes personadas”.

Ahora bien, sobre esta petición extemporánea del acto probatorio se pronunciará el tribunal, debiendo dejar constancia de si entiende razonable y justificada la causa de urgencia alegada.

De conformidad con lo expuesto, la regla general será que el planteamiento del adelanto probatorio se haga en los escritos respectivos, constituyendo la excepción los casos en que se tenga conocimiento de la causa que ponga en peligro la práctica de la prueba con posterioridad. De esta suerte, el momento de la petición se hará depender de la coyuntura del conocimiento de la causa concurrente.

En la actualidad, se abre paso una línea jurisprudencial más moderna que permite que se proponga prueba más allá de este instante en los supuestos en que concurran razones excepcionales y siempre que no suponga un fraude procesal y se observe el principio de contradicción. Más aún, parece que en el caso de los procesos ante el Tribunal del

²⁰⁶ Opina lo mismo Vicente GUZMÁN FLUJA: “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 que efectivamente que concurre la circunstancia habilitante y que no concurría o no se conocía antes”, GUZMÁN FLUJA, V.C., “La anticipación y aseguramiento (...)”, op. cit., pág. 267.

Jurado podemos encontrar un segundo momento clave de proposición de la prueba anticipada, cual es el de las cuestiones previas al juicio²⁰⁷. En sede de este tipo de procesos, el art. 36 LOTJ permitirá a las partes que, cuando se personen ante el tribunal de enjuiciamiento, planteen cuestiones que deberán resolverse por el Magistrado-Presidente con antelación a la continuación del proceso. Y, entre estos asuntos, puede encuadrarse precisamente la impugnación de los medios de prueba propuestos por los otros intervinientes y la proposición de nuevo material probatorio. De las nuevas propuestas se dará oportuno traslado a las partes para que en el plazo de tres días puedan solicitar por escrito su inadmisión.

Si atendemos al carácter excepcional de este tipo de pruebas, parece interesante que, en materia del proceso especial ante el Tribunal del Jurado, la interpretación de los arts. 656, 781. 1 III y 784.2 LECrim, y de los arts. 29 y 36 de la LOTJ resulte más flexible, menos rígida. Según la interpretación propugnada, los escritos de calificación no constituirán la única oportunidad en la que podrá solicitarse la práctica anticipada de la prueba, de modo que las partes podrán solicitarla y el tribunal admitirla (o, incluso, acordarla de oficio) en los casos en que la causa que lo motivase fuese posterior al momento de presentación de dichos escritos²⁰⁸.

No podemos perder de vista que, para que pueda practicarse la prueba anticipada planteada fuera del momento previsto no basta la existencia y acreditación de que la causa que motivara la anticipación sucediera con posterioridad a la presentación de los escritos de calificación por parte de la acusación y la defensa, sino que es imprescindible, obviamente, que pueda realizarse materialmente en un momento anterior a las sesiones del juicio. En este caso, y a los efectos dichos, el momento preclusivo para su solicitud y su práctica será el de las propias sesiones del plenario. La posibilidad de su adopción de oficio se contempla asimismo en las SSTS de 14 de noviembre de 1998 y 25 de noviembre de 1999.

El propio TC utilizó el criterio flexible descrito en las SSTC 30/1986, de 20 de febrero;

²⁰⁷ Posibilidad reconocida también por José Antonio DÍAZ CABIALE en "Prueba, deliberación, veredicto y sentencia", en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión provisional*, Edit. Comares, Granada, pág. 291; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pág. 515.

²⁰⁸ Adoptan esta posibilidad MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op. cit., pág. 527; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria (...)*, op. cit., pág. 326; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "La práctica probatoria anticipada (...)", op.cit., pág. 30.

147/1987, de 25 de septiembre; 205/1991, de 30 de octubre, etc, así como el Tribunal Supremo en las SSTs de 7 de diciembre de 1994, 3 de octubre de 1997, 16 de octubre de 1998..., en las que afirma que el derecho a emplear los medios de prueba pertinentes es inherente al derecho de defensa, que debe ser reconocido por los tribunales sin poner obstáculos en su ejercicio. De este forma, se preferirá pecar por exceso que por defecto, prefiriendo que los tribunales tiendan a admitir los medios probatorios que a denegarlos.

De lo expuesto podemos, por tanto, señalar y, en cierta medida, justificar, la necesidad de la práctica en un momento distinto al estrictamente establecido por la Ley; debe llevarse a cabo un juicio de probabilidad de que el riesgo concurrente pueda producirse si no llegara a anticiparse la prueba. Juicio de probabilidad que, sin duda, deberá hacerse en un doble momento: en un primer instante por el solicitante y, posteriormente, por el juzgador, en el momento de in/admitir la prueba²⁰⁹.

Evidentemente, como su propio nombre indica, el plazo en el que puede solicitarse y practicarse finaliza una vez abierto el juicio oral pues, siendo la sede natural de su desarrollo, podrá instarse como cuestión previa la práctica de alguna actuación probatoria, pero no adquirirá la naturaleza de prueba anticipada, sino de prueba ordinaria en los términos del art. 741 LECrim.

2. Contenido de la petición

No se regula en la LECrim el contenido mínimo que debe contener la petición de anticipación probatoria. Para cubrir tal laguna, entendemos que sería razonable que, como mínimo, las partes hicieran constar en la solicitud: qué tipo de prueba se pretende realizar, los hechos que pretenden fijarse con ella, su relevancia para la decisión del juzgador, la/s persona/s que han de intervenir y las razones que justifican el adelantamiento²¹⁰. Desde luego, no debe tenerse por satisfecho el requisito alegando

²⁰⁹ Para SAU, dicho pronóstico no se refiere en sí al medio probatorio, sino a ciertos factores de riesgo que hacen necesaria la anticipación. SAU, Silvio, “L’incidente probatorio”, op. cit., pág. 112

²¹⁰ En el Derecho italiano, el Codice di Procedura Penale, al regular la figura excepcional de la prueba anticipada, establece como contenido mínimo que debe reunir la solicitud, en su art. 393:

- a) La prueba que se pretende practicar, los hechos que la constituyan, el objeto y las razones de su relevancia para el juicio oral.
- b) Las personas contra las que se procede.
- c) Las circunstancias que, a tenor de lo previsto en el art. 392, hacen que la prueba no pueda practicarse en el juicio oral.

que el testigo o el perito, por ejemplo, no estará en el país, sino que deberá señalarse y acreditarse en la medida de lo posible que está de paso, tiene su domicilio en el extranjero en un lugar alejado o cuya comunicación le impediría el traslado en la fecha del juicio... En esta línea, no será suficiente con decir que el testigo está en peligro inminente de muerte, sino que tendrá que presentarse el historial médico del mismo del que se deduzca ineludiblemente una situación de riesgo para su vida ni, en el caso del perito, será bastante la alegación de que va a ser trasladado a otra jurisdicción o se encontrará de viaje en un país de difícil comunicación, sino que deberá presentar resolución acreditativa de ello. Si no se justificara suficientemente, podrá tomarse por meras presunciones que no tendrán fundamento bastante como para ser atendidas por el órgano de enjuiciamiento, pudiendo denegar su práctica anterior.

Hemos visto cómo la LECrim, siguiendo la estela de escasez de regulación en torno a la figura, no contempla siquiera el contenido mínimo de la petición, a diferencia de lo que sucede en la normativa italiana. El art. 393 del Codice di Procedura Penale actúa a modo de cláusula general, indicando el contenido mínimo de la petición, que podrá ser alterado o completado en función del tipo de actuación probatoria que se pretendiera realizar. Se trata, por tanto, de un contenido mínimo obligatorio, exigiéndose otros de carácter específico en determinadas pruebas. En el supuesto de no dar cumplimiento a dicha exigencia, el efecto correlativo será su inadmisión²¹¹.

Aun cuando el Derecho español no alude a un contenido obligatorio mínimo, sería razonable, al modo italiano, establecer como tal: la prueba a practicar, los hechos que la constituyan, el objeto, los motivos de su relevancia para el juicio oral y las personas afectadas por la misma. Se trata de identificar no sólo el tipo de acto probatorio cuya anticipación se solicita, sino también de justificar su pertinencia en relación con los hechos introducidos por las partes en sus respectivos escritos y el peso que pudiera tener en la formación de la íntima convicción del juzgador. No podemos perder de vista que el competente para admitir el medio probatorio que se proponga es el órgano de enjuiciamiento, quien tendrá un conocimiento superficial del asunto sobre el que posteriormente resolverá a través de sentencia, pues necesita comprender la relevancia de las pruebas en relación con el objeto del juicio. Pero dicha comprensión no puede ser

²¹¹ Corresponde, en todo caso, al juez al que se dirige el incidente probatorio (acto probatorio, en equivalencia con la institución aquí estudiada) comprobar la concurrencia tanto de los requisitos mínimos como de los exigidos en supuestos específicos.

tan amplia como para prejuzgar y ver afectada su imparcialidad. En el caso de la anticipación probatoria, la necesidad de justificar el medio de prueba que se plantea se une a la de facilitar al juez los elementos de juicio suficientes no sólo para hacer ver que la prueba es pertinente y útil, sino que apremia su pronta realización por la concurrencia de alguna de las razones de urgencia.

Con la determinación de la personas a quienes afecta se salvaguardan las garantías procesales exigidas a toda prueba, y que se traduce en la citación de las partes intervinientes en el proceso y las personas sobre las que recaiga la prueba en sí.

Resulta especialmente relevante que el solicitante exponga las circunstancias que motivan que la prueba no pueda practicarse en el juicio oral. Por ejemplo, en la prueba testifical, cuando exista motivo bastante para pensar que el testigo no se hallará en condiciones idóneas para declarar o incluso que exista riesgo de fallecimiento si se espera a que declare a la fecha del juicio; asimismo, cuando existan datos sólidos que hagan pensar que el testigo ha sido presionado o amenazado para no declarar o hacerlo en determinado sentido; en los casos de inspección ocular, cuando el lugar a inspeccionar quedara expuesto a modificaciones, aumentando la probabilidad de que se produzcan éstas con el paso del tiempo; en el caso de las periciales, cuando el objeto de la pericia pudiera desaparecer o pudiera dar lugar a la suspensión del juicio oral por un plazo temporal excesivo (superior a 30 días) o cuando el objeto del peritaje pudiera quedar sujeto a circunstancias que inevitablemente lo hagan mutar o desaparecer. Tales circunstancias deben ser puestas de manifiesto en el escrito de solicitud para que el juez tenga elementos de juicio suficientes para admitir o denegar la prueba²¹².

²¹² El legislador italiano señala en algunos tipos de prueba a modo de lista cerrada la relación de circunstancias que pueden justificar el adelanto de la prueba. Por ejemplo, en el caso de la prueba testifical, sólo cabrá la anticipación si el testigo adolece de alguna enfermedad u otro impedimento grave que haga peligrar su comparecencia en juicio, o cuando se conozcan o sospechen fundadamente las presiones, coacciones o amenazas sobre el declarante para que no declare o lo haga en determinada línea. En estos supuestos concretos, el solicitante tendrá la carga de acreditar la enfermedad del testigo, el estado en que se halle, su pronóstico de evolución, la forma en que podrá influir en su eventual declaración en el acto de la vista, así como los datos objetivos con los que cuente para, en otro caso, justificar la existencia de amenazas coacciones o sobornos sobre los deponentes.

En los supuestos de prueba pericial, habrán de indicar las posibles variaciones que el objeto de la pericia sufrirá si se demora la práctica y exponer fundadamente los motivos de ello o, en su caso, explicar la

Vemos, pues, que en los casos en que se anticipa la realización de la prueba, se hace necesario expresar y, acreditar, en lo medida de lo posible, la concurrencia de circunstancias que ponen en peligro real y suficiente la posibilidad de que la prueba se realice en su momento natural, el acto del juicio, efectuando un ineludible juicio de probabilidad de que posteriormente se dificultará (o imposibilitará) su desarrollo.

La doctrina y la jurisprudencia han ido ampliando paulatinamente los supuestos en que se admite la realización anticipada de la prueba, en supuestos tales como que el objeto a identificar pueda sufrir alguna modificación, y abogan por la realización en tanto sea posible, con el fin de evitar contaminaciones en aquél que va a identificar o deterioro o mutación del objeto a identificar.

Cuando los intervinientes, a raíz de lo actuado durante la instrucción, aprecian que un dato o elemento obtenido durante la misma pudiera ser de utilidad para justificar sus pretensiones y se intuye o se sabe que no podrán ejecutarse los medios de prueba relativos a ellos en las sesiones desarrolladas durante el juicio oral (único momento en que la LECrim lo indica), surge la necesidad de las partes de evitar que aquel dato, elemento o información se pierda con el fin de que llegue a formar parte del ya mentado acervo probatorio. En el caso de que únicamente se trate de asegurar que el juez decisor tenga conocimiento de su existencia, podría asegurarse mediante la diligencia de investigación oportuna. En este caso no sería en puridad una prueba auténtica, pues no se desarrolla en presencia del juzgador sino hasta que se introdujera en el juicio oral mediante su lectura.

Del análisis de lo dispuesto en la LECrim se desprende que las partes podrán instar la práctica probatoria en sus escritos cuando de la instrucción se deduzca la existencia de alguna de las siguientes posibilidades:

a) Que sea necesario anticipar la práctica de la prueba ante una previsible no

dificultad inherente a su realización que supone que no pueda realizarse u obtenerse los resultados en el plazo máximo de 60 días. Idénticas justificaciones serán exigidas en el caso de la inspección ocular.

En cuanto al reconocimiento o identificación judicial, si bien se exige que se justifique la causa de la anticipación, lo cierto es que se admite con mayor flexibilidad, al poderse realizar cuando aquél que va a reconocer se encuentre en peligro de muerte o aquejado de alguna enfermedad grave o exista alguna causa seria que le impida llevar a cabo el reconocimiento en el acto del juicio, o bien sufra presiones, amenazas o sobornos para que no llegue a identificar nada a presencia judicial o lo haga en determinado sentido.

disponibilidad futura de la fuente de prueba en las sesiones del juicio oral, pero sí en el momento de su apertura.

b) Que sea necesario para evitar una posible suspensión de las sesiones del juicio.

En el primero de los casos, la no disponibilidad de la fuente de prueba en el futuro, admite mayor flexibilidad en cuanto al momento de proposición. El elemento fundamental de esta hipótesis lo constituye la indisponibilidad real, siendo irrelevante que se produzca o se conozca en el momento de presentación de los correspondientes escritos (pidiéndose en el seno de los mismos) o bien con posterioridad, en un momento posterior a dicha presentación pero siempre anterior al inicio de las sesiones del juicio oral, debiéndose justificar oportunamente que la causa motivadora de la anticipación no se produjo antes o no se conocía con anterioridad a tal momento

En los casos en que concurra alguna de las circunstancias expuestas, habrán de requerirlo las partes en sus respectivos escritos. Pero, como decimos, la falta de una regulación rigurosa provoca que las diferentes situaciones no queden resueltas legalmente, siendo la doctrina la que ha buscado soluciones que se pueden entender más o menos acertadas. Si el motivo de la práctica previa de la prueba es una previsible no disponibilidad futura de la fuente de prueba, se contempla la posibilidad de su proposición con mayor amplitud. De esta manera, si la no disponibilidad de los medios de prueba es apreciado o conocido con antelación a la emisión del escrito, quedará incorporado al mismo; ahora bien, si la causa de la no disponibilidad sobreviniera en un momento posterior a la presentación de los escritos o se conociera con posterioridad, nos inclinamos por considerar que cabría pedir la anticipación con carácter previo al comienzo de las sesiones del juicio oral, debiendo acreditarse la circunstancia concurrente, así como que no concurría o no se conocía antes.

3. Defectos en la proposición

La prueba, decíamos al inicio del presente estudio, constituye un acto procesal de suma importancia dentro del Derecho procesal. Y, como todo acto procesal, puede adolecer de defectos que, de ser subsanables y no procederse a su subsanación, perderán toda virtualidad al reputarse nulos. El art. 24 CE actúa como mecanismo a través del que los tribunales se verán compelidos a facilitar a las partes la corrección de cualquier defecto

que se localice para que no se pierda la posibilidad de practicar la prueba. En este sentido, un defecto subsanable no podrá nunca dejar de ser subsanado por causa atribuible al órgano judicial, quien deberá favorecer en lo posible la reparación de los defectos identificados. En caso contrario, podría entenderse infringido el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por convertir en insubsanable una deficiencia que podría haberse corregido en su día y que motivó el dictado de una resolución contraria a sus intereses²¹³. Aplicando esta teoría a la materia probatoria, resulta obvio que si el tribunal (o alguna de las partes) advierte la existencia de algún defecto que impediría la admisión del medio probatorio, deberá facilitar a la parte proponente la corrección de dicho error.

En la medida de que se trata de un principio de general aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales, traemos a colación en materia penal lo establecido en el art. 231 LEC, cláusula supletoria²¹⁴, conforme al que: “El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos en la ley”.

El derecho fundamental subsumido en el art. 24.1 CE de emplear los medios probatorios que la parte considere para defender sus pretensiones (siempre, claro está, que reúna una serie de condiciones que serán analizadas posteriormente) constituye una norma fundamental del ordenamiento jurídico y, por ende, es indisponible para las partes, lo que impedirá su renuncia o las transacciones relativas a ello. Lo anunciaba ya la STS de 5 de noviembre de 1982 cuando destacaba que “la única referencia en sentido prohibitivo de su inoperancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado en el art. 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los ‘contrarios a las leyes que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto”.

Según lo dicho, en caso de que alguna de las partes solicitara la admisión y práctica de una prueba como anticipada y no justificara suficientemente su urgencia o no facilitara

²¹³ SSTC 112/1997, de 3 de junio; 104/1997, de 2 de junio; 79/1997, de 21 de abril; 152/1996, de 30 de septiembre; 149/1996, de 30 de septiembre; 117/1990, de 21 de junio; 3/1987, de 21 de enero; 62/1986, de 20 de mayo.

²¹⁴ Art. 4 LEC.

los datos indispensables para su realización, siempre que fuera advertido dicho defecto por el tribunal y la parte mostrara su intención de subsanar el error, deberá dársele no sólo la posibilidad de hacerlo, sino facilitarle en lo posible dicha rectificación con el propósito de que no actúe como obstáculo a su correcta práctica.

III. ADMISIÓN DE LA PRUEBA

1. El auto de admisión

En el procedimiento penal, una vez que las partes proponen los medios de prueba de los que intentan valerse en sus respectivos escritos, corresponde al órgano de enjuiciamiento la decisión de la admisión de las pruebas a través de una resolución que adoptará la forma de auto.

En línea con la ausencia de regulación de la prueba anticipada en la LECrim, nada se dice en ésta sobre cuál debe ser el contenido de la resolución por la que se admita, en su caso. Puede entenderse razonable que, como mínimo, recoja el objeto de la prueba cuya anticipación se pretende, las causas que fundamentan su anticipación, las personas interesadas en la práctica de ésta y la fecha de su realización. Parece lógico, igualmente, tal y como sucede en el Derecho italiano en relación con el incidente probatorio, que si han de practicarse distintas actuaciones de forma previa a la vista, se vele porque -en la medida de lo posible- se practiquen el mismo día, con el fin de que la unidad de acto sufra la mínima merma posible y no se vean dilatadas en el tiempo de manera excesiva todas las diligencias probatorias a realizar. Pues, como afirmábamos, la ruptura con la unidad de acto en el juicio oral se torna inevitable en los supuestos de prueba anticipada, pero debe mitigarse tal efecto de manera que quede dentro de unos niveles aceptables.

Sí encontramos, por el contrario, en la normativa procesal determinación de en qué momento se produce admisión de las pruebas por el tribunal. En el procedimiento ordinario por delitos graves, conforme al art. 658 LECrim, una vez presentados los escritos de calificación, o recogida la causa de poder de quien la tuviere después de transcurrido el término señalado en el artículo 649, el Letrado de la A.J. dictará diligencia teniendo por hecha la calificación, y acordará pasar la causa al ponente, por término de tercer día, para el examen de las pruebas propuestas.

Devuelta que sea la causa por el Ponente, señala el art. 659 LECrim, el tribunal

examinará las pruebas propuestas, e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás. Esta labor, como es lógico, la realizará una vez que se haya instruido de la causa lo suficiente como para entender una prueba útil y pertinente, pero sin entrar profundamente en el fondo del asunto para no prejuzgar.

En el procedimiento abreviado, cuando las actuaciones estén en manos del órgano de enjuiciamiento tras haberlas entregado el órgano instructor, después de examinar las pruebas que propongan las partes en sus respectivos escritos, dictará auto admitiendo las pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá, dice el art. 785.1 LECrim, lo necesario para la práctica de la prueba anticipada²¹⁵.

Contra el auto admitiendo las pruebas o mandando practicar la que se hallare en el caso del párrafo tercero del artículo 657, no cabrá recurso alguno. Por el contrario, si una diligencia de prueba es rechazada (incluida, lógicamente, la anticipada), podrá interponerse nuevamente recurso de casación si se hace valer oportunamente protesta, bajo la consabida expresión de la formulación de “respetuosa protesta”.

2. Requisitos de admisibilidad de la prueba anticipada

A. Requisitos generales

De lo examinado hasta ahora podemos concluir que la prueba anticipada ostenta una doble condición: se trata de una auténtica prueba desde su origen, sin necesidad de convalidación posterior ni introducción especial en el acto del plenario y, a la vez, reúne la nota de excepcionalidad que le otorga el legislador para favorecer la práctica de las actuaciones que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la búsqueda de la verdad. Es por ello por lo que deberá cumplir dos niveles de requisitos en su desarrollo: los propios de toda prueba, indispensables para que se considere válida y susceptible de causar en el juzgador la íntima convicción, y los propios de su condición anticipada, que permitirán excepcionar el momento en que debe producirse. Atendiendo a esta doble

²¹⁵ Tras presentarse el escrito de defensa o una vez transcurrido el plazo de presentación, el Letrado de la A. J. ordenará la remisión de las actuaciones al órgano que enjuiciará, excepto cuando juzgara el Juez de lo Penal y éste se desplace periódicamente a la sede del órgano instructor para celebrar los juicios que de él procedieran. En esta última hipótesis, la causa permanecerá en la Oficina judicial a disposición del Juez de lo Penal (art. 784.5 LECrim).

naturaleza, indicaremos de forma separada los requisitos que deben cumplir para que sean admitidas y practicadas.

Requisitos generales para la admisión de toda prueba: ²¹⁶

a) Que sean propuestas en el tiempo y la forma que dispone la Ley. En cuanto al tiempo, habrá de solicitarse como regla general en el escrito de conclusiones provisionales en el caso de procedimiento ordinario por delito grave (art. 656 LECrim), en los escritos de acusación y defensa en el procedimiento abreviado (art. 781.1 III y 784.2 LECrim), o en el escrito de calificación y petición de juicio oral en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (arts. 29 y 37 LOTJ). Con respecto de la forma, se ajustarán a las reglas generales de la prueba que se proponga, de manera que si se tratara de pericial o testifical habrá de indicarse expresamente los datos que permitan identificar al testigo y/o perito que se proponga, como tendremos ocasión de ver.

b) Que, tal y como dispone el art. 659 LECrim, se traten de pruebas pertinentes, necesarias y posibles. Son pruebas pertinentes las que guardan relación con el objeto del proceso, es decir, aquéllas a través de las que se pueda conocer o aspirar a conocer la existencia o no del hecho punible, la participación de los imputados y en qué concepto, la circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, así como las circunstancias referentes a la naturaleza, motivos y efectos de la comisión delictiva.

El TC, en sucesivas sentencias, ha entendido la pertinencia como la relación existente entre las pruebas propuestas por las partes con el objeto del juicio, que constituye el *thema decidendi* ²¹⁷.

Podrá denegarse la práctica de la prueba si no se considerara pertinente o fuera inútil o irrelevante. Se considerará inútil o irrelevante cuando aun guardando relación con los hechos objeto del proceso, no contribuya a formar la íntima convicción del juzgador, o bien cuando las partes puedan demostrar determinado hecho a través de otro medio

²¹⁶ Tratados por la generalidad de la doctrina, ejemplificados en Francisco RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional*, op. cit., pág.280; María Lidón MONTÓN GARCÍA, *La admisión y Práctica (...)*, op. cit., págs. 91 y ss, y 197 y ss.

²¹⁷ SSTC 51/1985, de 10 de abril; 33/1989, de 13 de febrero; 44/1990, de 15 de marzo; 59/1991, de 14 de marzo; 32/1992, de 18 de marzo; 290/1993, de 4 de octubre; 112/94, de 24 de enero, etc.

Por parte del TS también se aborda reiteradamente, en SSTs como las de 15 de julio de 1968; 24 de abril de 1972; 10 de febrero de 1975; 5 de julio de 1977; 16de septiembre de 1992; 23 de marzo de 1993; 22 de noviembre de 1994; 27 de abril de 1998; 6 de julio de 1999, etc.

probatorio. Por el contrario, en el caso de que el resultado de una cierta diligencia probatoria esté relacionado con el *thema decidendi* y pueda contribuir a formar la íntima convicción del juzgador en torno a la absolución o condena de los partícipes o a alguno de los pronunciamientos de la sentencia que deba efectuar, de manera que su omisión pueda alterar el contenido de la sentencia a favor del proponente, el órgano de enjuiciamiento no tendrá facultades de denegación del medio probatorio propuesto.

Los requisitos de pertinencia, utilidad y relevancia se encuentran íntimamente relacionados. El hecho de que los juzgadores se vean vinculados por estos principios juega como garante de los derechos de los litigantes, evitándose que se produzca una indebida y arbitraria denegación de los medios probatorios propuestos por aquellos. En el caso de que se incurriera en infracción de los mismos por inadmisión indebida de la prueba, cabrá la interposición del recurso de casación.

En esta línea, existen pronunciamientos del Tribunal Supremo, mostrando, por clarificador, lo dicho en la STS de 16 de octubre de 1998: “En el tercer motivo, también por quebrantamiento de forma y amparado esta vez en el artículo 850.1º LECrim, se denuncia la denegación de una serie de diligencias que propuso la parte hoy recurrente en su escrito de conclusiones provisionales y que el Tribunal de instancia consideró no pertinentes. El motivo no puede prosperar. El derecho a utilizar los medios de prueba para la defensa está condicionado-artículo 24.2 CE- a la pertinencia de los medios propuestos porque evidentemente no se trata de un derecho absoluto e ilimitado. La declaración de pertinencia se encuentra, en principio, encomendada a la razonable decisión del Tribunal que conoce del proceso, decisión que, en todo caso, debe estar presidida por un criterio de generosidad, toda vez que la denegación de una prueba marca, como con frecuencia se ha dicho, el momento de máxima tensión para el derecho de defensa. El indicado criterio, con todo, no puede llevar a asumir una actitud tan laxa que se traduzca en la admisión de cualesquiera diligencias por desvinculadas que estén de los hechos que han de ser enjuiciados. Pues bien, la primera de las diligencias que, como prueba anticipada, propuso la Defensa del procesado en el mencionado trámite de conclusiones provisionales, estaba encaminada al conocimiento de todas las llamadas que se hicieron el día de autos desde un determinado teléfono público, con la finalidad de probar que una de las llamadas tuvo como receptor el teléfono móvil de su propiedad que, según se decía, había quedado durante la tarde de ese día en poder de un tercero, indagación que era perfectamente inútil porque ya estaba acreditado que el teléfono móvil del procesado estuvo todo ese día en su poder o, al menos, en su domicilio. La segunda diligencia pretendía obtener un informe detallado sobre llamadas efectuadas y recibidas entre determinados teléfonos móviles desde el día 16 al 20

de noviembre de 1995, informe que a aquella altura del proceso resultaba superfluo por haberse realizado ya, durante la instrucción sumarial, una exhaustiva indagación sobre las llamadas telefónicas que se cruzaron aquellos días entre el procesado, la víctima y las personas con las que ambos se relacionaban. La tercera diligencia, orientada a conocer la titularidad de una motocicleta, no parecía tener la menor relación con el hecho investigado ni la parte que la propuso se molestó en aclarar que la tenía. La cuarta versaba sobre el origen de un documento sobre cuya falta de autenticidad y fiabilidad existían ya suficientes razones en las actuaciones sumariales. La quinta, sexta y séptima, así como la prueba pericial igualmente propuesta para que se practicara antes del juicio oral, hubiesen tenido como objeto, si se hubiesen admitido, los desequilibrios psíquicos que la parte proponente pretendía atribuir a la compañera sentimental del procesado sobre cuyo extremo la Sala se reservó formar criterio, y valorar adecuadamente su testimonio, para cuando aquélla compareciese-como efectivamente hizo-a declarar como testigo en el acto del juicio oral. Y finalmente la octava diligencia solicitada y rechazada se encaminaba a la identificación de una persona cuya única relación con el hecho investigado era haber hablado con el procesado el día la mañana del día de autos. Fueron, efectivamente, muchas las diligencias denegadas de las propuestas por la Defensa en su escrito de conclusiones provisionales y fueron, seguramente, demasiado escuetos los razonamientos con que el Tribunal de instancia fundamentó la denegación, pero no ello no puede impedir que esta Sala, en obligada revisión del acuerdo que motiva la denuncia, llegue a la conclusión de que la inadmisión de todas ellas, por su inoperancia en algunos casos y su impertinencia en otros, fue correcta y no determinante de indefensión efectiva y material para el recurrente. El tercer motivo, en consecuencia, no puede ser acogido” (F.J.4º).

En relación con lo dicho, no podemos dejar de advertir que no puede confundirse el juicio inicial que hace el órgano judicial al decidir sobre la pertinencia o utilidad de la prueba propuesta con la facultad de la que dispone de denegar posteriormente su práctica si, a la vista del resultado de las ya llevadas a cabo, entendiera que no son necesarias.

Según entiende el TS en el F.J.3º: “(...) a diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible, la “necesidad” de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensables y

forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia(...)”.

Esta situación se produce frecuentemente en el día a día de los procesos penales, en que, a raíz del resultado de otras pruebas puede entenderse por las partes (a través de su renuncia) o por el propio tribunal (a través de su negativa a practicarlas), que algunas de la propuestas y admitidas devienen innecesarias, sin que afecte dicha decisión a la facultad de defensa de las partes. Como expone MARTÍN BRAÑAS²¹⁸, nos hallamos ante momentos distintos en relación con la admisión de la prueba, pues, en un primer instante, lo que se produce es un juicio originario sobre la relevancia que su resultado puede tener en la sentencia que se dicte, lo que no vincula al juzgador a la hora de llevarla a efecto, ya que puede darse el caso que el tribunal se niegue a la práctica de determinada prueba originariamente admitida por considerar que, a la vista de lo ya practicado, no resulta necesario para la formarse la debida convicción sobre el objeto del proceso.

El TS ha explicado de forma continua la diferencia entre la pertinencia y la necesidad de la prueba, indicando que si bien es pertinente lo adecuado y oportuno, la necesidad puede tener un matiz de obligación; ahora bien, ambas notas se hallan interconectadas, en cuanto que deben estar relacionadas con el *thema decidenci* del proceso y han de ser útiles o relevantes para las cuestiones debatidas en él. En definitiva, el tribunal se ve forzado *a posteriori* a la formulación de un juicio sobre la prueba que supera en intensidad al emitido al tiempo de la admisión y que versa sobre la pertinencia. Necesidad, por tanto, tiene relación con lo indispensable, lo forzoso, en tanto que pertinente se queda sólo en lo adecuado.

La jurisprudencia del TC concluye que no existe vulneración de derecho fundamental cuando la prueba propuesta es rechazada aun siendo pertinente siempre que el punto que se pretendía acreditar a través de ella haya quedado acreditado a través del resto de pruebas concurrentes (STS de 17 de septiembre de 1998).

En los mismos términos, la STS de 2 de junio de 1999, que refiere:”Piénsese que en relación al artículo 850.1 procesal debe distinguirse entre prueba pertinente y prueba necesaria. La primera es la que tiene y guarda relación directa con el “*thema decidendi*”, como objeto del proceso, mientras que la segunda es aquella que resulta imprescindible

²¹⁸ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op. cit., pág. 533.

para formar la íntima convicción de los Jueces, de tal forma que sólo la caprichosa e indebida denegación de la prueba pertinente cuando la proposición, o de la prueba necesaria cuando la práctica de la misma, puede propiciar en buena técnica jurídica el quebrantamiento de forma.

La pertinencia guarda relación con el objeto del proceso si las pruebas son útiles, oportunas y convenientes. La necesidad es ya la prueba que, además de ser pertinente, resulta indispensable, forzosa y obligada en su práctica (...).”

Advertíamos que la prueba requería para su admisión que fuera de posible realización. En cualquier caso, la jurisprudencia ha considerado que la negativa a su admisión en base al incumplimiento de tal requisito no podrá adoptarse sin haber tratado de realizarla por todos los medios posibles y dentro de un tiempo razonable para evitar la dilatación indebida del procedimiento.

c) El tercer de los requisitos generales a analizar, no por evidente, debe dejar de ser explicado. Nos referimos a la necesidad de que los medios probatorios no se obtuvieran con violación de derechos o libertades fundamentales. La jurisprudencia ha prestado una especial atención a este requisito, mostrando interés en que se diferenciara del resto de los analizados anteriormente. No son pocas las sentencias que han abordado la condición referida, apuntando como ejemplos la STC 114/1984, de 29 de noviembre y la STS de 28 de octubre de 1997. MARTÍN BRAÑAS, con gran acierto, resume las ideas arrojadas por la jurisprudencia sobre este extremo:

1. No existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico.
2. El hecho de que el tribunal no pueda estimarlos no deriva de un derecho fundamental, siendo por el contrario expresión, dice, de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales.
3. En cada caso concreto habrá de ponderar los intereses concurrentes para acoger uno u otro (interés en la obtención de la verdad e interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales) sin que haya un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.
4. En realidad, el ordenamiento jurídico no contempla expresamente la prohibición de

admisión como prueba de aquélla obtenida antijurídicamente. El hecho de que el tribunal no admita la prueba no derivará de prescripción legal, sino de la estimación del propio juzgador en base al art. 659 LECrim, pero amparándose en la impertinencia o inutilidad de la prueba, no en la forma en que se obtuvo²¹⁹.

La jurisprudencia, para llegar a tales conclusiones, se ampara en el dato de que el art. 11.1 LOPJ indica que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, lo que impide que se tenga en cuenta a la hora de componer la íntima convicción que lleve a la absolución o condena, pero en nada impide la admisión de las mismas. Si bien la literalidad del precepto transcrito parece encerrar tal mensaje, se nos antoja más razonable atribuirle a una prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales la consecuencia directa de su inadmisión de plano por el juzgador. CONDE-PUMPIDO también se posicionó en torno a esta cuestión, concluyendo que cuando nos hallamos ante una prueba obtenida con violación de algún derecho fundamental, la consecuencia ineludible será su inadmisibilidad, pues no podrá admitirse en el proceso una prueba inconstitucional desde su origen que, tras su práctica, influiría junto con otras obtenidas lícitamente en la labor intelectual del juez efectuada al dictar sentencia²²⁰.

En el ámbito jurisprudencial, la STC 85/1994, de 14 de marzo también entendió que el art. 11.1 LOPJ ofrecía la posibilidad de no admitir la prueba ilícitamente obtenida.

Las SSTs de 13 de octubre de 1999, 19 de octubre de 1999 y 25 de septiembre de 2003, en torno a la denegación de la prueba, señalan que la respuesta legal a la denegación de la prueba varía según el procedimiento ante el que nos encontremos. En el procedimiento ordinario, el artículo 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, mientras que en el abreviado, los arts. 792 y 793.2 (actual artículo 785.1

²¹⁹ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op. cit, pág. 534 y 535.

²²⁰ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, "El juicio oral", en *La Reforma del proceso penal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 180.

Entienden también que la consecuencia que debe anudarse al carácter ilícito de la prueba es su rechazo inmediato ASECIO MELLADO, José M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., pág. 85; VEGA TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Edit. La Ley, Madrid, 1993, págs. 125 y 126.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, "Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida", *La prueba en el proceso penal II*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 156; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 93, entre otros.

párrafo 2º) exigen la reproducción en el juicio oral y, caso de que se denegara nuevamente, que se formule oportuna protesta.

Para la STS de 16 de noviembre de 1999, la protesta ha de considerarse más que un mero requisito formal a la vista de las duras consecuencias que tendrá su no formulación. Y ello, porque, de no hacerse, se entenderá que comparte la decisión del juzgador de instancia, cerrándosele las puertas para un ulterior planteamiento en casación de aquello respecto de lo que ya prestó su conformidad. Asimismo, fijó el plazo para su formulación en cinco días desde que le fuera notificado el auto denegatorio de la prueba, término idéntico al señalado en el art. 212 LECrim para la preparación del recurso de casación. Iguales efectos y plazos se contemplan en las SSTS de 10 de junio de 2008 y 28 de junio de 2006.

Asimismo, se precisa de la protesta para recurrir en amparo ante el TC, exigiéndose, como recuerda la SSTC 66/2009, de 9 de marzo, que se invoque el derecho fundamental vulnerado.

Como vemos, la jurisprudencia se ha posicionado en contra de la rigidez de la exigencia de la protesta para considerar cumplimentado el trámite y permitir el acceso a la casación.

Al respecto, la STS de 10 de noviembre de 1988 exponía que “toda manifestación de la parte en la que se revele el mantenimiento de su pretensión es suficiente para dar por cumplimentado este requisito procesal”, pues, “si bien la protesta ante la inadmisión aparece como requisito procesal, como dice la STS de 9 de junio de 1989, privar al recurrente del derecho a impugnar casacionalmente la decisión de la Audiencia en base a un argumento puramente formal, intrascendente en cuanto a la marcha del proceso, constituiría una rígida aplicación de la norma contraria al principio constitucional de proporcionalidad” (STS de 24 de noviembre de 1995).

En esta línea, la STS de 19 de noviembre de 2009 dice que “la simple protesta que se interesa de la parte, ha sido interpretada por esta Sala Casacional como incluida en cualquier acto de discrepancia con la resolución a lo largo del proceso penal, en cualquier fase ulterior, y- claro es- en el seno del propio juicio oral. Por lo demás, cuando de apelaciones procedentes del Tribunal del Jurado se trata, no podemos olvidar como signo interpretativo, que el art. 846 bis.c) nos dice que, cuando la impugnación se formalice por haberse incurrido en el procedimiento o en la sentencia dictada, en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causaren indefensión, bastará que se hubiere efectuado

la oportuna reclamación de subsanación, añadiendo que "esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado". Y claro que el derecho de defensa y la proposición de pruebas, en los términos con que se expresa el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna: derecho "a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa", constituye un derecho fundamental constitucionalmente garantizado. De modo que si tal reclamación no es necesaria en el ámbito de aquel proceso, este criterio legal debe inspirar el nuestro, en el recurso de casación".

B. Requisitos específicos

Una vez analizados los requisitos generales a toda prueba, haremos lo mismo con requisitos propios de la prueba anticipada para su admisión:

a) Que, por cualquier causa, no pueda celebrarse en el juicio oral. Este requisito específico parece incluir supuestos en los que los actos serán imposibles de practicar en el juicio oral o de muy difícil práctica o que, incluso si pudieran ser realizados, la propia naturaleza del acto provoque que devenga ineficaz si no se practica con carácter anticipado.

La imposibilidad de su práctica debe ser apreciada por el propio juzgador. Las SSTs de 18 de enero de 1982, 24 de febrero de 1997, 5 de mayo de 1999, etc, señalan que la reproducción debe ser imposible o, al menos, muy difícil²²¹.

b) Que puedan motivar la suspensión del juicio oral. Por un sector doctrinal se ha entendido que esta causa será de aplicación únicamente en los procesos ordinarios por delitos graves y en el proceso ante el Tribunal del Jurado, no en los procedimientos abreviados. La razón de la distinción viene dada por la especial complejidad en la tramitación de estos procedimientos, en los que cualquier suspensión podría dilatar la conclusión de asuntos, ya de por sí, extensos temporalmente. Sin embargo, no existen razones sólidas que excluyan este requisito concreto en el caso de los procedimientos abreviados.

La mayoría de los procedimientos que se instruyen en España son diligencias previas que continúan por los trámites del procedimiento abreviado, cuya celeridad se impulsa

²²¹ Dichas resoluciones aluden a la imposibilidad de reproducción en la prueba preconstituida pero, por analogía, puede aplicarse a la imposibilidad de su práctica en la prueba anticipada.

durante la fase instructora a través del art. 324 LECrim para evitar retrasos en su sustanciación. Carece de sentido que no se tenga en cuenta el requisito concreto de la suspensión cuando este tipo de procedimientos puede abarcar delitos en los que para depurar los hechos, detectar autores y depurar responsabilidades se ha precisado de declaraciones de complejidad o prórrogas que ponen de relieve que no se tratan de delitos menores.

El sentido de tal previsión lo encontramos en el propósito del legislador de evitar dilaciones indebidas, ofreciéndose a las partes un mecanismo de agilización del procedimiento que permitirá ventilar con carácter previo al inicio de las sesiones todas las cuestiones que pudieran causar retraso en la tramitación de la causa.

La solución de la anticipación de la prueba no es exclusiva del Derecho patrio. De hecho, en el Derecho penal italiano también se contempla esta posibilidad de práctica anticipada de la prueba (en este caso, relativa a la prueba pericial) en el art. 392.2 de su Código Procesal Penal, siempre que su celebración en la vista pudiera suponer una suspensión por tiempo superior a los 60 días.

Vista la diferenciación establecida en el Derecho italiano, cabe plantearse si todos los tipos de pruebas quedarían incluidas en esta causa de anticipación. Haciéndose un análisis de todas ellas parece que serían actuaciones que podrían motivar la suspensión de la vista en el caso de que se pretendiera su práctica en el seno de la misma, las siguientes:

a) La prueba de reconocimiento judicial. La Ley Procesal establece una serie de formalidades en su art. 727 que podrían resultar imposibles de seguir durante la celebración de la vista, produciéndose así la causa de suspensión prevista en el art. 746.2º LECrim²²².

b) Diligencias testificales que deban producirse fuera del lugar de las sesiones, bien por imposibilidad del testigo, bien porque el tribunal ordene que el testigo declare o practique cualquier reconocimiento en un lugar determinado fuera de aquél en que se celebre la audiencia conforme a los arts. 718 y 720 LECrim, lo que podría propiciar la

²²² El art. 746.2º LECrim incluye entre las posibles causas de suspensión el supuesto en que el juez o alguno de los miembros del tribunal deba llevar a efecto alguna diligencia fuera del lugar donde se celebran las sesiones y se prevea que no podrá hacerse entre sesión y sesión.

necesidad de suspensión de la vista por las causas establecidas en el art. 746.2º LECrim.

c) Diligencias periciales, cuando, en base al art. 725 LECrim, se pretenda dirigir el interrogatorio en torno a cuestiones que requieran para su respuesta alguna prueba o reconocimiento que no se pueda realizar en el local de la audiencia, suspendiéndose en este caso durante el tiempo necesario.

La primera de las razones a la que aludíamos para el ejercicio de la prueba anticipada, cual es la imposibilidad de su desarrollo en el acto en el juicio, tiene como fin la conservación de fuentes de prueba que podrían desaparecer o modificarse en sus elementos esenciales, resultando ineficaces para el fin que se pretende. En la segunda de las causas, sin embargo, lo que se trata de proteger es el cumplimiento del principio de concentración del juicio, evitando así dilaciones innecesarias y perjudiciales. Si bien un gran sector doctrinal admite los dos supuestos contemplados en el art. 657 III LECrim como válidos, no faltan los detractores de la segunda de las causas, la posibilidad de suspensión, al considerar que se trata de un supuesto excepcional que debe restringirse a los casos concretísimos de imposibilidad de realización del acto probatorio en el juicio oral, eliminando cualquier futurible relativo a una hipotética suspensión de la vista.

A nuestro entender, aun admitiendo que estamos ciertamente ante una excepción del principio general de que la prueba debe practicarse en el juicio oral, no debemos olvidar que en el proceso penal nos encontramos ante la búsqueda de la verdad material, de manera que deberá anticiparse una prueba si su diferimiento al acto del juicio puede alterar el correcto desarrollo de éste y provocar dilaciones indebidas que en nada beneficiará al curso del mismo²²³. El hecho de que defendamos las dos hipótesis recogidas en el art. 657 III LECrim en ningún caso supone que proclamemos una interpretación laxa del precepto. Más bien, habrá que advertir de la necesidad de una cuidadosa interpretación de la norma que evite abusos de derecho, de forma que las

²²³ Contrarios a la segunda causa de práctica de la prueba anticipada, son Luciano VARELA CASTRO: “Investigación y preparación del juicio oral”, en *La reforma del proceso penal*, op. cit., págs. 165; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, op. cit., págs. 325 y 334.

Partidarios de su mantenimiento, por el contrario, AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios (...)*, op. cit., pág. 108; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “*Práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida*”, op. cit., págs. 29 y 30.

partes pretendan llevar a cabo una segunda instrucción extemporánea²²⁴.

La jurisprudencia ya ha dejado sentado, como afirmamos al inicio (recuérdese la STS de 6 de julio de 1999), que la comodidad de los operadores jurídicos no puede contemplarse como fundamento del adelanto, por muy tentador que resulte. En la misma orientación, carecería de todo fundamento la admisión como anticipada de un acto de prueba que se presume que no pueda celebrarse el día de la vista si, al acercarse el momento de su realización anticipada hubiera desaparecido la causa que motivo su propuesta y admisión como anticipada, en pro del principio de unidad de acto.

Sensu contrario, podrá el tribunal u órgano sentenciador denegar la práctica de lo propuesto cuando no se especifique el medio de prueba que se pretenda realizar, no se justifique su pertinencia y utilidad con el *thema probandum* del proceso, no se acredite suficientemente la urgencia de su pronta realización o no se identifique en su justa medida el objeto o sujeto sobre el que ha de realizarse la prueba. Como en toda prueba, el juez valorará la concurrencia de una serie de requisitos formales y, caso de estar válidamente cumplimentados, ahondará en los requisitos de fondo. No podrá tampoco admitir por ilegales las proposiciones de medios de prueba prohibidos. El derecho italiano va más allá y fija como una de las causas de inadmisión la solicitud de un medio de prueba distinto de los contemplados en el art. 392 cpp, que constituía una lista estanca. En nuestro derecho, al no existir tal enumeración exclusiva y excluyente, no podríamos extrapolar esta causa concreta de inadmisión.

Para la doctrina, la pertinencia y utilidad alegados no puede señalarse superficialmente, sino que debe explicitarse de manera adecuada para que el juez considere que no sólo tiene relación con el objeto del proceso, sino que va a ser útil y razonable su ejecución, dados las incomodidades que supone. Igual sucede con la exigencia de motivación de las razones que justifican su adelanto, evitando así que la petición encierre otros móviles espúreos.

Una de las dudas que pueden asaltarnos en el estudio de la prueba anticipada es la relativa a si el hecho de que el órgano juzgador la inadmita como anticipada equivale a

²²⁴ ASECIO MELLADO se inclina hacia una rígida interpretación de la norma y de los requisitos legales para la práctica de la prueba anticipada, en *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., págs. 171 y 172, así como PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida”, op. cit., págs. 39, 40, 47 y 56; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, op.cit., pág. 235.

su rechazo como prueba. El TS se pronunció sobre su diferenciación en la STS de 16 de diciembre de 1998: “y en lo que concierne a la prueba pericial médico forense, lo cierto es que el Tribunal no la desestimó, sino que la rechazó como prueba anticipada, tal y como consta en el Auto de 29 de junio de 1997, en el que se dispone que se cite al Médico Forense que reconoció al acusado para que ratifique su informe o lo amplíe en el acto del juicio oral, lo que permitiría a la defensa de aquél interrogar sobre las cuestiones que tuviera por conveniente. No existe la denegación de prueba que denuncia el recurrente, sino la desestimación de que ésta se practicara de manera anticipada, decisión que también debemos ratificar por cuanto el artículo 790.5º LECrim²²⁵ limita esta clase de pruebas a los supuestos en que “no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral”, circunstancia que a todas luces es evidente que no concurría en el caso de autos”. La respuesta ofrecida por el TS no puede ser más acertada, pues no debe confundirse la inadmisión como anticipada con el rechazo del contenido de la prueba en sí. En el caso de que se deniegue como anticipada, lo que se está produciendo es un pronunciamiento del tribunal sobre la causa excepcional alegada sobre la parte, por entender que no debe alterarse en el caso concreto la regla general. Y ello, entendemos, siempre que la denegación se haya fundamentado por el tribunal en base a lo dicho, y no a la impertinencia o inutilidad de la prueba, en cuyo caso sí que estaríamos ante un inadmisión de la prueba en toda regla.

En el caso de que el juez, valoradas las circunstancias expuestas por las partes en sus respectivos escritos, no admita la prueba, deberá hacerlo a través de resolución motivada que faculte a las partes para alegar indefensión en ulteriores recursos, siendo exigida tal motivación de forma continua por la jurisprudencia. Al solicitarse no sólo la práctica de una prueba sino que se lleve a cabo de manera extemporánea es evidente que la motivación deberá abarcar también la concurrencia o no de la circunstancia excepcional.

Como ya hemos analizado, una de las eventualidades para la admisión de la práctica de una prueba como anticipada es la imposibilidad de practicarla en el acto del juicio oral por su peligro de extinción o por el efecto negativo que el paso del tiempo pudiera tener en la figura. Esto hace pensar que en caso de que el tribunal de enjuiciamiento la inadmitiera y el proponente impugnara la decisión judicial por entender que se hubiera

²²⁵ Actual art. 781.1. III LECrim.

incurrido en indefensión, si se concluyera finalmente por el órgano superior que se infringió su derecho y ordenara la admisión del acto probatorio, éste no pudiera practicarse precisamente por el efecto negativo que el transcurso del tiempo tuviera sobre la fuente de prueba. Este resultado no deja de ser extraño si tenemos en cuenta que, en el primero de los motivos, el fundamento mismo de su práctica es la urgencia. Por esto, resulta especialmente delicada la labor judicial de in/admitir las pruebas anticipadas por la imposibilidad de restituir en debida forma el derecho del recurrente a ejercitar los medios de prueba de los que pudiera valerse si la fuente ya hubiera sufrido el efecto negativo del que se pretendía proteger.

Recordamos que contra el auto que admite la prueba anticipada en el proceso ordinario por delitos graves no cabe recurso alguno (art. 659 III LECrim) y, en caso de que se descarte, podrá interponerse en su día recurso de casación frente a la sentencia definitiva en base a esta causa, siempre que se hubiera interpuesto la correspondiente protesta (art. 659 IV LECrim). De esta forma, si el tribunal rechazara la prueba, una vez que hubiera recaído sentencia definitiva, podrá la parte proponente interponer recurso extraordinario de casación por inadmisión de la prueba anticipada, conforme a lo estipulado en el art. 850 LECrim²²⁶. La doctrina²²⁷ ha sistematizado los requisitos exigidos por la jurisprudencia²²⁸ para la correcta interposición del recurso de casación por el motivo expuesto:

- a) Que la prueba se haya propuesto oportunamente en tiempo y forma por la parte en los términos aludidos por el art. 659 LECrim en el caso del proceso ordinario por delitos graves y de los arts. 790.5 y 791.1 en el caso del procedimiento abreviado.
- b) Que la prueba propuesta reuniera los requisitos propios para ser admitida, esto es,

²²⁶ El mentado precepto establece entre los motivos de interposición del recurso de casación por quebrantamiento de forma la denegación de alguna diligencia de prueba que se estime pertinente y haya sido propuesta en tiempo y forma por las partes.

²²⁷ De este parecer, ESCUSOL BARRA, Eladio, *Manual de Derecho (...)*, op. cit., pág. 699; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, op.cit., pág. 676 y 677; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso penal. Tratamiento jurisprudencial*, op. cit., pág. 374; MONTÓN GARCÍA, María Lidón, *La Admisión y Práctica (...)*, op. cit., págs. 87 y ss.

²²⁸ Los requisitos son abordados por nuestros tribunales en innumerables sentencias: SSTC 51/1985, de 10 de abril; 30/1986, de 20 de febrero; 205/1991, de 30 de octubre; 65/1992, de 29 de abril.

También los estudia el TS en las SSTS de 24 de marzo de 1981; 18 de enero de 1982; 12 de febrero de 1993; 2 de junio de 1993; 24 de enero de 1994; 21 de marzo de 1995; 9 de junio de 1995; 29 de enero de 1996; 14 de abril de 1997; 12 de mayo de 1997; 27 de abril de 1998; 6 de julio de 1999, etc.

que fuera pertinente, necesaria, posible e irreproducible o susceptible de provocar la suspensión del juicio oral.

c) Que, tras el conocimiento de la denegación, se hubiera formulado oportuna protesta, expresando así la disconformidad con la denegación²²⁹.

A los requisitos resumidos por la doctrina, se suman el que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa y que se haya denegado la prueba propuesta por las partes.

Como especialidad propia del procedimiento abreviado, debe reseñarse que si el recurso extraordinario fuera interpuesto contra una resolución denegatoria de la prueba solicitada en los escritos de acusación y defensa dictada por la Audiencia, no bastará con la formulación de la protesta, sino que exige que se reitere la petición al inicio del juicio oral, donde podrá reproducirse (art. 792.1.2 LECrim).

En realidad, este requisito exigido por la jurisprudencia en sentencias tales como la SSTS de 23 de enero de 1995, 14 de abril de 1997, 12 de mayo de 1997... no puede tener encaje si la prueba que se denegó reviste el carácter de anticipada, pues, ¿qué sentido puede tener que se establezca la posibilidad de reiterar al inicio del juicio oral la práctica de diligencias de prueba que, seguramente, por su propia naturaleza de urgencia, será imposible de practicar o no arrojaría el resultado deseado de contribuir a producir la íntima convicción del juez? Únicamente podría exigirse su repetición como requisito de admisibilidad para el recurso de casación cuando la práctica de la prueba pudiera tener sentido al inicio de las sesiones del juicio oral, no en los casos de prueba anticipada²³⁰;

d) Se exige que la parte proponente exprese en el recurso de casación que interponga el contenido de la actividad probatoria inadmitida, de cara a que el órgano *ad quem* pueda analizar su utilidad y pertinencia²³¹.

²²⁹ Sobre este concreto requisito, las SSTS de 3 de marzo de 1964; 5 de abril de 1968; 25 de noviembre de 1969; 31 de enero de 1972; 23 de diciembre de 1975; 25 de octubre de 1993; 30 de diciembre de 1996, etc.

²³⁰ En los mismos términos, MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op. cit., pág. 544.

²³¹ Insisten en este requisito GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso penal. Tratamiento jurisprudencial*, op. cit., pág. 374; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "La Práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida", op. cit., pág. 42.

En relación con este requisito, ya la STS de 2 de junio de 1999 señalaba que “ Desde el punto de vista procesal han de indicarse las prevenciones formales a las que la reclamación casacional ha de ajustarse, porque, prescindiendo incluso de la distinción que la pertinencia de la prueba, cuando la proposición, guarda con la necesidad de la misma, cuando su práctica, es evidente la obligación de la parte no sólo de formular su protesta por la denegación de la suspensión, según dispone el artículo 659 procesal aplicable por extensión a todos los procesos, sino la de señalar igualmente el contenido de las preguntas que se iban a formular a los testigos o testigo incomparecidos con el objeto en este caso de calibrar la importancia y trascendencia de lo que se solicita”.

Del análisis de las resoluciones que tratan la mentada exigencia extraemos como ejemplos la necesidad de la consignación de las preguntas que se formularían a los testigos o peritos propuestos como prueba anticipada, a fin de justificar la trascendencia de su declaración²³².

e) Que se haya producido efectiva indefensión a la parte proponente derivada de la inadmisión de la prueba anticipada propuesta.

Es decir, no bastará con que se alegue que el tribunal de instancia haya inadmitido una prueba que reúne todos los requisitos jurisprudencialmente exigidos, necesidad, utilidad y pertinencia, y se haya propuesto en tiempo y forma, sino que, además, se precisará que con ello se hubiera perjudicado a la parte proponente, dejándola en una auténtica situación de indefensión, de desventaja frente a la parte contraria, al privarle de la posibilidad de usar medios probatorios que hubieran afectado directamente al fondo del asunto²³³.

Por la claridad en su exposición, expondremos la literalidad de la STS de 2 de junio de 1999: “Se trata en definitiva de un derecho fundamental acogido como tal en el artículo 24.2 de la Constitución cuando garantiza la utilización de cuantos medios sean pertinentes

²³² Alude a ello, por ejemplo, las SSTS de 26 de marzo de 1990; 22 de enero de 1993; 13 de noviembre de 1995, etc.

²³³ El derecho a la prueba ha sido reiteradamente estudiado por el TC: SSTC 149/87, de 30 de septiembre; 155/88, de 22 de julio; 59/1991, de 14 de marzo; 25/1997, de 11 de febrero, etc.

En torno a la indefensión que una denegación indebida puede ocasionar, las SSTC 36/1983, de 11 de mayo; 116/1083, de 7 de diciembre; 51/1985, de 10 de abril; 89/1986, de 1 de julio; 116/1986, de 7 de diciembre; 106/1993, de 22 de marzo, etc. Así como las SSTS de 5 de mayo de 1987; 2 de marzo de 1988; 9 de junio de 1989; 4 de noviembre de 1994; 22 de marzo de 1995; 20 de mayo de 1997; 1 de junio de 1998.

Asimismo, las SS del TEDH de 7 de julio de 1989(caso Bricmont), 20 de noviembre de 1989(caso Kotoski), 27 de septiembre de 1990(caso Windisch) y 19 de diciembre de 1990(caso Delta).

para la defensa procedimental. Se trata de un derecho reconocido, en el ámbito de la legalidad ordinaria, en el artículo 850.1 anteriormente citado. El derecho pues a utilizar los medios de prueba y el derecho de defensa van íntimamente unidos entre sí, mas para prestar consistencia a una queja basada en el indebido rechazo de una prueba, será necesario que se argumente la trascendencia que dicha inadmisión pudo tener sobre la resolución judicial, ya que sólo si se comprobase que el fallo pudo haber sido otro por la práctica de la omitida, cabría hablar de indefensión. La razón de todo ello estriba en la identificación o interconexión que ha de colegirse entre la denegación de la prueba y la posible causación de la indefensión.

Toda la teoría admisible en orden al derecho a la prueba ha de apoyarse en una serie de premisas básicas: a) el derecho a utilizar los medios oportunos de defensa no es ilimitado; b) el acusado debe ser defendido y amparado frente a cualquier decisión que quebrante su derecho a utilizar pruebas pertinentes, útiles y necesarias, pero no puede ir más allá cuando pretende un uso inmoderado de aquel derecho; y c) aunque el Tribunal pretenda evitar dilaciones indebidas en aquellos casos en los que se abusa jurídicamente de su indudable derecho, lo cierto es que basta con que la inadmisión o la inejecución sea indebida por imputable al órgano judicial, y la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, para que en principio quede tal caso cubierto por la garantía constitucional(...) (F. J. 2º)".

Al igual que comentábamos anteriormente, el problema de que no pueda impugnarse directamente la resolución por la que se inadmite la prueba anticipada y que únicamente quepa la protección vía recurso de casación tiene como resultado que, en el caso de que estimara la cuestión planteada en casación por ser una prueba útil, pertinente y necesaria, propuesta en tiempo y forma y cuyo rechazo provoca indefensión en el proponente, es que la indefensión no podrá repararse si la práctica de la prueba deviene imposible, lo que, dada la naturaleza misma de la prueba, será relativamente probable. Esto hace que -de la mano de un sector doctrinal- instemos una regulación específica sobre la prueba anticipada destinada a velar por este tipo de aspectos procesales, de manera que se regule la posibilidad de recurrir directamente la decisión judicial, con el establecimiento de unos trámites de fácil resolución que impida las negativas consecuencias apuntadas. Para MARTÍN BRAÑAS, la respuesta más oportuna sería la interposición de un recurso de apelación directo²³⁴.

²³⁴ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op. cit., pág. 546.

En el procedimiento abreviado nos acogeremos a lo dispuesto en el art. 785.1 LECrim, conforme al que contra el auto por el que se in/admita la prueba no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada reproduzca su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, a modo de cuestión previa. En este instante, el juez decidirá acerca de la in/admisión de las testificales, informes, certificaciones y demás documentos que las partes personadas pretendan incorporar como material probatorio. Observamos, pues, que contra el auto de inadmisión no cabrá interposición de ningún recurso, si bien podemos hallar en la misma Ley distintos mecanismos para afrontar esta primera criba del juez o tribunal sentenciador por la que no se admita la realización de un concreto acto probatorio propuesto. CONDE-PUMPIDO TOURÓN²³⁵ indicó cuáles eran las distintas posibilidades que, según su criterio, la Ley ofrecía como mecanismos de control:

a) El art. 785.1 LECrim considera la eventualidad de que una prueba denegada inicialmente pueda solicitarse de nuevo al inicio de las sesiones del juicio oral.

La jurisprudencia ha reseñado la importancia de que, en caso de que se reitere la solicitud al inicio del juicio oral, la parte proponente deberá asimismo interesar la suspensión de la propia vista cuando la diligencia de prueba planteada no pueda materialmente practicarse en ese momento²³⁶.

b) Si el juzgador inadmitiera por segunda vez la prueba propuesta en este segundo momento procesal (el inicio del juicio oral), podrá instarla de nuevo cuando interponga recurso de apelación contra la sentencia definitiva. Esta opción, actualmente, queda reservada para los casos en que la sentencia definitiva se dictara por un Juzgado unipersonal o por el Tribunal del Jurado (cuya sentencia se apelará ante el Tribunal Superior de Justicia).

Ahora bien, en el momento en que se lleve a la práctica la generalización de la apelación en todo el ordenamiento procesal español, cabrá la apelación en todos los asuntos penales, con independencia de que el la sentencia definitiva se dictara por un órgano colegiado.

²³⁵ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “El juicio oral”, op. cit., pág. 178 y 179.

²³⁶ Entre otras, SSTS de 20 de mayo de 1997; 27 de abril de 1998; 3 de febrero de 1999; 6 de julio de 1999, etc.

La posibilidad antes dicha, por tanto, no invalidaría la oportunidad de interponer contra la sentencia definitiva dictada por un Juzgado recurso de apelación²³⁷ por la denegación de prueba, o recurso de casación si fuera dictada por la Audiencia²³⁸, con la previsión de futuro antes dicha.

Como hemos anticipado, dada la materia que aquí tratamos, parece que si se impugna la no admisión de la prueba anticipada tanto cuando se propone al inicio del juicio oral como cuestión previa como si se hace a través de recurso contra la sentencia definitiva, la resolución que pudiera admitir la prueba a través del recurso podría tener poca virtualidad, precisamente por el dato ya apuntado -que repetimos por su extraordinaria importancia- de que la prueba anticipada constituye un mecanismo excepcional a la regla general de la práctica en el acto del juicio oral en el que concurre la nota de la urgencia, fundamento de su propia existencia y admisión por los tribunales. Para evitar el efecto ilusorio de la resolución del recurso interpuesto contra la inadmisión, la doctrina ha propugnado como actuaciones que podrían amortiguar, si no eliminar, dicho efecto negativo:

a) Conferir al proponente la facultad de impugnar su no admisión contra la sentencia definitiva sin necesidad de que se hubiera reiterado la petición como cuestión previa en el juicio oral, cuando su práctica no sea útil en ese momento procesal.

b) Diferenciar en la Ley la regulación relativa a la impugnación de la resolución denegatoria de la prueba según nos hallemos ante prueba anticipada o prueba en sentido restringido, de forma que pueda impugnarse directamente la denegación, abogando la doctrina por la apelación como mecanismo más conforme con la naturaleza y circunstancias de la figura. De esta manera, aducen, se protegería más al proponente, al existir mayores posibilidades de que la prueba pueda practicarse efectivamente si el tribunal superior considerase que la denegación fue infundada²³⁹.

En el proceso ante el Tribunal del Jurado no se admite recurso contra la resolución por

²³⁷ La posible apelación ante la Audiencia Provincial de la sentencia dictada por el juez de lo Penal tiene su reflejo legal en el art. 790.1 LECrim.

²³⁸ La ley procesal admite en su art. 847 LECrim la interposición del recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia, así como las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia.

²³⁹ Entre ellos, MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La prueba anticipada (...)", op. cit., pág. 548.

la que se in/admite cualquier medio probatorio; sí se recoge la opción de formular oposición a la denegación como base de un ulterior recurso²⁴⁰. La oposición consistirá en la formulación de la protesta para justificar el recurso de apelación contra la sentencia que definitivamente se dicte, en los términos del art. 846. bis c) LECrim²⁴¹. En caso de que la denegación procediese del Tribunal Superior de Justicia, el recurso a interponer sería el de casación (art. 847 LECrim).

De forma general, en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, las partes también podrán aplicar la posibilidad brindada por el art. 36.1 e) LOTJ para plantear como cuestión previa en el acto del juicio oral las propuestas por el resto de las partes en sus respectivos escritos y pedir nuevas pruebas. No existe, en principio, motivo por el que no hacer extensiva dicha previsión legal a la prueba anticipada. Contra la resolución dictada por la Audiencia cabrá apelación directa ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (art. 846 bis a LECrim), sin que quepa impugnación a través de la casación (art. 848 LECrim).

Resulta llamativo el distinto tratamiento que se le da a la prueba en el proceso ante el Tribunal del Jurado en función del momento o la forma en que se propone (escrito de calificación o como cuestión previa al juicio), contemplando fórmulas distintas de impugnación a la denegación. Resultaría conveniente fijar una única fórmula impugnatoria, propugnando nosotros la adopción de la medida fijada en el art. 36 LOTJ, que permite la apelación directa, más apropiada con la naturaleza y el propio fundamento defendido de la prueba anticipada.

En contra de lo que sucedía con ocasión del procedimiento abreviado, no nos encontramos aquí con la posibilidad de reproducir la prueba rechazada en el acto de la vista. Por ello no se exige como requisito previo para la interposición del recurso de casación, lo que no deja de tener sentido dado que la reiteración en el caso de la prueba anticipada pudiera devenir ineficaz.

La doctrina no coincide en cuanto al alcance del art. 45 LOTJ pues, mientras para

²⁴⁰ Art. 37. d) II LECrim.

²⁴¹ En idénticos términos, ESCUSOL BARRA, Eladio, *Manual de Derecho (...)*, op. cit, Addenda, 1996, pág. 24 y en *El procedimiento penal para las causas ante el Tribunal del Jurado*, Edit. Colex, Madrid, 1996, pág. 167; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, págs. 137 y 138.

algunos la posibilidad que prevé de pedir pruebas al inicio de las sesiones del juicio oral no abarca la nueva solicitud de las mismas rechazadas al favorecer dilaciones indebidas, otros opinan lo contrario.

De acuerdo a lo analizado, a las reglas generales de admisión de todo material probatorio deben sumarse las peculiaridades de esta modalidad probatoria concreta, siendo imprescindible que el órgano de enjuiciamiento (unipersonal o colegiado) haga un juicio, un pronóstico de probabilidad de la imposibilidad de desarrollo de la prueba en el seno del juicio por cualquiera de las causas alegadas y justificadas por la parte proponente. Precisamente, para evitar errores, se trata de que los motivos expuestos se vean siempre apoyados (o, al menos, dentro de lo razonable), en datos objetivos e imparciales. En cualquier caso, con independencia del tipo de prueba que se proponga y como consecuencia del carácter fundamental del derecho a utilizar cuantos medios se dispusieran, el TS fija como requisitos indeludibles del tribunal que recibe la solicitud que resuelva de manera expresa y motivada. Debe huirse, por tanto, de resoluciones genéricas poco adaptadas al caso que impidan a la parte tener conocimiento de los argumentos empleados por el juzgador que podrán rebatir en el pertinente recurso.

A ello se refería la STC 174/de 22 de diciembre al decir que: " sin que pueda reputarse motivación suficiente en el presente caso las frases estereotipadas utilizadas por el órgano judicial en una y otra resolución, sin ninguna individualización para el asunto concreto enjuiciado. Debe tenerse presente a estos efectos que la existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial del justiciable, ya que las exteriorizaciones de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar una decisión dada permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional y, consecuentemente, de mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos"²⁴².

El TC va más allá e incide en que el derecho a la prueba comprende no sólo el derecho a su admisión en caso de ser pertinentes y útiles y el pronunciamiento expreso del tribunal de manera expresa y adaptada al asunto en concreto, sino que, caso de ser admitida por el juzgador, se entenderá que abarca hasta la práctica misma. De esta manera, el derecho

²⁴² Vid. las SSTC 10/2009, de 12 de enero; 174/2008, de 22 de diciembre; 15/2008, de 24 de noviembre; 77/2008, de 7 de julio; 71/2008, de 23 de junio; 42/2007, de 26 de febrero; 4/2005, de 17 de enero, entre otras.

a usar los medios de prueba de que se dispusiere debe entenderse como el derecho del justiciable a exigir que sean admitidas y practicadas las pruebas que sean pertinentes y útiles. De no entender que incluye también la realización del acto probatorio, podrían quedar sin virtualidad simplemente por la desidia del tribunal. En esta línea, PICÓ I JUNOY valora que un derecho efectivo y real a la prueba debe incluir no sólo su estimación en los casos en que se cumplan los requisitos exigibles, sino también la práctica real del medio probatorio que se admitió²⁴³.

El TC se expresó sobre esta idea en la importante STC 156/2008, de 24 de noviembre: “(...) este Tribunal ya ha señalado que cuando la prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha ordenado su práctica, que además, depende por entero de la intervención de otro poder público, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes”.

La obligación del tribunal de disponer de todo lo necesario para la realización de la prueba cobra especial interés en el caso de la prueba anticipada, donde la actividad del tribunal deberá lógicamente acelerarse para que si el acto no pudiera celebrarse finalmente por desaparición de la fuente de prueba, por ejemplo, no pueda atribuirse a un retraso injustificado en la adopción de los mecanismos necesarios para llevarla a cabo. Debiendo observarse en su cumplimiento todos los principios propios de los medios probatorios, es importante, por ejemplo, que para garantizar el principio de contradicción, el órgano judicial notifique fehacientemente a los interesados el día, hora y lugar de celebración del acto.

No debemos olvidar, considera el máximo intérprete de la Constitución, que el derecho a hacer uso de los medios probatorios no se agota en su práctica, sino que implica una labor interpretativa del tribunal u órgano sentenciador, una labor de valoración. Las partes cuentan, por tanto, con el derecho a exigir que se valore en sentencia la prueba propuesta, admitida y practicada. Considera infringido el derecho fundamental a la prueba cuando habiéndose admitido, no se practique por causas que resulten imputables al órgano judicial, o bien cuando, practicada, no sea valorada a la hora de resolver (STC 91/2000, de 30 de marzo). Todo ello debe además integrar el deber del órgano judicial

²⁴³ PICÓ I JUNOY, Joan, en “Estudios sobre prueba penal (...)”, op. cit., pág. 37.

de motivar las sentencias (art. 120.3 CE).

En nuestro Derecho, la resolución a través de la que se in/admita la prueba anticipada llevará forma de auto. En Italia, sin embargo, de ordenanza (fórmula empleada por el código de proceso penal para las resoluciones judiciales que deberán ir motivadas). Dicha ordenanza, que deberá dictarse en el plazo más breve posible a la vista de que precisamente la causa de la solicitud fue la urgencia), reunirá los elementos indispensables para que el incidente probatorio (o acto urgente como figura asimilable a nuestra prueba anticipada) pueda realizarse, tales como el objeto, aquellos a quienes afecta, lugar de realización, tipo de prueba y eventual acumulación de distintos incidentes²⁴⁴.

²⁴⁴Art. 398 cpp: Resolución sobre la solicitud de incidente probatorio.

1. En el término de dos días desde el depósito de las notificaciones y, en todo caso, tras haber finalizado el plazo previsto por el artículo 396.1, el juez dictará ordenanza con la que podrá estimar, declarar inadmisibles, o rechazar la solicitud de incidente probatorio. La ordenanza de admisión o desestimación se comunicará inmediatamente al Ministerio Público y se notificará a las personas interesadas.

2. En la ordenanza que admita la solicitud se establecerá:

a) el objeto de la prueba, en los límites fijados por la solicitud y por las alegaciones realizadas.

b) Las personas interesadas en la práctica de la prueba, individualizadas conforme a la solicitud y a las correspondientes alegaciones.

c) La fecha de la audiencia; entre la resolución y la fecha fijada para la audiencia no podrá transcurrir un plazo superior a diez días.

3. El juez ordenará que se notifique a la persona objeto de las investigaciones, a la persona ofendida y a los defensores, el día, hora y lugar en que se efectuará el incidente probatorio, al menos con dos días de antelación a la fecha fijada para la audiencia, con la advertencia de que en los dos días anteriores a la audiencia pueden las partes consultar y obtener copia de las declaraciones prestadas anteriormente por la persona que va a prestar declaración. En el mismo plazo se dará comunicación al Ministerio Público.

3-bis. La persona objeto de la investigación preliminar y los defensores de las partes pueden solicitar copia de las actuaciones depositadas por el Ministerio Público a que se refiere el art. 393.2-bis.

4. Si deben realizarse varios incidentes probatorios, se acumularán todos en la misma audiencia, siempre que ello no produzca retraso.

5. Cuando concurren razones de urgencia de tal modo que el incidente probatorio no pueda ser practicado en la circunscripción del juez competente, éste podrá delegar en el juez competente para las investigaciones preliminares del lugar donde la prueba deba ser practicada.

5-bis. En los casos de investigaciones seguidas por los delitos previstos en los artículos 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies y 612-bis del Código Penal, el juez, si se ha solicitado la declaración de menores a través de incidente probatorio, en la decisión a que se refiere el número 2 del presente artículo establecerá el lugar, el tiempo y las modalidades específicas conforme a los cuales debe procederse para la práctica del incidente probatorio, siempre y cuando la tutela de la persona que deba declarar lo haga necesario u oportuno. A tal fin, la audiencia podrá desarrollarse en lugar distinto de la sede del tribunal, pudiendo el juez utilizar, donde existan dependencias especiales para estos fines, o bien proceder a tomar declaración en la residencia de la persona que deba declarar. Las declaraciones testificales del menor deben ser recogidas íntegramente con medios audiovisuales. Cuando no estén disponibles dichos medios de reproducción se procederá según los trámites de la pericial. En cualquier caso, el interrogatorio será recogido en un acta resumida. La transcripción de la grabación sólo se acordará a solicitud de alguna de las partes”.

IV. CITACIÓN DE LAS PARTES

Tal y como sucede en el caso de la celebración de todo medio probatorio, la prueba anticipada debe ser actuada con los requisitos que exigirían su práctica en el acto de la vista, siendo ineludible la citación de las partes y el respeto al derecho de éstas de intervención si así lo estiman oportuno. El propio respeto al principio de contradicción requiere que la defensa tenga la posibilidad de participar en la prueba anticipada.

Parece razonable que, para entender cubierto el trámite de la citación de las partes, no bastará que ésta se haga efectiva, sino que se produzca con una antelación suficiente para que puedan comparecer y no se convierta en un mero trámite formal, ya que de la correcta citación dependerá que se entienda protegido el principio contradictorio y la correlativa igualdad de armas en el proceso.

Como sucede en cualquier otra práctica probatoria relacionada con un delito semi/público, el Ministerio Fiscal también será citado como una parte más.

V. DESARROLLO

1. La remisión a las normas generales de la prueba

Una de las primeras afirmaciones que debemos hacer en relación con la práctica de la prueba anticipada deriva del examen de los artículos que la Ley procesal dedica a la figura, cual es la absoluta falta de regulación legal relativa al modo en que debe practicarse. Dicha laguna legal, como tantas veces, ha sido colmada (al menos en parte) tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que, en síntesis, vienen a remitir la sustanciación de la prueba previa al juicio oral a las normas propias de cada medio probatorio. Es decir, serán de aplicación los mismos preceptos relativos a cada medio probatorio para el caso de que se llevara a cabo su desarrollo en el acto del juicio oral.

La doctrina ha recordado que, bien se apliquen con carácter subsidiario estos preceptos, bien se abogue por una regulación propia, resulta imprescindible que se haga con pleno respeto de las garantías procesales; es decir, que se garanticen los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción a los que vamos aludiendo desde los inicios del presente estudio.

2. *La práctica ante el tribunal sentenciador*

La prueba anticipada se celebrará inexorablemente ante el tribunal sentenciador, sin que pueda realizarse, como recuerda MARTÍN OSTOS²⁴⁵, únicamente ante el Ministerio Público ni, menos aún, ante la policía.

Deberán respetarse los principios propios de la prueba en cuestión y las garantías inherentes a todo acto probatorio. El desarrollo de la prueba ante el tribunal enjuiciador tiene como clara consecuencia que la solicitud se efectúe en el escrito de acusación/defensa por las partes personadas.

A. La composición del tribunal

En relación con el desarrollo de la prueba anticipada surge una de las cuestiones más espinosas que, sin embargo, no ha sido siquiera abordada por la regulación criminal. Nos referimos al aspecto relativo a cuántos miembros del tribunal (en caso de tratarse de un organismo colegiado) deben presenciar la práctica de la prueba anticipada para considerar que se llevó a cabo correctamente. Es decir, si la práctica puede/debe llevarse a cabo únicamente ante el Magistrado Ponente o se exige la presencia física de toda la Sala. Se trata de una duda razonable a la que la regulación no prestó la más mínima atención, quizás movida- como en otras tantas ocasiones- por la idea de que sería más conveniente su determinación a través de la jurisprudencia. Y a ella precisamente hemos de acudir una vez más para tratar de buscar nueva respuesta.

El tema cobra importancia en los casos en que alguno o algunos de los miembros del tribunal que participaron en la práctica de la prueba no formaran con posterioridad parte de él en el momento de la deliberación y del dictado de la correspondiente sentencia, entre otros posibles motivos, por haberse jubilado, quedar indispuerto de forma permanente o haber sido sancionado por haber incurrido en alguna infracción disciplinaria muy grave. En esta circunstancia se nombraría nuevo miembro para componer suficientemente el tribunal. Frente a este panorama: ¿debe entenderse válida la prueba practicada? ¿Resultaría nula la prueba por no haberse respetado por el nuevo componente el principio de inmediación? ¿Restaría algún tipo de eficacia al acto

²⁴⁵ MARTÍN OSTOS, José de los Santos, “La prueba en el proceso penal acusatorio”, en *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, pág. 33, disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/l>, última visita el 20/3/17.

probatorio anticipado? La hipótesis planteada constituye una posibilidad no remota, pues son variadas las circunstancias que pueden llevar a que la composición del tribunal no se mantenga en su integridad durante el transcurso del juicio oral (obsérvense los heterogéneos supuestos de muerte, enfermedad grave, jubilación, traslado, fallecimiento...). Pese a ello, insistimos, la normativa no ha ofrecido solución alguna al respecto.

En realidad, si bien la LECrim no alude al asunto frontalmente, nos da algunas pistas en torno a cuáles son los derroteros que podemos seguir, indicándose en el art. 718 soluciones para los supuestos en los que quien haya de declarar se vea imposibilitado de hacerlo en la sede del tribunal. De esta manera, la norma procesal viene a legitimar la toma de declaración ante un único miembro del tribunal con garantía del principio de contradicción, comisionando la Sección de la AP a uno de sus Magistrados para que se desplace al domicilio del testigo a tomarle declaración, sin plantearse siquiera que se produzca una ruptura de la tan valorada inmediación. Si esta solución es adoptada naturalmente en relación con cualquier testifical que debiera verse durante la vista, con más sentido aún podría aplicarse para casos extraordinarios como la excepción probatoria analizada:

Puede ocurrir que uno de los testigos cuya declaración se considera por el tribunal indispensable para el éxito del juicio no se personara el día de la celebración del mismo por resultarle imposible. En estos casos, el art. 718 LECrim anuncia que el Presidente designará a uno o varios miembros del tribunal para que se constituya en la residencia del declarante (caso de que resida en lugar donde se realice el juicio) para que se practique el interrogatorio bajo el principio de contradicción. El Letrado de la A.J. dejará constancia en el acta de las preguntas y repreguntas de las partes y las respuestas del testigo, así como cualquier otra circunstancia que valore deba reflejarse en el acta.

Conforme a ello, no habría obstáculos para que la práctica de la prueba anticipada no tuviera lugar ante el tribunal en su conjunto, sino que fuera presenciada por uno de los miembros del mismo y transmitiera posteriormente tanto el resultado como sus propias impresiones personales al resto de componentes.

Dada la posibilidad de que no todos los Magistrados que conformen la Sección acudan a la práctica de la prueba, entiende MARTÍN OSTOS que el hecho de que los componentes del tribunal en el momento de la práctica de la prueba anticipada no

coincidan totalmente con los que finalmente formen parte del mismo (por cualquiera de las múltiples causas que puedan concurrir) en absoluto afectará a la valoración de aquélla, pues será lícita y efectiva aun cuando se desarrolle únicamente en presencia de uno de los miembros de la Sección, quien expondrá sus apreciaciones y conclusiones personales a los demás. Lo relevante es la identidad del órgano judicial, por lo que la variación en el tribunal no afectará a la valoración de la prueba²⁴⁶. Empero no toda la doctrina se muestra partidaria de este criterio.

MARTÍN BRAÑAS se declaró contrario a la práctica habitual de que se desarrollen las pruebas anticipadas en presencia únicamente del Magistrado Ponente. A su entender, siempre que fuera posible respetar el principio de inmediación debería practicarse el acto en presencia de todos los miembros del tribunal (caso de ser colegiado el órgano enjuiciador). En otro caso, podría parecer que se hacía prevalecer la comodidad del tribunal frente al debido respeto a las garantías del proceso, excepción siempre hecha de que nos hallemos ante una causa justificada²⁴⁷. Se admitirían como causas justificativas las recogidas en el art. 727 II LECrim (que permite que, en caso de que deba efectuarse reconocimiento judicial fuera de la capital donde tenga sede el tribunal, se haga por un solo Magistrado)²⁴⁸ y en los arts. 424 y 719 LECrim relativos a la necesidad de acudir a la cooperación judicial para la práctica de alguna diligencia.

Si existiese una causa bastante que justificase su práctica únicamente en presencia de uno de los componentes del tribunal deberá intentarse salvarse el principio de inmediación a través de la lectura del acta en el juicio oral. En caso contrario, debe abogarse, entiende este sector doctrinal, por la práctica anticipada de la prueba en presencia del tribunal en su conjunto²⁴⁹.

²⁴⁶ *Ibidem*, pág. 34.

²⁴⁷ MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "*La prueba anticipada (...)*", *op.cit.*, pág. 541.

²⁴⁸ Art. 727 LECrim: "Para la prueba de inspección ocular que no se haya practicado antes de la apertura de las sesiones, si el lugar que deba ser inspeccionado se hallare en la capital, se constituirá en él el Tribunal con las partes, y el Secretario extenderá diligencia expresiva del lugar o cosa inspeccionada, haciendo constar en ella las observaciones de las partes y demás incidentes que ocurran.

Si el lugar estuviese fuera de la capital, se constituirá en él con las partes el individuo del Tribunal que el Presidente designe, practicándose las diligencias en la forma establecida en el párrafo anterior".

²⁴⁹ Comparten esta idea, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria (...)*, *op.cit.*, págs. 326-328; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "La práctica probatoria anticipada", *op. cit.*, pág. 43; DÍAZ CABIALE, José Antonio, "Prueba documental y documentación de actividades en el procedimiento abreviado", *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)* (Coord. Jaime Moreno Verdejo), Edit. Comares, 1995, pág. 323.

La jurisprudencia, con carácter general, ha sido favorable a la exigencia de la concurrencia del tribunal en pleno para que la prueba anticipada sea válida (SSTS de 21 de abril de 1989; 6 de marzo de 1990; 14 de noviembre de 1998. Sin embargo, el Alto Tribunal ofrece argumentos para sostener ambas posibilidades.

La STS de 12 de febrero de 1993 expresa que será válida la prueba ante el ponente siempre que la prueba anticipada tenga lugar en presencia del fiscal y de los abogados, admitiendo la validez de la prueba efectuada únicamente en presencia del ponente cuando la oralidad y la inmediación entren en el procedimiento a través de la contradicción. En sentido opuesto, en la misma resolución fundamenta la imprescindibilidad de la presencia de todos los Magistrados, sobre la base de que es el tribunal en pleno el que ha de ver y oír la prueba practicada anticipadamente. Finalmente, optó por conceder validez a la prueba practicada únicamente en presencia del Ponente por analogía con el art. 205.3 LOPJ y 46.3 Ley Procesal Militar (véase la SSTS de 12 de abril de 1989 y de 18 de octubre de 1997).

Huelga decir que la solución a la cuestión planteada no es ni unánime ni sencilla. Por un lado, la primera solución, la concesión de validez a la prueba practicada únicamente en presencia del Ponente, posee como ventajas indudables la conservación de aquella en los casos en que no pudo practicarse ante la totalidad del tribunal enjuiciador, eliminando así la impunidad que eso supondría para el ya acusado si la prueba deviniera nula por incurrir en un defecto procesal no subsanable. Pero la gran crítica que puede efectuarse pasa por lo que la propia STS aludida indica: los componentes que no vean u oigan la prueba practicada anticipadamente, presumiblemente (al concurrir razones de urgencia) ya no podrán verla ni oírla, teniendo conocimiento de ella exclusivamente a través de la constancia de la misma en medios de grabación o en el acta levantada por el Secretario (Letrado de la A.J.), así como a través de lo que los propios componentes del tribunal puedan transmitirles. En este último caso, claro está, recibirán una información inevitablemente viciada (aun de forma involuntaria), pues la inmediación sería de segundo grado, similar a la que percibe el tribunal a través de la introducción en el juicio oral de la prueba preconstituida. El Ponente y los miembros del tribunal que asistieran a su práctica sí serían testigos directos del debate contradictorio, no así el resto de componentes, lo que raramente casa con el principio de inmediación y el derecho de defensa que se apoya en él. Ésta fue una de las críticas que se formularon

precisamente para no otorgarle carácter probatorio a la prueba preconstituida celebrada ante el Juez de instrucción. Ahora, sin embargo, el TS se olvida de ello para validar la prueba celebrada únicamente en presencia del ponente del tribunal.

Hemos de precisar que, en sede del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, la inmediación se verá irremediamente afectada cuando se admite y practica la prueba anticipada, y es que no puede ser de otro modo cuando el Jurado se constituye al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 38 LOTJ) y la prueba anticipada se practica únicamente ante el Magistrado-Presidente. Pero, aun cuando el propio jurado no pueda tener contacto directo con la fuente de prueba, siempre será más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva celebrar la prueba en presencia del Magistrado- Presidente que prescindir de la misma, pues reduciría las posibilidades de las partes de defender sus pretensiones. Indudablemente, el principio de contradicción se verá afectado al no realizarse el debate contradictorio ante sí y no poder participar en el mismo, pero tampoco puede dejarse de lado que son pocas las ocasiones en que los miembros del jurado dirigen alguna pregunta durante la práctica de la prueba a los declarantes, por lo que la afección es menor que en otro tipo de procedimientos.

3. El desarrollo temporal

La prueba previa propuesta y admitida tendrá lugar una vez abierta la fase de juicio oral pero con carácter previo a la celebración de las sesiones. Su desarrollo deberá atenerse a la regulación específica de cada modalidad de acto probatorio, acomodado, claro está, a las peculiaridades que motivaron su adelanto.

Nada se dice en la LECrim respecto a si la actuación anticipada debe realizarse en el curso de una sesión o si puede prorrogarse durante el tiempo que se requiera. A nuestro entender (idéntica idea se aplica, v.gr., en el Derecho peruano) es claro que debe fijarse por el tribunal el día y hora para la práctica de la prueba anticipada procurándose la conclusión en una sola sesión, no sólo por la incomodidad que su desarrollo a lo largo de varias sesiones pudiera suponer para los intervinientes y el propio tribunal (quien deberá habilitar la sala, en su caso, para su práctica, con la consabida falta de medios materiales y personales con que cuentan los juzgados y la ausencia de salas disponibles para actuaciones de esta naturaleza), sino, principalmente, para evitar que la razón de urgencia haga desaparecer, inutilice o mute el objeto probatorio. En este caso,

continuará el día hábil siguiente, lo que se practicará sucesivamente hasta la completa realización de la prueba.

VI. ACCESO AL JUICIO ORAL

De lo examinado hasta ahora, no cabe duda de que nos encontramos ante una verdadera prueba en la que se respetan por completo los principios generalmente admitidos para la validez de todo acto probatorio. No obstante, por la propia naturaleza y estructura del instituto, la prueba adelantada no cumple la exigencia del principio de concentración de las actuaciones que se practican en el acto del juicio oral. Es evidente que cuando se lleva a efecto una prueba en un momento previo al procesalmente previsto con carácter ordinario, la idea de la concentración o unidad de acto se ve resentida.

Esta excepción ejercitada en fase decisoria pero con carácter anticipado a la propia celebración de las sesiones tiene lugar ante el órgano sentenciador y las partes intervinientes. El desarrollo y su resultado quedará consignado en soporte videográfico en el caso de que se produzca en la sede del tribunal y, si fuera preciso, a través del acta levantada por el Letrado de la A.J., en la que se dará fe de los intervinientes y de todo el desenvolvimiento de la actividad.

Al tratarse de una auténtica prueba no necesitará someterse a nuevo debate contradictorio en el seno del juicio oral, pues precisamente el respeto al principio de contradicción se ha erigido en una de las máximas para que el acto probatorio adquiriese validez. Exigir una nueva contraposición en la vista no tendría justificación razonable y supondría un retraso siempre perjudicial para los litigantes, por mucho que se intentara defender que el trámite puede quedar solventado sin dilatarse en el tiempo. No puede pretenderse tampoco su introducción en el juicio oral a través de la vía del art. 730 LECrim²⁵⁰, mecanismo previsto para los actos instructorios que, de forma, imprevisible, se convierten en irreproducibles después de practicarse, y que exigen su incorporación al debate para ser sometidos a contradicción.

ASENCIO MELLADO defiende que, si bien no es necesaria la ratificación posterior o

²⁵⁰ La literalidad del art. 730 LECrim deja claro cuál es su objeto: “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”.

contradicción en el juicio oral, sí será preciso que sean leídas en el acto de la vista²⁵¹.

Uno de los aspectos que deben ser abordados en posteriores reformas es la forma de acceso al resultado de la prueba previa por parte de los miembros del tribunal que no pudieron asistir a su ejecución pues el conocimiento de aquél a través de las manifestaciones de sus compañeros o mediante visionado del acta videográfica, inevitablemente supondrá una interferencia entre la fuente probatoria y el perceptor del mensaje.

En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, por su intrínseca peculiaridad, se admiten dos excepciones a la necesaria observancia de las garantías procesales: la quiebra del principio de concentración, por razones idénticas a las expuestas, y la quiebra de la inmediación, ya que la prueba anticipada se practica únicamente ante el Magistrado-Presidente, y no ante el Jurado en su conjunto, pues su constitución tiene lugar en un momento posterior, en el mismo instante de iniciarse las sesiones de la vista oral (art. 38 LOTJ). Es por ello por lo que, de forma distinta a lo fundamentado en relación con el procedimiento ordinario y con el abreviado, aquí sí deberá instarse su inclusión en la vista oral a través de la lectura o mediante la presentación a los jurados del acta correspondiente²⁵².

El Derecho italiano, por su parte, opta por incorporar al juicio las pruebas practicadas a través del incidente probatorio²⁵³.

VII. GARANTÍAS EN SU EJECUCIÓN

El valor de auténtica prueba que se le atribuye a la anticipada se fundamenta, además de lo dicho, en la exigencia de que sea una autoridad judicial la que se encargue de controlar su correcto desarrollo y la observancia de los principios comunes a toda

²⁵¹ Vid. ASECIO MELLADO, José M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., pág. 175.

²⁵² Defiende esta postura José Antonio DÍAZ CABIALE, "Prueba, deliberación, veredicto y sentencia", en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión provisional*, Edit. Comares, Granada, 1996, pág. 291.

²⁵³ A este fin, señala el art. 431.1 cpp: "Tras el decreto que dispone el juicio el secretario formará un cuaderno para el juicio oral en el cual, siguiendo las indicaciones del juez, se contendrán: d) Las actas en que consten las actuaciones realizadas en el incidente probatorio (...)". De esta forma, se procederá durante la vista a la lectura de las actas en las que se recoge el resultado de las declaraciones testimoniales, de los careos, del informe pericial... Si el resultado del incidente hubiera quedado reflejado en soporte audiovisual o fonográfico, se reproducirá en el juicio lo actuado a través de la reproducción de los soportes en que hayan quedado recogidos.

prueba: oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. Asimismo, velará por que las partes del proceso adopten una posición activa durante su práctica²⁵⁴. No bastará, por tanto, la presencia del representante del Ministerio Público para entender salvaguardadas las garantías, sino que se requerirá también no sólo la presidencia por una autoridad judicial, sino que ésta esté encarnada por el juez que va a sentenciar.

Consecuentemente, si han de respetarse idénticas garantías que las que se exigen para la realización de la prueba desarrollada durante la vista, parece lógico estimar que se requerirá igualmente la presencia del acusado y de su letrado en esta sede, pues, al fin y al cabo, no deja de ser la práctica de una parte del juicio oral. Ahora bien, ¿qué sucedería en los supuestos en que concurriendo la razón de urgencia que motivara su anticipación, se hubiere habilitado lo necesario para su desarrollo y no se presentaren para asistir a su práctica el letrado y el imputado, bien por incurrir en una incomparecencia voluntaria, bien por no estar citados en forma?

En nuestro ordenamiento jurídico, si aplicamos por analogía el art. 333.2 LECrim, ubicado en sede de inspección ocular -entendida como diligencia sumarial- deberíamos abogar por no anular el acto anticipado por la incomparecencia del letrado²⁵⁵. Se seguiría de este modo la estela marcada por el antiguo art. 304 del CPP italiano y el párrafo 224 de la StPO alemana. El art. 333.2 LECrim señala que no se suspenderá el acto por “la falta de comparecencia del procesado o de su defensor” y, al mismo tiempo, no niega validez a la actuación ya practicada a la que no concurren por cualquier razón.

Ahora, si esto pudiera resultar razonable dentro de la fase investigadora ante la urgencia de su práctica por la naturaleza de la diligencia e inutilidad de la misma si se demorara con la finalidad de que concurrieran aquellos, no sucede lo mismo en relación con la prueba anticipada. Y ello porque -indudablemente- choca con la previsión que la ley procesal efectúa respecto de otras diligencias realizadas incluso en la misma fase de investigación, como pudiera ser la práctica de la diligencia testifical celebrada con anterioridad a la apertura del juicio oral. El art. 448 LECrim establece claramente que

²⁵⁴ ASECIO MELLADO, José M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., pág. 174.

²⁵⁵ Para que se pueda practicar, el Letrado de la A.J. comunicará al procesado el acuerdo sobre la realización de la diligencia, sin que se contemple la suspensión por incomparecencia del procesado o de su abogado defensor. Idéntico derecho corresponde a quien se encontrare en prisión preventiva por las actuaciones de las que trae causa (art. 333.2 LECrim).

"el Secretario judicial²⁵⁶ hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo", sin que se aprecie excepción alguna por razones de urgencia. Si, como se observa, incluso en el supuesto de que el encartado no nombrara su propio abogado se le nombrará uno de oficio con el fin de que resulten defendidos sus derechos desde el inicio, no podemos afirmar que en sede de juicio oral, cuando la acusación ya se encuentra formulada, la práctica de la prueba resultará válida en caso de incomparecencia del letrado.

La excepción de la comparecencia del abogado puede predicarse, por tanto, en exclusiva, en relación con los actos de investigación, donde puede admitirse cierta flexibilidad en el cumplimiento de los principios procesales. Ahora bien, dada la falta de previsión legal respecto de la prueba anticipada, abordaremos la posibilidad de su desarrollo en ausencia del letrado defensor y/o del acusado.

Tratándose de una materia en la que premura justifica su práctica adelantada, parece lógico no vincular la validez de una prueba a la comparecencia o no del encartado o de su letrado, quienes, con el propósito de defender de la mejor manera posible sus intereses, podrían invalidar fácilmente una prueba de cargo con el simple mecanismo de no acudir a su realización. En el mismo sentido que expresa ASECIO MELLADO, sería razonable diferenciar en este punto dos escenarios referentes al desenvolvimiento de la prueba anticipada cuando el abogado no asiste de manera voluntaria o injustificada:

- a) Supuesto en que el imputado designa un letrado particular y, citado para la práctica del acto anticipado, deja voluntariamente de asistir. En este caso, parece que se impone no suspender el acto en cuestión y otorgarle plena validez.
- b) Supuesto en que el imputado no designa letrado y le asiste uno de oficio. Si no compareciera a su ejecución, debería suspenderse la prueba y nombrarse otro abogado, con la consiguiente sanción disciplinaria que pudiere imponérsele previa comunicación

²⁵⁶ Conforme a la Disposición Adicional Primera de la LO 7/15, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, a partir del 1 de octubre de 2015, todas las referencias que se contengan en la LOPJ 6/1985, así como en otras normas jurídicas a Secretarios Judiciales, Secretarios sustitutos profesionales, Instituto de Medicina Legal e Instituto Nacional de Toxicología, deberán entenderse hechas, respectivamente, a Letrados de la Administración de Justicia, Letrados de la Administración de Justicia suplentes, Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses e Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

al colegio de abogados de que se tratara.

La doctrina nos sitúa ante otro escenario distinto, cual es la posibilidad de que, dado los motivos de previsible imposibilidad y celeridad que venimos reseñando como legitimadores de la anticipación, se celebrará la prueba adelantada sin la presencia del letrado y del acusado, no ya por incomparecer voluntariamente, sino por entender prescindible su citación. La situación planteada no ofrece fácil respuesta, pues si bien parece razonable que ante una situación de emergencia extrema se prescinda de esta diligencia con el fin de no dilatar su práctica en el tiempo y que pudiera devenir ineficaz o ser absolutamente imposible su ejercicio (por ejemplo, por riesgo inminente de muerte²⁵⁷ o deterioro del objeto que ha de ser examinado), no lo es menos que la búsqueda del éxito de una prueba no puede en absoluto legitimar su práctica en condiciones que pudiera causar indefensión a alguna de las partes, quien no sólo no dispondrá de las ventajas que la inmediación ofrece, sino que no podrá intervenir en modo alguno en ella con las mismas garantías que tendría durante la vista. En el caso de que se aceptara la primera de las opciones planteadas (la que nos parece más razonable tras sopesar los pros y contras), es decir, únicamente cuando el acto inaplazable quede suficientemente razonado y justificado y se trate de una urgencia objetiva que haga presumir de manera lógica la ineficacia de su práctica no inmediata, podría entenderse como válida y eficaz la prueba realizada sin citación siquiera del letrado y de su representado. Siempre y cuando, eso sí, se levantara acta de su práctica y se introdujera en la vista de manera que no exista merma alguna del principio de contradicción.

En el Derecho Comparado la cuestión recibió respuesta tanto por el Derecho alemán como por el italiano: mientras que la StPO alemana permite que no se le notifique la celebración del acto cuando su presencia pudiera hacer peligrar el éxito de la investigación (parágrafo 224), el antiguo CPP italiano igualmente establecía la posibilidad de no citarlos basada en cuestiones de urgencia. La regulación alemana parece referirse a la equivalente a nuestra prueba preconstituida, priorizando el éxito de la investigación sobre los derechos de los justiciables, y, la italiana, adopta el primero de los planteamientos antes expuestos.

²⁵⁷ Si el testigo estuviera en una situación de peligro de muerte inminente, se le tomará declaración con la máxima urgencia, aun cuando el procesado no pudiera estar asistido de su abogado(art. 449 LECrim).

En cualquier caso, para que su resultado pueda tomarse en consideración como auténtica prueba, debemos fijar una serie de requisitos imprescindibles e ineludibles, que actuarán a modo de garante de los derechos de todas las partes de la contienda:

a) Que las partes hayan tenido posibilidad de intervenir en su desarrollo, respetándose así el principio de contradicción. De esta forma, asumen en su práctica una posición activa y pasiva idéntica a la que ostentarían en el plenario. Para el caso de que no hubieran podido presenciarse alguna parte por su perentoriedad, deberá dársele introducción en el juicio a través de su lectura.

b) Que se produzca en presencia y bajo la dirección del órgano enjuiciador, unipersonal o colegiado. Esta presencia ante la autoridad judicial garantiza el cuidado formal de la prueba.

c) Que se efectúe con observación no sólo de los principios generales de la prueba, sino también de los propios de cada medio probatorio, con adaptación, obviamente, a las peculiaridades que la figura presenta.

Al estudio de estos principios garantistas nos dedicaremos en los siguientes epígrafes.

VIII. CRÍTICAS A LA PRUEBA ANTICIPADA

1. El empleo de medios de comunicación bidireccional como alternativa a la prueba anticipada

Como sucede en la mayoría de las instituciones procesales importantes la prueba anticipada no está exenta tanto de alabanzas como de críticas por parte de la doctrina y de los operadores jurídicos. Hemos visto cómo el art. 657.3 LECrim establecía la posibilidad genérica de su práctica cuando se presumiera que las diligencias de prueba no pudieran celebrarse durante la fase de juicio oral o que su práctica pudiese motivar su suspensión. Y uno de los motivos generalmente aceptados como propio de estas dos posibilidades lo constituía el hecho de que aquél que hubiera de declarar en el acto del juicio bien como perito bien como testigo, se encontrara fuera del territorio nacional el día en que se planifique la celebración de la vista. Sin embargo, no podemos olvidar que el empleo de nuevos medios audiovisuales ha logrado acercar distancias, siendo cada vez más frecuentes las ocasiones en que el uso de la videoconferencia permite verter la

declaración directamente en juicio, de forma que la necesaria intermediación quedaría protegida al poder formar su criterio sobre la prueba practicada de forma oral y en su presencia, lo que facultaría a las partes preguntar al declarante para dar por cubierto el principio de contradicción en los mismos términos que cuando el declarante se hallase físicamente presente.

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, se reformó, entre otros, el art. 229 de la LOPJ, introduciendo además el art. 731 de la LECrim, que fue modificado por la LO 8/2006, de 4 de diciembre. El art. 229 párrafo 3º de la LOPJ avaló el uso de la videoconferencia para determinados actos procesales, estableciendo que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vista podrán realizarse a través de la videoconferencia u otros medios que aseguren una comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre personas separadas geográficamente, de manera que se garantice la posibilidad de contradicción de las partes y el íntegro cumplimiento del derecho a la defensa, apuntando que será imprescindible que su adopción se efectúe por el juez.

El art. 731 bis LECrim, por su parte, indica que el tribunal, por razones de utilidad, seguridad o de orden público y en los supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que intervenga en la causa a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Tal previsión podrá efectuarse de oficio o a instancia de parte, y siempre de acuerdo con lo mentado en el art. 229.3 de la LOPJ.

Para HERNÁNDEZ GARCÍA, la videoconferencia permite la transmisión de la imagen y el sonido de un medio probatorio a tiempo real, la conexión bidireccional entre la sede donde se practica la prueba y aquella que recibe su resultado²⁵⁸.

Especialmente cuando existe un único testigo de cargo sobre cuya declaración fundamentar la resolución o un perito imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y se anticipe la posibilidad de que irán al extranjero en breve por cualquier

²⁵⁸ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *99 cuestiones básicas (...)*, op. cit, pág. 550.

motivo (por ser su país de origen, tener previsto un viaje, motivos familiares...) se podría interesar la práctica anticipada de la prueba. Pero lo cierto es que, como afirma cierto sector doctrinal, el avance de los medios tecnológicos (ejemplificados en la videoconferencia) podrían ofrecer solución a estos problemas concretos posibilitando que no fuera necesario practicar la prueba con carácter previo al momento oportuno ni suspender la vista o renunciar a la declaración. No obstante, la videoconferencia da cumplimiento a los principios de oralidad y publicidad pero, de manera inevitable, distorsiona el principio de inmediación. La inmediación no debe entenderse como una captación emocional de los datos manifestados a través de la prueba, pero sí supone una proximidad espacio- temporal con la fuente que le permite apreciar datos que serán posteriormente valorados racionalmente. Por ello, lógicamente, la inmediación que se obtiene a través de la videoconferencia es, en cierta medida, “descafeinada”. Y, en el sentido expuesto, también se verá afectada la contradicción, pues el debate contradictorio relativo al medio probatorio también se efectuará sin entrar en contacto directo con la fuente.

En cualquier caso, como es lógico, se exigiría para su utilización la existencia de un dispositivo adecuado tanto en la sala del juzgado donde el proceso tiene lugar como en la del juzgado desde el que se declara, o bien situado en el consulado o embajada español en el país de que se trate, si el declarante fuera español que se encontrara en el extranjero, tramitándose la toma de declaración a través de comisiones rogatorias.

El empleo de este medio comportaría no pocas ventajas:

- a) Sería un método apto para eludir la victimización secundaria, evitando prestar declaración directa ante el presunto autor de los hechos.
- b) No se lesionaría la exigencia de la fe pública, pues su comparecencia queda reflejada en el soporte videográfico que recoge el acto de la vista o, en su caso, en acta del juicio levantada por el Letrado de la A.J.

Como sucede en las declaraciones ordinarias del juicio, los declarantes deberán identificarse en la sede en la que se presta declaración. Si el deponente lo hiciera en territorio nacional, el Letrado de la A.J. del tribunal recibirá su documento identificativo dando fe de sus datos personales. En caso de que fuera español residente de forma ocasional o permanente en el extranjero, la identificación se efectuará ante el Cónsul.

c) Se evitaría el traslado de presos, lo que se traduciría en una mayor seguridad en el desarrollo de las sesiones, especialmente si estos fueran particularmente peligrosos.

d) Supondría un importante ahorro al reducirse las costas relativas a los desplazamientos de acusados, testigos y peritos que no tuvieran su domicilio en el lugar del juzgado o tribunal.

e) Contribuiría a la agilización de la Justicia, evitándose las suspensiones de los juicios por el hecho de encontrarse el deponente en lugar distinto a la sede del tribunal o incluso fuera del territorio nacional, con independencia de la distancia geográfica a la que estuviera.

f) Tal y como resalta la jurisprudencia, si se trata de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de Peritos Oficiales (Policía Judicial o del Instituto Nacional de Toxicología), al dato objetivo del ahorro que supone evitar su traslado, se suma la posibilidad que se les brinda de que continúen tras su intervención con el desarrollo de la función pública que tienen encomendada. Si no se empleara la videoconferencia, el tiempo dedicado al traslado a la sede, esperas y declaración se lo restarían al desempeño de sus labores.

g) Si el declarante fuera víctima de violencia de género o de abusos sexuales y se encontrara vigente alguna medida de alejamiento, se evita de la manera más efectiva la confrontación visual con el presunto agresor y la incomodidad y desazón que pudiera suponerle la presencia física del acusado en su declaración, por más que se evitara el encuentro de ambos a través de mampara o declaración a través de la habitación destinada a los testigos (en las sedes judiciales donde existan). La declaración prestada por una víctima de violencia en estas condiciones supone un ejemplo claro de la victimización secundaria.

Tantos beneficios se han observado en su empleo que se ha elaborado una normativa específica destinada a la regulación del uso de la videoconferencia. En el ámbito de la Unión Europea, con el fin de aumentar los lazos de cooperación entre los países miembros en materia penal se aprobó el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, con fecha de 29 de mayo de 2000, en que se admitía el uso de la videoconferencia cuando quien debía declarar como testigo o como perito se encontrara en un Estado miembro y debiera prestar declaración

ante un órgano judicial sito en otro Estado miembro, disponiendo que en los supuestos en que no sea posible (u oportuno, añada) que comparezca directamente la persona a quien se deba oír, se podrá solicitar su comparecencia por videoconferencia. En los apartados 2 a 8 del art. 10.1 del Convenio se establecen las pautas a través de las que la comunicación bidireccional de la imagen y sonido se llevará a cabo, que pueden ser resumidas en:

a) Que su uso no contravenga los principios del derecho nacional del Estado requerido y que cuente con los medios técnicos necesarios. Si no dispusiera de ellos, el Estado requirente podrá ponerlos a su disposición.

b) Que en la solicitud se explicita el motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia física del testigo o perito.

c) Que se encuentre presente durante la audición un funcionario judicial del Estado requerido asistido por un intérprete cuando sea necesario, y dicha autoridad será responsable asimismo de identificar a la persona que deba ser oída y de velar por el respeto de los principios fundamentales del Derecho interno del Estado miembro requerido.

d) La audición se llevará a cabo por la autoridad judicial del Estado que solicitó la videoconferencia o bajo su dirección.

e) Que se levante acta de lo acontecido con todos los datos necesarios para la identificación de los participantes y de las condiciones técnicas en que se tomó la declaración.

f) Que se regulen los gastos derivados de la práctica de la videoconferencia, las excusas para declarar y la posible incursión en falso testimonio.

Yendo aún más allá, se admite también el uso de esta nueva tecnología incluso cuando el testigo o el perito se hallare en territorio de los Estados Unidos de América y deba comparecer ante el órgano judicial de un Estado miembro de la Unión.

Así, el Acuerdo de asistencia judicial entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea firmado el 25 de junio de 2003, sobre aplicación del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre los Estados Unidos de América y España firmado el 20 de noviembre de 1990, recoge el uso de la videoconferencia en el art. 16 quáter:

“1. Los Estados Unidos de América y España podrán utilizar tecnología de videotransmisión para tomar declaración a un testigo o a un experto situado en el Estado requerido en un procedimiento para el que pueda conceder asistencia jurídica mutua (...).

3. Sin perjuicio de la jurisdicción del Estado requirente la declaración intencionalmente falsa u otra conducta ilícita del testigo o experto durante la videoconferencia serán punibles en el Estado requerido de la misma manera que si se hubiera cometido en un procedimiento interno. (...)

5. El Estado requerido podrá permitir el uso de la tecnología de videoconferencia con otros fines diferentes a los descritos en el párrafo 1 de este artículo, incluyendo los de identificación de personas u objetos o para tomar declaraciones de investigación”.

La doctrina ha insistido en que este sistema queda amortizado rápidamente, pues el gasto de adquisición de los medios técnicos por parte de los Consulados, por ejemplo, resulta mucho más barato que la compensación económica a los declarantes por la estancia en la sede del tribunal hasta el momento de su declaración y posterior traslado, e incluso que las indemnizaciones por traslado de los testigos para su declaración en el momento del juicio oral²⁵⁹.

Podemos apreciar, por tanto, que hay cierta incertidumbre acerca de la necesidad real de establecer una excepción a la regla general en situaciones en las que, como hemos visto, existen alternativas a la práctica anticipada que, además, conllevan no pocas ventajas. Carecería de sentido práctico mantener en territorio nacional (con el consiguiente gasto y no pocos perjuicios para los deponentes) a quien deba intervenir en la realización de la prueba hasta el momento de su misma práctica, sin que pueda marcharse durante su preparación. Aun sabiendo que en los casos de prueba anticipada la tramitación ordinaria se efectúa con cierta prontitud, simplemente el transcurso del proceso (solicitud en los correspondientes escritos, dictado del Auto de Apertura del Juicio Oral por parte del órgano instructor, dictado del Auto de in/admisión de pruebas, preparación de la prueba en sí y realización de la misma) puede suponer, como decimos, inconvenientes difícilmente justificables si tenemos en consideración la posibilidad que se nos brinda de que los testigos o peritos declaren en el lugar donde tengan previsto trasladarse a través de técnicas audiovisuales más baratas y efectivas. Claro está, esta

²⁵⁹ En esta línea, FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, Juan Manuel, “Aspectos procesales de la delincuencia en zonas turísticas”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 2/1998(diciembre), págs. 79 y ss.

crítica no puede extenderse a las situaciones en las que el país al que se traslade no tenga medios técnicos para hacerlo efectivo, no cuenten con convenios en materia de justicia con España o se prevea que el testigo, por diversos motivos, será difícil de localizar y citar para declarar a través de la videoconferencia el día del juicio.

Frente a lo reseñado, los defensores a ultranza de la prueba anticipada, alegan, no faltos de razón, que el espíritu de la práctica de la prueba en presencia del tribunal sentenciador reside precisamente en la influencia que la proximidad espacio-temporal con la fuente de prueba supone para formar su criterio. En el caso de la prueba personal, el contacto de primera mano con la fuente de información le permite obtener datos que deberá valorar *a posteriori* motivadamente, convirtiéndose en un espectador privilegiado del contradictorio que ante él se realice, en el que actuará no sólo como observador, sino también como árbitro.

El diálogo sostenido con el interrogado a través de una pantalla pierde espontaneidad por causas ajenas a la voluntad de las partes, reduciéndose en no pocas ocasiones las preguntas que se pretenden formular por las dificultades que surgen en la conexión. De esta manera, pretender que las manifestaciones prestadas a través de una pantalla produzcan igual efecto en el juzgado que las que tienen lugar en su presencia es tanto como quitarle fuerza a esta última, pues pone en jaque tanto el principio de inmediación como el de contradicción. Es más, si consideramos el principio de contradicción como una manifestación del derecho de defensa que permite hacer uso de la igualdad de armas, debemos inclinarnos por el empleo excepcional del sistema de videoconferencia. De hecho, si la prueba preconstituida y la prueba anticipada han sido admitidas de forma tan restrictiva es precisamente por la generalizada opinión de que la inmediación (y la contradicción) resulta fundamental a la hora de valorar debidamente el testimonio, entendiendo por inmediación no sólo la declaración directa ante el tribunal, sino también en su presencia. Todas estas ventajas son inigualables y no creemos que se alcancen a través de una declaración mediante un circuito bidireccional como es la videoconferencia, por muchos beneficios que pudieran reportar.

Resulta incuestionable el papel agilizador que la videoconferencia y otros medios técnicos pueden tener en materia de justicia, disminuyendo los tiempos y los costes y pudiendo, en teoría, evitar la práctica anticipada de la prueba. Sin embargo, su uso no puede desplegarse de manera absoluta. Así, si bien parece tener un merecido hueco

dentro de las declaraciones testificales e incluso periciales, no resulta útil para el caso, por ejemplo, de las declaraciones prestadas por los coacusados, sin que pueda sustituir a la práctica previa de la prueba si concurre alguna razón de urgencia.

Lo dicho se sustenta en la STS de 16 de mayo de 2005 -Caso Motín de Foncalent- que, tras aludir a que los mentados arts. 229.3 LOPJ y 731 bis LECrim daba amparo legal al uso de la video conferencia a salvo excepciones, justificando que la proyección de los principios básicos del procedimiento no puede ser la misma para las declaraciones testificales o periciales- en que sólo se exija exactitud y fiabilidad en la información que se ofrece y se recibe y la posibilidad de someterse a contradicción por las partes- que cuando se trata de la intervención del acusado en el plenario quien, en aras del derecho de defensa, debe contar con un derecho de participación directa en el juicio. De este modo, elimina la posibilidad de la declaración por videoconferencia del acusado en pro del ejercicio de su propio derecho de defensa.

Lo expuesto por el TS se fundamenta en la distinta naturaleza y efectos de las declaraciones prestadas por los testigos o peritos que por el acusado, entendiendo que en los primeros basta con tener un conocimiento exacto e íntegro de lo manifestado, mientras que en el segundo se requiere una actitud más activa, que permita apreciar al tribunal datos comunicados aun de forma inconsciente por el acusado. Además, la declaración por videoconferencia de los acusados vería irremediamente limitado el derecho de los mismos de reunirse con su defensor para fijar una estrategia o preparar su intervención.

Por todo ello, la STS de 16 de mayo de 2005 anuló un juicio por considerar que no quedaban suficientemente garantizados los derechos básicos del acusado, al considerar que la presencia que venimos llamando “virtual” no podía equipararse a la presencia “real”. Esta resolución, tachada por un sector doctrinal como excesivamente garantista, recoge, a nuestro parecer una línea muy interesante de cara a la protección de los derechos de los justiciables que, en absoluto debe considerarse derogada o superada por el paso del tiempo. Y ello pese a que en el caso que dio lugar a dicha sentencia era evidente el peligro que podía entrañar la presencia física de los acusados, peligro que podía materializarse en la producción de cualquier episodio violento durante el traslado o en la comisión de una fuga en el desplazamiento ante el tribunal. Precisamente fue dicho riesgo el que provocó que se acordara la declaración judicial a través de la

videoconferencia que, como decimos, fue posteriormente anulada, quedando el juzgado obligado a la práctica de nuevo juicio con la presencia física de los acusados.

El fundamento teórico que emplearon para la referida anulación fue la que sigue: “Es cierto y basta la lectura del texto vigente de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial para advertir que la actual normativa procesal permite tal fórmula, a partir de la Reforma operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 que introdujo el nuevo texto del artículo 229.3 EDL 1985/8754 , que ahora dispone que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas ‘...podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal’. Y, más en concreto, para el acto del Juicio oral en el procedimiento penal, el nuevo artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , al afirmar que ‘El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754’ ”.

Pero, evidentemente, no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el Juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del Juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de Defensa.

Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser “objeto” de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de “sujeto” activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio Juicio.

Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia.

El contenido de la declaración de un testigo, por citar sólo un ejemplo de las múltiples vicisitudes imprevistas que pueden surgir en el desarrollo de la vista oral a esa comunicación. Autorización que, de denegarse, puede plantear indudables problemas en orden al respeto debido al derecho de Defensa.

Esto hace que incluso esta Sala, siguiendo la estela del propio Legislador, se haya pronunciado con determinación en una línea de la que es claro exponente la reciente Sentencia de 2 de marzo de 2005 EDJ 2003/30366, cuando proclama que:

"En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo art. 42-2º EDL 1995/14191 prevé que:

"...el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores...", lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado".

Obviamente, con los modernos métodos de comunicación electrónica que aquí se analizan sufren esos planteamientos, tendentes a facilitar plenamente el derecho de Defensa, salvo que se adopten las medidas oportunas, técnicamente posibles, de comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante, entre el Defensor y su defendido. Solución que, no obstante, también podría dar lugar, en la práctica, a eventuales complicaciones merecedoras de estudio.

Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida.

Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su "*ius puniendi*", facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible.

De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate.

Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora”.

Concluye, por tanto, la mención a la cuestión analizada diciendo que la apertura a la posibilidad del empleo de la videoconferencia en el juicio no puede ser absoluto, sino que, al contrario, debe interpretarse la opción que la ley brinda de manera restrictiva.

Pero, fuera del uso excepcional que perfila el Alto Tribunal, las potenciales ventajas de la videoconferencia han llevado también a la Fiscalía General del Estado (en lo sucesivo, FGE) a elaborar instrumentos tendentes a facilitar su empleo. De esta forma, la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, sobre la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, se pronunciaba en contra e instaba a los fiscales a negarse -motivadamente- a celebrar juicios orales “virtuales”, incluso en los casos en que el acusado hubiera prestado expresamente su conformidad en ser juzgado sin estar físicamente ante el tribunal. Se justificaba dicha negativa de la siguiente manera:

a) Consideraba en peligro los principios dignos de protección en el juicio penal celebrado mediante videoconferencia: los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, al defender que “la inmediación sólo puede entenderse cumplida si se acepta la presencia virtual como equivalente a la presencia física; la publicidad depende en gran parte de las posibilidades que se ofrezcan para que los particulares puedan asistir al acto de la vista, en condiciones que garanticen que el juicio puede ser seguido y celebrarse ante quien lo estime procedente; la contradicción tendrá más contenido cuanto más perfeccionado se encuentre el sistema de transmisión de imágenes: no es lo mismo una sola cámara fija que varias desde ángulos diversos. Puede concluirse, pues, que el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, se ve afectado por la utilización de nuevas tecnologías para la celebración del juicio oral”.

b) Estimaba insuficiente el art. 230 LOPJ como regulador de su uso, criticando su generalidad, pues no cubría suficientemente las garantías procesales.

c) En el caso de la utilización de la videoconferencia para la toma de declaración del acusado, indicaba que el hecho de que el acusado manifestara su conformidad a ser juzgado a través de este medio no cubría las garantías procesales, y ello por el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales.

Curiosamente, a los pocos días se dictó la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, donde se explica que el empleo de la videoconferencia no debía ser demonizado, ni debía producirse un rechazo por la utilización de los medios técnicos en la Administración de Justicia, pudiendo emplearse estos para determinados actos de prueba, a realizar, por tanto, en el acto de la vista, entre los que sitúa la declaración de testigos y peritos. En este sentido, señalaba que cuando existan circunstancias tales como la existencia de una considerable distancia entre el declarante y la sede del juzgado, razones personales del testigo o perito, causas que impidan o dificultan gravemente su desplazamiento u otras análogas, el empleo de la videoconferencia quedará justificado.

Así, se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.), quienes efectuarán un uso racional del tiempo de trabajo, dedicándose a la elaboración de informes sobre los que se pronunciarán posteriormente, sobre todo los que presten sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio.

A través de la videoconferencia, la FGE busca también la protección de la libertad en el testimonio, evitando así las coacciones, violencia o amenazas que podían justificar la anticipación probatoria. Afirmaba que, en aquellos casos en los que los testigos o peritos pudieran estar sometido a una especial presión, se encontrarían con mayor libertad para declarar. De la misma manera, se evitaría la victimización secundaria, especialmente en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los supuestos de violencia doméstica o de género de cierta entidad, con especial atención a los menores de edad. Mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad.

De igual forma, razonaba la FGE, se convierte en instrumento útil para complementar o posibilitar la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales contempladas por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, en aquellas

hipótesis en los que concurra un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la medida de protección, o de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Siguiendo la misma estela, la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre la protección de los menores víctimas y testigos, potencia el uso de la videoconferencia para el caso de que el testigo sea menor, interpretando sistemáticamente los arts. 707 y 731 bis LECrim, considerando que su comparecencia siempre será gravosa o perjudicial.

En el Derecho comparado, Italia²⁶⁰ se erigió como uno de los países pioneros en regular su utilización, junto con Francia²⁶¹ y Estados Unidos²⁶², disponiéndola especialmente para supuestos de traslados especialmente peligrosos de presos pertenecientes a la mafia desde los centros penitenciarios hasta la sede del tribunal.

De lo expuesto, podemos deducir que, teniendo tan amplia cobertura legal (a través de normas nacionales, comunitarias y Tratados extracomunitarios) no existe duda alguna acerca de la cobertura legal de la práctica de ciertas pruebas a través del estudiado medio tecnológico. Precisamente, el hecho de que se halle tan protegida su utilización a través de las distintas normas nos lleva realmente a plantearnos la necesidad práctica de anticipar la prueba cuando podemos contar con instrumentos relativamente baratos que, en principio, no atacarían los principios constitucionales por los que se debe velar en todo proceso. En cualquier caso, las declaraciones de testigos y peritos plantea siempre menos inconvenientes que cuando hablamos de las declaraciones de co/acusados (bien independientes, bien sometidas a careos) donde se puede defender que el hecho de que no se efectúe ante el juzgador elimina peligrosamente el principio de inmediación y, en línea con lo expuesto en STS de 16 de mayo de 2005 priva al acusado de una comunicación directa con su letrado, lo que podría afectar significativamente a su derecho de defensa.

Dicho esto, parece que en los casos en que la declaración proceda de los acusados sería más aconsejable que declararan a través de la anticipación probatoria cuando, por

²⁶⁰ A través de la Ley de 8 de junio de 1992.

²⁶¹ En Francia se modificó el Código Procesal Penal por Ley de 15 de noviembre de 2001, que introdujo el art. 706-71 de aceptación del uso de la videoconferencia por necesidades de la investigación.

²⁶² La prueba a través de videoconferencia se celebró en los Estados Unidos por vez primera en 1982.

ejemplo, se prevea que en la fecha de celebración del juicio no se encontrará en territorio nacional y será difícil o muy gravosa su localización y traslado para el acto de la vista. Y ello pese a que el mentado Convenio Europeo sí que prevé la declaración del acusado a través de este medio para determinadas situaciones. En los supuestos de acusados cuyo traslado resulte extremadamente peligroso o en cuyo juicio se prevea grandes manifestaciones o concentraciones de personas en su contra, podrá adoptarse este medio con las precauciones que el texto contempla²⁶³.

No podemos, pues, negar, las claras ventajas que reporta el uso de la videoconferencia en relación con la aplicación de la prueba anticipada. Sin embargo, su empleo encuentra lagunas aún no colmadas e inconvenientes en relación con la práctica de la prueba ante el propio tribunal, lo que hace más que difícil decantarnos por una de las dos opciones como la más aconsejable en los casos en que el ejercicio del acto probatorio tuviera encaje como prueba anticipada o pudiera técnicamente realizarse a través de medios de transmisión bidireccional del sonido e imagen.

En primer lugar, si tenemos en cuenta que el Letrado de la A.J. ya no tiene obligación de acudir al acto del juicio oral por actuar los medios de grabación como acta del juicio, ¿quién da fe de la identificación de los deponentes y de la correcta realización de la videoconferencia? Conforme al Convenio Europeo, en el país requerido habrá una autoridad judicial que dará fe de la filiación de los declarantes, pero no se contaría en nuestro Estado como requirente con el Letrado durante sus manifestaciones que acredite que, efectivamente, la identidad se llevó a cabo (y que se hizo correctamente) así como que la comunicación bidireccional del sonido e imagen fue correcta.

²⁶³ Art. 10.9: “Los Estados miembros podrán, si lo consideran oportuno, aplicar igualmente las disposiciones del presente artículo, cuando sea apropiado y con el acuerdo de sus autoridades judiciales competentes, a la audición por videoconferencia de un acusado. En este caso, la decisión de mantener la videoconferencia y la forma en que ésta se lleve a cabo estarán supeditadas al acuerdo de los Estados miembros de que se trate, de conformidad con su Derecho interno y con los correspondientes instrumentos internacionales, incluido el Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Todo Estado miembro podrá declarar, al efectuar la notificación prevista en el apartado 2 del artículo 27, que no tiene intención de aplicar el párrafo primero. Dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento.

La audición sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento de la persona acusada. El Consejo, en un instrumento jurídicamente vinculante, adoptará las normas que sean necesarias con vistas a la protección de los derechos de los acusados”.

Por otro lado, en las causas en que se vaticine que el acusado, testigo o perito no se encontrará en la sede del tribunal el día del juicio por tener que permanecer bien en otra provincia bien en otro país con el que exista convenio en torno al uso de este medio, y se conozca que deberá exhibírsele un documento complejo o varios documentos a través de la pantalla, ¿no sería más aconsejable la realización anticipada de la prueba con el propósito de que el deponente se instruya suficientemente de los mismos? ¿Acaso no podría entenderse que causaría indefensión para el acusado que alguien declare sobre cierta documental (máxime cuando no ha tenido oportunidad de examinarla en un momento anterior a la vista) que le es mostrada a través de la cámara? Y, además, ¿cuál sería la calidad mínima exigible a la videoconferencia para dar por válida dicha exhibición? Especialmente en los asuntos en que la documental constituye prueba esencial debería serse riguroso con el procedimiento y exigir la comparecencia física para su examen, lo que sería tanto como admitir la preferencia de la prueba anticipada en estos casos.

Uno de los principales escollos en torno al uso del mentado medio audiovisual lo forma las limitaciones del derecho del acusado de estar en continua comunicación con su defensa. Si bien cabría (y así se hace en la práctica) un contacto privado con el letrado - a través de una llamada telefónica o a través de una conexión previa entre ellos- es obvio que la falta de contacto visual entre ambos puede delimitar el ejercicio del derecho, sin poder dar instrucciones a lo largo de toda la declaración. En cualquier caso, las dudas que asalta su aplicación en el caso del acusado fueron también apreciadas por el propio Convenio Europeo, cuyo art. 10.9 le da una importancia individualizada y lo supedita a la propia aceptación del acusado, muestra de que no se trata de una hipótesis ordinaria o de que alguna manera podría alterar las garantías procesales. Precisamente por eso, la FGE se mostró inicialmente partidaria de negarse a su aplicación en el caso de la declaración del acusado al sufrir una merma de sus derechos, sin que pudiera tomarse como alternativa la prestación de la conformidad a su empleo al no ser disponibles los derechos fundamentales y verse afectados en su práctica alguno de ellos. El principio de inmediación ante el tribunal también se ve lógicamente perjudicado durante la declaración virtual, lo que ha sido valorado por los detractores de su utilización.

La Audiencia Provincial de Alicante se manifestó respecto de ello con ocasión de un juicio oral en el que la prueba testifical se efectuó mediante videoconferencia, en la Sentencia de

la Sección 1ª, de 2-12-2002, en la que indicaba que “no puede hablarse que este principio se haya vulnerado en el acto del juicio cuando todos los allí presentes han podido, no sólo oír las declaraciones de los acusados y de los testigos, sino detalles de cómo unos acusados, concretamente los que estaban en la Sala de Vistas saludaban, veían o incluso se contradecían con los que estaban en el centro e incluso, como los allí recluidos protestaban, fuera de su turno y orden, por lo que estaban declarando otros, en la medida que aquello les perjudicaba, o como varios acusados se metían contra las declaraciones de los testigos presenciales, o como interrumpían al Ministerio Fiscal o al Presidente del propio Tribunal que pedía respeto, silencio y orden para el desenvolvimiento del juicio; probablemente en pocos casos como el presente se ha visto más intervención de los acusados, y todo ello, ha sido visto por todos los asistentes y ha colaborado también a que las distintas versiones de unos u otros, sean más o menos creíbles; es por ello que no procede la estimación de este principio”. Sin embargo, tal sentencia fue casada por la STS 678/2005, de 16 de mayo (RJ 2005\6586), que recoge las conclusiones contempladas en la mentada STS de 2 marzo de 2005.

Y es que incluso el Alto Tribunal, aun admitiendo la legalidad de la comunicación a través de este tipo de instrumentos tecnológicos, ha dejado sentado el carácter subsidiario de su uso frente a la preferente presencia física de los declarantes, en sentencias como la STS 644/2008, de 10 de octubre, Sala II de lo Penal, Fundamento de Derecho Segundo:

“Un sistema procesal moderno no puede desconocer estas técnicas si bien, como es lógico, debe agotar todas las posibilidades de lograr la presencia real y de utilizar estas alternativas cuando sea prácticamente imposible la comparecencia por hallarse en lugares remotos o cuando lo aconsejen incluso razones de seguridad del testigo o también cuando la causa se ha demorado en exceso por incomparecencia o trabas reiteradas que la Sala puede valorar como obstruccionismo procesal”.

Fundamento de Derecho Tercero: “Después de varias decisiones judiciales admitiendo este método y los reproches formulados a su legalidad y constitucionalidad, el legislador por Ley Orgánica 13/2003, introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 731 bis, cuyo texto conviene transcribir. ‘El Tribunal de oficio o instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial’.

El artículo citado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siguiendo la pauta constitucional (artículo 120.2 CE) dispone que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

Asimismo, la cobertura legal se encuentra reforzada en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (modificada por L.O. 16/94, de 8 de noviembre) que autoriza la utilización de “cualquiera medios técnicos, electrónicos e informáticos”.

“La cuestión, por tanto, no versa sobre la cobertura legal sino sobre las decisiones concretas que se adopten según la fase del proceso y la incidencia que pudieran tener sobre derechos fundamentales, como la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, todos ellos en función de la causación de una verdadera y efectiva indefensión que afectaría al derecho a un juicio con todas las garantías” (Fundamento de Derecho Sexto).

Afirma que “La validez de la videoconferencia tiene distinta dimensión cuando se trata de la utilización de esta tecnología sustituyendo la presencia de los acusados en el momento del juicio oral por su declaración a través de la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, que cuando se emplea para las manifestaciones de testigos y peritos. Como se puso de relieve en la sentencia de esta Sala, de 16 de Mayo de 2005, el acusado debe tener un papel activo en el juicio oral por lo que adquiere relevancia su presencia física e incluso la posibilidad de la comunicación constante con su Abogado, que no sólo se debe cumplir en los procedimientos de la Ley del Jurado, sino en toda clase de juicios orales.

No por ello se debe descartar totalmente la celebración de juicio por videoconferencia con los acusados, y así lo contempla el Convenio Europeo antes citado, cuando lo exijan razones de seguridad derivadas de la extrema peligrosidad de los acusados que hagan desaconsejable su traslado o cuando, por las circunstancias externas, las sesiones pudieran verse seriamente alteradas por concentraciones masivas de personas en los alrededores de la sede del tribunal. En estos casos, si que debe motivarse las razones que se alegan para justificar esta decisión excepcional” (Fundamento de Derecho Séptimo).

Concluye diciendo “En consecuencia, estimamos que no existe ninguna irregularidad ni ha producido indefensión la utilización de la videoconferencia para celebrar las declaraciones testimoniales ni tampoco se han quebrantado los principios de publicidad, inmediación, oralidad y contradicción de los que ha dispuesto el acusado en toda su integridad durante la celebración del juicio”.

Los partidarios del método de comunicación bidireccional de la imagen y el sonido exponen las ventajas que podría reportar sobre la práctica directa de la prueba, bien como anticipada, bien como ordinaria, siempre que deban declarar menores de edad, por

entender que su presencia física en la vista pudiera reportarles daños emocionales o psicológicos. La Convención del Consejo de Europa sobre Protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual (Lanzarote 25 de octubre de 2007) firmada por España el 12 de marzo de 2009, hace expresa referencia a la necesidad de emplear las nuevas tecnologías para que las exploraciones a los niños se graben con el propósito de que el soporte en que se recoja pueda servir como prueba en el juicio oral, así como para evitar que el testigo deba deponer en cualquier caso en presencia del tribunal.

Lo cierto es que las legislaciones comunitaria y nacional han adoptado sus normas a la necesaria protección de los menores -especialmente cuando son víctimas de delitos sexuales o violentos- pronunciándose a favor del uso de medios técnicos que favorezcan el menor número posible de declaraciones a lo largo del proceso; a través de ellos, fomenta su formación como prueba preconstituida y, en caso de obligada comparecencia en sala, evita la confrontación visual con el acusado. La sentencia de la Sala Segunda del TS de 18 de octubre de 2011, tras recoger la evolución legislativa en la materia, declaró la plena validez de la declaración de los dos menores en el juicio oral por videoconferencia, en la que se eludió la confrontación visual con los acusados (padre y tío) acusados de agredirles sexualmente.

Como no puede ser de otra manera, nos mostramos partidarios de la modernización de la Administración de Justicia, con el consiguiente empleo de los medios técnicos a nuestro alcance. Pero esto no puede entenderse en el sentido de hacer prevalecer de forma absoluta su utilización sobre los derechos de los justiciables en los supuestos en que estos se puedan ver afectados, como en el caso antes visto de la limitación de los derechos de los acusados.

Reconocidas las muchas ventajas que ofrece, nos inclinamos por potenciar como regla general la práctica de las pruebas en el proceso penal en presencia del órgano de enjuiciamiento, tanto si se produce en el momento procesalmente previsto como si tiene lugar en forma de excepción con carácter previo a dicho momento. Resulta muy golosa la disponibilidad de medios técnicos en el ámbito de la Administración Pública y de la Administración de Justicia en particular, en cuanto puede suponer economización tanto de tiempo como de dinero, con el consecuente ahorro en los limitados presupuestos previstos para Justicia pues, como dijimos, se evitarían tanto gastos de traslado (transporte, seguridad, dietas...) como dilaciones en el curso del procedimiento.

Para un sector doctrinal, el correcto uso de los medios tecnológicos de comunicación bidireccional no merma en absoluto el respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, pudiendo el tribunal dirigir cuantas preguntas estime oportunas en tiempo real, siendo una solución óptima en los casos en que los testigos (españoles o extranjeros) se encuentren fuera del territorio nacional, sobre todo si se trata de los únicos testigos de cargo o del coimputado arrepentido dispuesto a colaborar²⁶⁴.

Ahora bien, en ocasiones se ha potenciado su utilización con el propósito de no romper el principio de unidad de acto que queda desprotegido en el caso de la prueba anticipada. En puridad, no podríamos refutar tal afirmación, en cuanto que si practicamos una prueba de manera separada y previa al resto, evidentemente queda afectado dicho principio. Pero no podemos obviar que si nos inclinamos hacia el uso de la videoconferencia, por ejemplo, en el caso de que se prefiera que un testigo que se encuentra en el extranjero declare en el país requirente para evitar los gastos de traslados o en el supuesto de que nos encontremos ante un/os acusado/s particularmente peligrosos o cuya presencia en la sede del tribunal pueda perturbar el correcto desarrollo de las sesiones, corremos el riesgo (más frecuente en la práctica de lo que gustaría a los actores jurídicos) de que algún fallo técnico impida la conexión. Y es que no son pocas las ocasiones en que durante el desarrollo del juicio oral, llegado el momento de efectuar la comunicación con el lugar donde se encuentra el deponente, los problemas técnicos impiden que la declaración virtual se lleve a cabo por no cumplirse suficientemente las condiciones mínimas de la bidireccionalidad, pudiendo instarse por cualquiera de las partes la nulidad de la prueba cuando el declarante o cualquiera de las partes no logra percibir sin perturbación alguna lo manifestado en la otra sede física. No puede ser de otra manera, por cuanto que el empleo del medio técnico aludido únicamente podrá suplir la declaración personal si se efectuara de manera que el tribunal (y, obviamente, las partes) obtenga una inmediación similar a la que se produciría si se encontrara presente.

La amplia cobertura legal con que cuenta el uso de la videoconferencia -tanto en el Derecho nacional como internacional- da amplia cobertura a la legalidad de su uso para la práctica de la prueba, reproduciendo el art. 731 bis LECrim el contenido del art.325

²⁶⁴ ABA CATOIRA, Ana, *La tecnologización de la prueba en el proceso penal. la videoconferencia: objeciones y ventajas (realidad y futuro de la administración de justicia. la aplicación de las tics*, pág.19, recuperado de http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7504/1/AD_13_art_1.pdf, última visita el 17.8.16.

relativo a la fase de instrucción. Empero, aunque se admite de manera más general con relación a las declaraciones de testigos y peritos (con las reticencias antes expuestas) mayores dificultades plantea su integración para la declaración de los acusados, entendiendo que la posible merma de sus derechos justificaría por sí sola la realización de la prueba anticipada con preferencia sobre este medio tecnológico. Y es que a la ya aludida posible afección del principio de inmediación y al derecho a comunicar con su letrado a lo largo del desarrollo de la vista podría unirse el derecho que posee de estar presente a durante toda la vista. Hoy día, tal y como está contemplada la participación de cualquier interviniente en el juicio (incluido el acusado) a través de la declaración virtual, su presencia queda limitada únicamente al momento en que es interrogado por las partes acusadoras y la defensa, sin que quede conectada la videoconferencia durante el resto de la sesión o sesiones, lo que resulta comprensible a la vista no sólo de la posibilidad de que el aparato necesite ser usado en la sede del órgano requirente para otro asunto (no olvidemos que hay juicios que pueden durar un número indefinido de sesiones), sino de que, dentro de la misma sala donde se desarrolla la vista, puede ser empleada para conectar con cualquier otro partícipe que se encuentre en lugar distinto. A esto se suman las dificultades que supondrían pretender estar presente durante toda la celebración del juicio a través de la videoconferencia: la imposibilidad de atender a lo que sucede en toda la sala, las dificultades de visión o audición... Pero el hecho de que se justifique la no presencia virtual a lo largo de toda la sesión (o sesiones) no significa que sea legalmente correcto, pues el art. 786.1 LECrim prescribe la obligatoriedad de que el acusado esté presente durante la celebración de todo el juicio, a salvo el supuesto de la celebración en ausencia si concurren los requisitos previstos en el apartado segundo del mismo artículo.

En otro orden de cosas, se había señalado como ventaja del uso de los medios técnicos sobre la anticipación probatoria la posibilidad de que así se evitara la victimización secundaria en caso de que el deponente sea testigo-víctima, eliminando la asistencia al acto del juicio en presencia tanto del acusado, de los demás intervinientes, e incluso del público que pueda asistir, caso de ser pública la sesión. Pero, insistimos, en ocasiones la tecnología juega malas pasadas, de manera que el testigo que se encontraba psicológicamente preparado para declarar cierto día ante el tribunal a través de videoconferencia, puede encontrarse con que, llegado el día prefijado para su participación, surjan mil y un imprevistos que impidan la práctica de la prueba;

desgraciadamente, no deja de ser relativamente habitual que el audio o la imagen de los aparatos técnicos no funcionen correctamente o que no se encuentren debidamente sincronizados, lo que dificultaría la debida percepción por las partes y por el tribunal y, por ende, el correcto desenvolvimiento del principio de contradicción. En estos casos, la solución tendrá que pasar ineludiblemente por la señalización de nuevo día para la práctica del acto probatorio fallido, con el consiguiente retraso en la conclusión de la causa, lo que también incidirá de forma inevitable en el sosiego de los deponentes. ¿Acaso esto no afecta de manera negativa a la victimización secundaria? ¿No sería más sencillo tomarle declaración a presencia del juez y con carácter previo a la celebración del juicio oral?

A pesar de lo manifestado, la realidad pasa porque -pese a las reticencias que los fiscales puedan poner de manifiesto en relación con la videoconferencia- los tribunales han encontrado en ella un aliado para evitar las anticipaciones probatorias, dando por válida la mayoría de las intervenciones (salvo, claro está, los casos en que los derechos de los justiciables se vean manifiestamente afectados) lo que, por otro lado, supone una agilización de la agenda de señalamientos.

En la práctica de los tribunales, se acuerda la declaración de los testigos, peritos e incluso acusados a través de la videoconferencia con preferencia a la práctica previa de la prueba. Dada la clara tendencia de aquellos hacia su empleo por encima de la anticipación probatoria, las partes suelen pedir directamente que se personen en el juicio para su toma de testimonio a través de dicho medio, a pesar de que pudieran conocer con suficiente antelación la razón de urgencia que motivaría la práctica de la prueba de manera excepcional, y esto aunque, como ya hemos analizado, pudiera traducirse en recortes más o menos intensos de los derechos de los justiciables. A nuestro juicio, debería darse traslado al Ministerio Fiscal sistemáticamente de la solicitud de declaración a través de los mecanismos de comunicación bidireccional para emitir informe motivado sobre si considera más adecuado y garantista el adelantamiento probatorio. Incluso en el supuesto en que el propio acusado fuera (a través de su representación letrada) quien solicitara la declaración a través de videoconferencia por motivos de seguridad, comodidad o cualquier otro tipo de interés personal, el Ministerio Público, como garante de la legalidad y del respeto hacia los derechos fundamentales²⁶⁵,

²⁶⁵ Art. 3.3. E.O.M.F. y art. 124.1 CE.

debería pronunciarse a favor del medio que, valorando las circunstancias concurrentes y los medios técnicos existentes en ambas sedes, entendiera más ajustado al respeto de dichos derechos. Es decir, como afirma el Alto Tribunal, su empleo -aunque alude únicamente a los acusados, lo extenderíamos a todos los partícipes- debería quedar limitado a situaciones de absoluta imposibilidad.

Otra de las incógnitas que merece respuesta es la siguiente: qué sucede si se propone por cualquiera de las partes la práctica de la prueba anticipada (por ejemplo, porque se conozca que el testigo se trasladará al extranjero en la fecha de la vista y el tribunal deniegue la anticipación probatoria por marcharse a un país con el que hay convenio en torno al uso de la videoconferencia) y, llegada la fecha del juicio, no hubiera podido localizarse al testigo -con independencia del motivo- y la parte inicialmente proponente se quedara sin la práctica del interrogatorio de su testigo, que podía constituir la prueba de cargo fundamental. ¿Cabría exclusivamente el dictado de una sentencia absolutoria o nos encontraríamos ante una privación indebida de los medios con que cuentan las partes para defenderse? ¿Nos encontraríamos ante una violación del art. 24 CE? En realidad, al denegarse la prueba que pareciera tener relación directa con los hechos investigados el derecho de defensa de la parte se vería afectado, pues no quedaría sino introducir la declaración sumarial (en caso de que se hubiera prestado) a través de la vía del art. 730 LECrim. De ahí surge nuestro interés por su práctica tan pronto como sea posible.

2. La quiebra del principio de concentración

Hemos incidido en la necesidad de que la excepción de la prueba anticipada respete los principios rectores del proceso penal. Se ha abordado la forma en que podía compatibilizarse el sostenimiento de aquellos con la práctica anticipada o previa de la prueba. Pero, en realidad, no se ven respetados todos y cada uno de ellos pues existe un principio que, inevitablemente, se verá afectado: el principio de concentración. Y es que es precisamente a su incumplimiento al que se ha aferrado el sector doctrinal crítico con la admisión de la figura, al configurarlo como principio destinado a garantizar la unidad de acto o, en su defecto, la mayor proximidad temporal posible entre los actos probatorios, lo que le permitirá al juzgador formarse un juicio conjunto del resultado de todos ellos. Es irrefutable que la cercanía temporal entre los actos probatorios conlleva evidentes ventajas: evitar perder las sensaciones que las pruebas produjeron y la

conexión que pudiera existir entre los resultados arrojados por las mismas. A su vez, como es lógico, cuanto mayor es el tiempo transcurrido entre acto y acto crece la posibilidad de que se olviden pequeños detalles que pueden resultar fundamentales a la hora de formar el criterio del juzgador.

La defensa de la prueba anticipada no puede llevarse a límites tan extremos como negar lo expuesto. Pero ello no quiere decir que deba defenderse el respeto absoluto del principio por encima del derecho a la prueba. Si la no práctica de la prueba de manera adelantada va a suponer que ésta puede perderse y no celebrarse en acto de la vista, debe prevalecer, a nuestro entender, la defensa del derecho a usar todos los medios de que se dispusiere. Ponderando ambos principios, hemos de defender la primacía de un derecho fundamental frente a otro que podríamos catalogar como procedimental, de naturaleza técnica. Parece más razonable proteger la facultad del litigante de alterar mínimamente las reglas procedimentales si eso supone no renunciar a la fuente de prueba que, presumiblemente, no estará disponible en el momento de la celebración del juicio oral y se entiende importante para lograr la convicción del enjuiciador. Por tanto, se trataría de una anticipación de la ejecución de los medios de prueba que tendría mínimas consecuencias negativas en comparación con las ventajas que reporta.

Otro argumento que jugaría a favor de la excepción frente al principio de concentración o unidad es que uno de los fines de la prueba anticipada es evitar posible suspensiones del juicio oral que, inevitablemente, también harían mella en el principio de concentración. De suceder finalmente el supuesto motivador de la suspensión, los efectos podrían ser incluso más perjudiciales que la práctica anticipada. Y es que, como tuvimos oportunidad de examinar, uno de los fines de la prueba anticipada lo constituye el evitar la suspensión del juicio, que supone también una quiebra a la unidad de acto y que, en ocasiones, supone un riesgo de que no pueda reanudarse el procedimiento en el plazo de 30 días que marca la ley, lo que podría tener la terrible consecuencia de que se anulara todo lo practicado en el juicio por haberse excedido la suspensión del plazo legal. Con la finalidad de buscar la máxima cercanía en el tiempo de las actuaciones probatorias, se hará imprescindible efectuar, siempre que sea posible, todas las pruebas que se hayan solicitado y admitido como anticipadas con la menor distancia temporal posible.

3. La innecesidad sobrevenida de la prueba anticipada

En otro orden de cosas, cuando profundizábamos en el derecho general a la prueba comprobábamos cómo, en línea con lo mantenido por los Altos Tribunales, se debía entender que este derecho comprendía no sólo su admisión en caso de que fuera pertinente y útil, sino también su práctica y, más lejos aún, la valoración de su resultado por el sentenciador. Podemos cuestionarnos si, llegado el punto de practicar una prueba, el tribunal puede dejar de hacerlo por entenderla innecesaria. El juez no puede ir contra sus propios actos y, si no practicara la prueba que admitió en su momento sin causa aparente, podría causar grave perjuicio al proponente. Si apreciara su innecesidad puede interrogar a las partes acerca de si estiman oportuno la realización del acto probatorio, pero la decisión de las partes en este punto le resultará vinculante si primero la declaró inútil o impertinente y luego recoge en sentencia como no probados los extremos que la práctica de la prueba pretendía demostrar.

Acoge esta línea la STC 246/1994, de 19 de septiembre: “si el órgano jurisdiccional estima pertinente y admite la práctica de un determinado medio probatorio y la parte insta su ejecución, se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes de prueba para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique (...) el órgano judicial pudo, sin menoscabo del derecho invocado, declarar la prueba inadmisibles, considerando su impertinencia; pudo, asimismo, valorar la misma motivadamente con libertad de apreciación en el caso de admitirla y practicarla, pero no puede, en el respeto a las exigencias que se derivan del art. 24 CE, declararla primero pertinente, para no practicarla después y, sin embargo, razonar en la decisión que aquellos extremos, a cuya acreditación se dirigía dicha prueba, no han resultado demostrados en el curso del proceso (...) Ello implica la lesión del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes”.

Ahora bien, no debemos olvidar que para que la prueba se practique no sólo tiene que ser pertinente y útil, sino también necesaria. Y es posible que tras la realización de otras pruebas el juzgador se considere suficientemente ilustrado sobre un hecho concreto y no requiera más prueba para ahondar en la misma idea. De esta forma, el resto de actuaciones relativas a ese punto podrán ser tomadas como innecesarias por quien, al fin y al cabo, va a tener que formar su convencimiento. La doctrina y la jurisprudencia han

hilado la nota de la obligada necesidad de la prueba con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. La STS de 29 de enero de 2009, ahondando en lo sostenido en otras resoluciones, expone que el derecho a la prueba no es absoluto e incondicionado, sino que debe ser pertinente, necesario y posible, debiendo también valorarse de cara a su admisión el posible retraso que suponga en el proceso, pudiendo afectar negativamente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también reconocido en el art. 24 CE.

Conforme a lo que acabamos de exponer, es posible que se proponga y admita la práctica de la prueba y, llegado el día de su realización, el juez no la practique por entenderse suficientemente ilustrado en torno al contenido a que la prueba iba referida y valore su innecesariedad. Pero lo cierto es que, dada la especial naturaleza de la prueba anticipada -que se realiza antes de las sesiones del juicio oral- presumiblemente poca prueba se habrá practicado aún, por lo que en contadas ocasiones el enjuiciador tendrá, en ese momento temporal, formado su convencimiento sobre un asunto en concreto, de manera que parece que su ejercicio se convierte en obligado. Ahora bien, ¿y si llegado el día de la prueba se evidencia que, el testigo ya no se halla en condiciones óptimas para ser sometido a un interrogatorio? ¿Y si el terreno a explorar ha mutado sensiblemente su apariencia como consecuencia de las condiciones climatológicas? ¿Y si el objeto de la pericia modificó sus características esenciales? En supuestos en que el objeto de la prueba anticipada no hubiera llegado en un estado razonablemente bueno al instante de la práctica, resulta lógico que el juzgador, que consideró en su día la prueba pertinente y útil entienda que deviene inútil y decida no abordarla. En esta hipótesis, la negativa a su práctica sí podría admitirse al ser la única salida posible, pues su realización nada aportaría al proceso y únicamente contribuiría a dilatarlo innecesariamente, siempre que, claro está, la imposibilidad de su realización sea absoluta.

4. La tendencia a reducir la fase investigatoria

No podemos dejar de referirnos a una de las críticas más feroces a la prueba anticipada emitida por los propios jueces de lo penal. Esto es, según un sector de los jueces de enjuiciamiento, la admisión de esta especialidad probatoria supone una minusvaloración de la prueba preconstituida, en clara tendencia a la eliminación del valor de lo actuado durante la instrucción. La duración de la fase de investigación-aducen- debería reducirse

a la mínima expresión, pues si se le priva de todo valor probatorio a lo realizado ante el órgano instructor, debería abrirse juicio oral a poco que existiera el mínimo indicio de criminalidad, debiendo ventilarse en el acto del juicio todo lo referente a la determinación final de los hechos y de los autores.

A nuestro entender, esta crítica peca de excesiva, pues no puede prescindirse de una labor de investigación (en algunos casos, muy compleja) con la intención de abrir juicio inmediatamente, pues conduciría bien al establecimiento de una pena de banquillo en cuanto existieran ínfimos indicios de criminalidad contra alguien, bien a sobreseimientos materialmente injustificados por no haber desplegado la investigación que el asunto requería. Eso no obsta para que se tienda a reducir los plazos de instrucción (lo que se propone con la introducción del art. 324 LECrim) con el fin de agilizar la justicia, pero el fin de cada fase procesal es claro y, entendemos, debe mantenerse la división existente en la actualidad.

NIEVA FENOLL estima que, dado que las conclusiones obtenidas por el Juez de instrucción o por el Ministerio Fiscal durante la fase de investigación no vinculan ni pueden condicionar la valoración que libremente hace el órgano de enjuiciamiento de la prueba, lo ideal sería que tanto la labor de búsqueda de indicios (considerada típica de la instrucción) como la práctica de la prueba se lleven a efecto durante la fase de juicio oral, evitando así contaminaciones procedentes de otros intervinientes. No obstante, señala lo limitado de esta posibilidad, ya que sólo podría ser así en aquellos delitos en que los vestigios sean imperecederos o permanentes, lo que rara vez ocurre.²⁶⁶ Compartimos la necesidad de que se acorten los plazos procesales, no así de que la búsqueda de huellas probatorias se produzca en el juicio oral, por los motivos antes expuestos. En tanto se acortara la fase de instrucción la consecuencia deseable sería la fijación inmediata de la fecha del juicio oral, que debería llevarse a efecto en poco tiempo para que tuviera sentido la reducción del plazo de la primera fase. Si fuera así, podría carecer de sentido la prueba anticipada, pues la prueba se practicaría en su sede natural, como prueba del art. 741 LECrim, al no existir riesgo de pérdida dada la proximidad temporal entre ambas fases, y otorgaría a la prueba efectuada durante la fase de juicio la importancia merecida, con obvia disminución o eliminación de la actual prueba preconstituida.

²⁶⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, op. cit. págs. 225 y 226.

La línea expuesta fue, asimismo, la sostenida por el Ministro de Justicia, Rafael Catalá, quien definió el modelo actual del Derecho procesal penal como “poco razonable, dilatorio y antieconómico”. Por ello, propugnó un nuevo prototipo por el que se atribuyera la instrucción al fiscal y, tras ella, se abriera inmediatamente la fase del juicio oral, sede natural de la prueba, con el fin de evitar que determinados intervinientes del proceso declarasen hasta en tres ocasiones durante el procedimiento, con el consiguiente gasto de tiempo y dinero²⁶⁷.

Pero no debe confundirse esta idea con la eliminación de la fase de investigación, lo que daría lugar, en no pocas ocasiones, a castigar a la pena de banquillo al investigado al mínimo indicio de criminalidad en su contra.

IX. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA POR LOS TRIBUNALES

1. Ventajas vs comodidad

Hemos dejado sentado que el empleo de la prueba anticipada debe ser tenida siempre como una forma excepcional de realización de la prueba, siendo el juicio oral la sede natural de su desarrollo. Sin embargo, determinadas situaciones justificadas suficientemente pueden hacer más que necesario su adelantamiento.

Se ha criticado por los autores que el instituto de la prueba anticipada pudiera emplearse por los operadores jurídicos por razones de comodidad. Pero este temor no se corresponde en absoluto con la realidad, pues la realización anticipada de una prueba, desde luego, no supone comodidades o facilidades para el tribunal. Sí le reportará indudables ventajas, como no perder la fuente de información y apreciar de manera directa (inmediata) el resultado probatorio, pero la comodidad no es precisamente una de ellas. Decimos esto en primer lugar porque, para llevar a cabo la anticipación, necesitará el juzgador hacer un hueco en su agenda o, actuar fuera del horario normal del juzgado o trasladarse fuera del edificio del tribunal, con las molestias que ello comporta. Asimismo, cuando deba examinarse algún lugar o persona fuera de la

²⁶⁷ Durante su intervención en la Comisión de Justicia del Congreso en la apertura del curso judicial 2016/17: “La celebración del juicio debería ser inmediata, y allí practicarse la prueba plena en lugar de repetirse las pruebas en ambas fases como ocurre actualmente”.

jurisdicción, se trasladará el magistrado ponente (caso de ser un tribunal colegiado) o el titular del Juzgado de lo penal, sin poder celebrar vistas ese día o aplazando trabajo de despacho, tales como el control de las ejecutorias. En idénticos términos cabe hablar en relación con la participación del Ministerio Público en la práctica anticipada, que tendrá que organizar sus ya de por sí desbordados servicios para poder acudir al desarrollo. Iguales dificultades supondrá tanto para la eventual acusación particular como para el letrado de la defensa.

2. La hipervaloración de la fase sumarial

Precisamente es esta “incomodidad” de la que hablamos la que propicia que el empleo real de la prueba anticipada en los tribunales sea, en verdad, más bien escasa. El ritmo frenético al que trabajan hoy en día los operadores del Derecho hace que tanto los órganos unipersonales como colegiados busquen la mayor celeridad posible en la resolución de los conflictos, evitando cualquier acto que pudiera dilatar o entorpecer su ritmo. Ello conlleva que, en realidad, las declaraciones y periciales realizadas en presencia del órgano instructor con todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para el desarrollo de la prueba (la conocida como prueba preconstituida) adquiera, aun sin querer, el valor de prueba antes del momento que le corresponde, pues todos los actores jurídicos admiten que la declaración preconstituida de la víctima con todas las garantías, por ejemplo, durante la instrucción adquirirá inexorablemente el carácter de prueba a la hora de incorporarse al juicio a través de su lectura. Es decir, si los órganos de enjuiciamiento han conocido de la existencia de una prueba preconstituida durante la investigación, lo presumible es que denieguen la práctica de la prueba anticipada por concederle valor probatorio a lo ya declarado en la primera de las etapas.

Ya se aludía a dicho vicio en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la nefasta tendencia a convertir actos sumariales en actos probatorios. Y lo hacía en los siguientes términos: “(...) por la naturaleza de las cosas y la lógica del sistema, nuestros Jueces y Tribunales han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando un juicio por el resultado de las pruebas sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, (convertida) en una formalidad”. Pese al tiempo transcurrido desde el dictado de estas palabras, la realidad es que la práctica forense sigue corroborando la tendencia a hipervalorar las diligencias sumariales, en las que, por no darse cumplimiento riguroso a los principios rectores del

proceso penal se altera el principio *audiatur et altera pars*.

La hipervaloración a la que nos referimos contribuyó ineludiblemente a la forzada aleación prueba preconstituida-prueba anticipada, desembocando en que un sector doctrinal acogiera la idea de que la prueba anticipada puede desarrollarse tanto durante la etapa investigadora como una vez abierto el juicio oral. Cómo si no, exponen, puede dejar de tener valor como prueba la declaración del testigo principal del que se conoce, verbigracia, que se encuentra en peligro inminente de muerte. Pese a conocer los fallos en las garantías procesales exigidas (es evidente la quiebra con el principio de inmediación) se admite valor probatorio desde su incorporación al acto del juicio mediante la vía del 730 LECrim a la diligencia realizada ante el juez instructor con salvaguarda del principio de contradicción. Aciertan en la necesidad de proteger la información que el testimonio en este caso ofrece, pero no dejaría de ser una prueba preconstituida que alcanza carácter de prueba en el momento de su introducción en el debate oral, y no antes.

Es lógico que la dolencia del testigo o su viaje inminente justifique la preconstitución probatoria pero, en caso de que se presuma que estará en condiciones de declarar una vez abierta la fase del juicio oral, lo oportuno sería solicitar la práctica anticipada para que el órgano de enjuiciamiento conozca el testimonio de primera mano.

Lo cierto es que, en la práctica forense, se tiende a preconstituir la prueba y, después, pueden suceder distintas opciones: o bien se repite la declaración en el acto del juicio oral para el caso de que el deponente se halle en la sede del tribunal, o se dispone que declare por medios técnicos de recepción de imagen y sonido de manera bidireccional, o se introduce en el juicio a través de la vía del 730 LECrim, pero lo que no se suele hacer es preconstituir la prueba y solicitar la práctica anticipada ante el juzgador para el caso de que esté en condiciones de declarar una vez abierta la fase del juicio oral pero se prevea su posible indisposición para el acto de la vista.

Lo normal, por tanto, es que se salte de la preconstitución directamente al acto de la vista, sin pasar por el período intermedio de la prueba anticipada, aunque ello pudiera significar conceder al tribunal u órgano unipersonal decisor la posibilidad de practicar ante sí una diligencia probatoria que, quizá, luego no podrá realizarse en el momento del juicio. Por ello, no podemos perder de vista que, aun cuando en la teoría la prueba

anticipada supone mayores ventajas que inconvenientes y resulta tremendamente útil a la hora de formar la íntima convicción del juez en el camino para descubrir la verdad - que no deja de ser el auténtico fin del proceso penal- la tendencia normativa y forense es la de otorgar cada vez mayor protagonismo a la preconstitución probatoria, llegando a ofrecer una amalgama de normas que en nada contribuyen a deslindar ambas figuras y a colocar a cada excepción el lugar que merecen, sino que tienden a facilitar el empleo de la preconstitución aun a sabiendas de que se produce una merma en los principios de inmediación y contradicción que, más que salvada, es atenuada en la fase del juicio oral. Ello no deja de minorar el derecho de defensa del justiciable y de difuminar la frontera existente entre la fase instructora y la de juicio oral, de ahí nuestro empeño en ofrecer el abanico de posibilidades que ofrece la anticipación probatoria y la necesidad de que los operadores jurídicos conozcan sus peculiaridades para poder hacer uso de una figura que contribuye a la defensa de los principios consagrados en el art. 24 CE.

De esta manera, lo frecuente es que, de conocerse durante la fase sumarial, por ejemplo, que un testigo no podrá comparecer en el juicio oral por ausentarse del país en la fecha de la celebración de la vista o porque se tema por su muerte, se le tome testimonio al modo de la denominada prueba preconstituída ante el Juez de instrucción. Pero, si se tuviera conocimiento de ello una vez concluida la instrucción, las partes solicitarán su declaración previa en los correspondientes escritos, pero empleando la posibilidad en último término, cuando debiera ser la regla general.

IGLESIAS CANLE, en relación con esta cuestión, ya advertía que, en ocasiones, los tribunales se acogen a la teoría de la “prueba preconstituída” por mera conveniencia, para justificar condenas que no se basan en una prueba practicada con respeto de las garantías procesales mínimas²⁶⁸.

Por otro lado, la posibilidad de llevar a cabo determinadas pruebas a través de la videoconferencia, pese a las desventajas ya estudiadas, ha llevado a un uso de la técnica mucho mayor a lo que consideramos deseable, pues supone una tendencia a utilizarla por encima de otras opciones, y ello sin dejar de reconocer que agiliza el desarrollo del juicio en la mayoría de las ocasiones.

²⁶⁸ IGLESIAS CANLE, Inés Celia, *Investigación penal sobre el cuerpo (...)*, op. cit., pág. 131.

3. Su empleo por las partes del proceso

No debemos, pese a todo, hacer descansar todo el peso de su escasa aplicación sobre los jueces. Las partes acusadoras, sabedoras de la relevancia que la preconstitución adquiere a la hora de formar la íntima convicción del juzgador y una vez que han obtenido ésta, no suelen hacer uso de la segunda excepción, dándose por satisfechos con el aseguramiento de la información que así obtienen, aunque el principio de inmediación quiebre inevitablemente. Y es que, por mucho que la prueba preconstituida reúna todos los requisitos legales, no habrá ninguna forma de suplir la falta de apreciación directa por el órgano *ad quem*. Como consecuencia, pocas resoluciones denegatorias de la práctica de la prueba anticipada encontraremos, en tanto que son escasas las veces en que las partes se deciden a solicitarla, aun estando en el derecho de hacer valer los medios de prueba de que dispongan.

A nuestro juicio, reiteramos, pese a los gastos económicos y temporales que pudiera suponer su ejercicio, la institución ofrece una manera lógica, posible y justificada de practicar una prueba auténtica, lo que la convierte en una figura procesalmente muy interesante y de la que se podrían valer las partes tanto para lograr un correcto ejercicio de la acción penal como para brindar una completa defensa.

4. Una figura ignorada

El desconocimiento de la figura, la singularidad de la misma y la enorme utilidad práctica que puede reportar en el camino hacia la búsqueda de la verdad la hacen merecedora de un estudio pormenorizado tanto de lo que es en la actualidad como de lo que puede llegar a ser.

La regulación tan parca de la prueba anticipada y confusa en relación con la prueba preconstituida ha favorecido claramente el empleo masivo de la preconstitución probatoria, admitida gustosamente por algunos tribunales al agilizar(o no ralentizar) los señalamientos. Ello nos lleva a pensar que el hecho de que no se haya corregido dicha disfunción normativa a pesar de los requerimientos de un amplio sector doctrinal no es casual. Muchos de los problemas de aplicación quedarían perfectamente resueltos con una mínima regulación ordenada a modo de la civil o incluso de la italiana en materia penal, pero cerraría -o, al menos, limitaría- la posibilidad de usar la preconstitución

como si de una auténtica prueba se tratara desde el momento de su práctica. Por el momento, a la vista de la aprobación de la modificación de la LECrim y de los fallidos intentos de una reforma integral de la norma procesal, habrá que esperar.

El desconocimiento de la prueba anticipada ha llevado en innumerables ocasiones a que las propias partes introduzcan la terminología en los respectivos escritos efectuando un uso equivocado de la misma. De hecho, la mayor parte de las veces que se alude a ella en el apartado probatorio del escrito de acusación o defensa se realiza erróneamente. Es habitual la petición con carácter anticipado de actuaciones tales como la incorporación de la hoja histórico penal del acusado por el Juzgado y la solicitud de emisión de oficios a organismos tributarios o a entidades bancarias con el propósito de que complementen información documental de cara al juicio oral. En esta línea, también se insta a que con carácter anticipado se recaben e incorporen a la causa testimonios de autos y sentencias y de su notificación personal al acusado (especialmente en ciertos delitos, tales como el abandono de familia). Estas fórmulas, como decimos, no se ajustan en absoluto al concepto de prueba anticipada, no cumplen ninguno de los requisitos exigidos para aquélla y responden únicamente, a nuestro entender, al desconocimiento de la figura.

CAPÍTULO SÉPTIMO: SUPUESTOS DE PRUEBA ANTICIPADA

I. PRUEBA TESTIFICAL

1. Consideraciones generales

En la práctica de los tribunales, bien es sabido que la prueba testifical constituye una de los elementos fundamentales a tener en cuenta por el juzgador a la hora de sentar su convicción. Nos atrevemos a señalar que, mientras que en el procedimiento civil la prueba “estrella” es la documental, no sucede lo mismo en el ámbito del proceso penal, en que la prueba testifical (ampliamente desarrollada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina y la legislación²⁶⁹ a la vista de su relevancia) resulta en infinidad de ocasiones, determinante. Es por ello por lo que podemos considerar que uno de los graves inconvenientes a los que se enfrenta la justicia es a la incomparecencia de los testigos, porque teniendo tanto peso en esta jurisdicción puede determinar que no se logren acreditar los hechos atribuibles o que no se empleen suficientemente los medios para defenderse.

Cuando la incomparecencia responde a un acto voluntario refleja no solo un problema jurídico, sino también una falta de sensibilidad ante los asuntos judiciales e incluso un problema de índole sociológico y cívico²⁷⁰, al poner de relieve la intención de no colaborar con la Administración de Justicia.

Tal es la importancia del testigo en materia penal que la propia LECrim impone la obligación a todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley (art. 410)²⁷¹. Asimismo, el art. 118 CE fija la obligación de colaborar tanto durante el desarrollo del proceso como en la ejecución de la sentencia. No obstante, fija en el mismo Cuerpo Legal una excepción a la regla general, permitiendo casos en que

²⁶⁹ Encuentra su marco normativo en los arts. 24.2.II CE, en el Capítulo V, Título V del Libro II de la LECrim y en las Secciones 2ª y 5ª del Capítulo III, Título III el Libro II de la LECrim.

²⁷⁰ ALEMAÑ CANO, Jaime, *El procedimiento simplificado francés y su posible introducción en el ordenamiento jurídico español. Problemas que plantea*, RCAA, núm.1, 1989, pág. 16.

²⁷¹ Con las excepciones y las dispensas fijadas en los arts. 411 y ss LECrim.

por parentesco o por secreto profesional, el sujeto no está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos (art. 24.2.II CE).

Dicho esto, no podemos sino acentuar que, precisamente, la información obtenida a través de la prueba testifical descansa en la percepción directa del tribunal enjuiciador de las declaraciones del deponente. De ahí que se afirme que el verdadero valor probatorio de la prueba testifical descansa en la circunstancia de que se produzca ante la inmediata presencia del tribunal²⁷².

El TC, ya en STC 101/1985, de 4 de octubre, venía considerándola prueba de cargo cuando la declaración se vertía en el juicio oral, garantizando así que se sometiera a contradicción. De esta forma, se da cumplimiento a los arts. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan al acusado “el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

En este punto, se hace indispensable precisar que la práctica general de que los testigos deberán declarar en el juicio oral para que su declaración constituya prueba de cargo cuenta con dos claras excepciones. En primer lugar, se ubican los supuestos en que el testigo no puede reproducir su testimonio en el juicio oral por fuerza mayor ajena a su voluntad: que haya fallecido, se encuentre en el extranjero o fuera de la jurisdicción del tribunal sin que pueda comparecer ante el mismo o cuando se encuentre en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación. En estos supuestos, la jurisprudencia le ha otorgado valor a las declaraciones practicadas durante la fase sumarial a presencia judicial. El segundo grupo, lo conforman los casos en que se prevea que, por las circunstancias concurrentes, el testigo no podrá comparecer a las sesiones del juicio oral, bien por estar en peligro inminente de muerte o preverse que no estará en el territorio español en la fecha inicialmente prevista o previsible de celebración del juicio. Ésta es la justificación de su práctica adelantada. Caso contrario, se correría el riesgo de perder datos o elementos de convicción.

²⁷² STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009.

Hay que significar que este supuesto de anticipación probatoria no se refiere tanto el hecho de que el sujeto no pueda comparecer en juicio físicamente como de que no esté en condiciones de contestar correctamente a aquellas cuestiones que se le planteen, no ofrezca toda la información de que disponga, responda sesgadamente o no ofrezca información fiable. Esta idea no ha sido apreciada por el legislador español, quien parece referirse a una imposibilidad general de la prueba entendida en el sentido de no comparecencia física. Por este motivo, debemos reconocerle al legislador italiano el valor de haber matizado la hipótesis mediante la expresión “el testigo no podrá ser examinado en el juicio oral”. La idea de la anticipación probatoria, no obstante la no especificación del legislador español, es idéntica: velar por que la información ofrecida por el testigo sea fidedigna y pueda exponerse con la mayor fiabilidad posible ante el tribunal. Llama la atención, sin embargo, que el legislador italiano acierte en la precisión de que lo relevante es la disposición de la información probatoria más que la propia presencia física del sujeto y no cierre el catálogo de supuestos en que tal indisposición puede tener lugar.

Como hemos visto, la propia normativa le atribuye al testigo el deber de presentarse a prestar declaración en los casos en que sea correctamente llamado, siempre que no se encuentre impedido o incurso en alguna de las excepciones legalmente contempladas. Precisamente para evitar que ese impedimento prive a las partes de su testimonio y pueda verse mermado el derecho a la tutela judicial efectiva, se articula el mecanismo de la prueba anticipada. La prueba testifical se puede practicar con carácter adelantado cuando se prevé que a la fecha en que se va a celebrar el juicio oral no podrá comparecer o no podrá declarar bien por haber fallecido, bien por encontrarse sumido en una grave enfermedad física o mental, bien por sospechar que, al ser extranjero, será muy difícil su localización en el país de origen.

Como se aprecia, se trata de hipótesis en que- por distintos motivos- existen indicios de que la declaración que ha de prestarse durante el juicio se enfrentará a algún obstáculo difícil de superar que imposibilite su declaración durante las sesiones. VEGAS TORRES resumió con claridad el fin de la figura al decir que el motivo de que una testifical se practique anticipadamente reside en la existencia de razones que hagan temer que no podrá efectuarse con posterioridad²⁷³.

²⁷³ VEGA TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia (...)*, op. cit., pág. 96 y 97.

En el seno de la prueba testifical practicada con carácter previo al momento procesalmente oportuno, la regla general, opina la doctrina, será la aplicación de las previsiones genéricas establecidas en los arts. 718 y 719 LECrim, pero, indudablemente, pueden sucederse distintos supuestos que, al no tener previsión legal, deben solucionarse de manera individualizada conforme al espíritu de la figura y a los dictados de la prevención jurisprudencial. Un ejemplo de ello es el supuesto del testigo clave de un procedimiento que se encuentra sumido en una enfermedad terminal y al que se le toma declaración anticipada con reunión de todas las garantías procesales que, inesperadamente, recupera su capacidad intelectual y adquiere suficiente fortaleza como para considerarlo en posición de declarar en el momento del juicio oral. En un caso como éste, se podría cuestionar si sería procedente anular la primera de las declaraciones pues, aún cuando se hubiera celebrado con todos los requisitos formales, habiendo desaparecido la causa que la motivó (y que la justificaba), no existiría argumento procesal de peso como para mantener su validez. Sin embargo, recordamos, debemos dar una respuesta negativa al interrogante, porque la prueba ya practicada, pese a ser anticipada, reviste los efectos de la prueba plena. Eso sí, podría plantearse que se mantuviera su validez y se le tomase nueva declaración una vez llegado el juicio oral si el tribunal considerase oportuno contar con su testimonio a la vista del resultado de la prueba practicada hasta ese instante o le fuera a interrogar sobre cuestiones distintas a las ya preguntadas. Así, contaría con más elementos de juicio para formar su opinión.

Si bien los supuestos expuestos son los más frecuentes no puede olvidarse en esta sede la inclusión de los testigos que han sido sometidos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra cosa para que no declaren o lo hagan falsamente. No por poco habitual debe descartarse la admisión de la práctica de la prueba como anticipada cuando se consiga acreditar, al menos indiciariamente, que se pretende alterar el sentido de la declaración a través de la actuación de una tercera persona, ajena o no al proceso.

Pudiera darse la circunstancia de que se solicite la práctica anticipada de la prueba, se admita por el juzgador, se adopte todo lo necesario para su desarrollo y llegado el día en que deba testificar, el sujeto se niegue a declarar pese a no estar sujeto a las exenciones legales. Esta opción no es exclusiva de la excepción analizada, el testigo puede en el acto del juicio mostrarse no dispuesto a colaborar con la Administración de Justicia o no querer declarar contra el acusado fuera de los supuestos en que no puede acogerse a la

dispensa legal que el art. 416 LECrim brinda. Si esto sucediere, la LECrim contempla la posibilidad de imposición de multa coercitiva que oscilaría entre los 200 y los 5.000 euros²⁷⁴, multa que se podría imponer en el acto. En función de los motivos que alegue para su no colaboración y de los perjuicios o molestias que hubieran supuesto para todos los actores la anticipación probatoria se fijará la sanción económica. Señala la LECrim que, si pese a ello, persistiera en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la autoridad.

En resumen, la prueba anticipada testifical se solicitará y admitirá cuando sea previsible que el testigo no pueda comparecer, por distintos motivos, a declarar ante el tribunal el día del juicio oral, bien por no encontrarse físicamente en el territorio nacional bien por una auténtica imposibilidad física o psíquica que no le permitiera declarar o hacerlo en condiciones razonables. Esto podría acarrear un déficit de carga probatoria que, según el grado de importancia de la prueba, conduciría al dictado de una sentencia absolutoria. Así las cosas, siendo tan relevante este acto probatorio para lograr el convencimiento del juzgador, debe articularse su práctica previa para no dejar sin efecto lo actuado sumarialmente y privar al perjudicado o víctima del delito de las garantías del proceso a que todo ciudadano tiene derecho.

Es necesario dejar sentado que la imposibilidad de la práctica de este tipo de pruebas en el acto de la vista no derivaría de la naturaleza del acto en sí, sino de la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias que iremos analizando, que harán imposible o altamente complicado la comparecencia en el juicio para ofrecer su declaración²⁷⁵ o, en otros casos, para efectuar una declaración válida y eficaz.

2. Formalidades

Cuando las partes, tras el examen de lo actuado en fase de instrucción, entienden que les será indispensable la declaración testifical para defender sus intereses y conocen la previsión de que el testigo no pueda comparecer a la fecha señalada o no pueda hacerlo en óptimas condiciones, propondrán como prueba anticipada la declaración del sujeto. Para que conste debidamente formulada, habrá de indicarse los datos identificativos del

²⁷⁴ Art. 716 LECrim.

²⁷⁵ Idéntica consideración, en el derecho italiano, por BIONDI, Giuseppe, en *L'incidente probatorio (...)*, op. cit., pág. 10.

testigo, su domicilio y el motivo fundado por el que se precisa la toma previa de la declaración.

La correcta identificación del declarante resultará fundamental para su correcta y pronta localización y citación, indispensable a la vista de la celeridad con que deberá ser practicada la prueba. Cualquier retardo en la citación, imputable al tribunal o al propio proponente, podrá desembocar en la imposibilidad de su desarrollo.

Por otro lado, como hemos estudiado, el tribunal deberá velar por que se respete escrupulosamente el principio de contradicción. Para ello, será indispensable la notificación a todas las partes del lugar, hora y día exacto de la práctica del acto. Numerosas sentencias del TS reconocen que no hubo indefensión cuando se notificó a la parte el día, hora y lugar de realización de la prueba, dando la posibilidad bien de acudir físicamente bien de remitir un pliego de preguntas en que incorporar aquéllas que estime procedentes, de forma que no se entenderá que se violó el principio de contradicción cuando por negligencia de la parte no se acudió a interrogar al sujeto²⁷⁶.

Siéndole de aplicación a la prueba anticipada las reglas propias de cada modalidad probatoria, no podrá exigírsele a ningún testigo (aun cuando se hayan adoptado las medidas extraordinarias necesarias para hacer realidad la práctica de la diligencia) que responda una pregunta cuya contestación -dice el art. 418 LECrim- pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416, con las lógicas excepciones referentes a los casos en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor. Se trata de una previsión relativa a la declaración durante la fase de investigación, pero nada imposibilita su aplicación durante sus manifestaciones ante el tribunal enjuiciador.

Al igual que en el interrogatorio practicado durante la instrucción, en el juicio oral no tendrán cabida las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, no permitiéndole el presidente al declarante que conteste a las mismas (art. 709 LECrim). Tampoco podrá aquél que interroga conducir la respuesta del testigo. Esta técnica, lamentablemente, ha sido muy frecuente en los juicios para obtener del deponente propuesto la respuesta deseada,

²⁷⁶ STS 1095/1997, de 30 de julio de 1997.

debe ser evitada en las pruebas anticipadas aún con mayor ahínco, pues, en ocasiones, dado el estado en que se halla el individuo, puede resultar más sencillo guiarle en sus respuestas sin que apenas se diera cuenta de ello.

Durante el transcurso del juicio oral los testigos pueden manifestar al tribunal su deseo de emplear algún mecanismo que impida la confrontación visual con el/los acusado/s para no sentirse intimidado o incomodado y poder declarar con mayor tranquilidad. No encontramos motivo alguno para no acceder a tal solicitud por el simple hecho de que se adelante la declaración.

Por otro lado, si quien va a deponer es un menor de edad o persona necesitada de especial protección, se adoptarán medidas que tiendan a minimizar- en la medida de lo posible- el impacto que les pueda suponer la intervención en el proceso judicial, tales como la evitación de la confrontación visual con el acusado. Para ello, el art.707 LECrim permite, incluso, que no declaren a presencia de aquél, pudiendo emplearse medios de comunicación para ello. Estas medidas se observarán también cuando quien haya de declarar sea la víctima del delito y se aprecie la necesidad de adoptar medidas de protección.²⁷⁷.

Puede suceder que existan varias personas que hayan de intervenir como testigo con carácter previo a la celebración del juicio oral por encontrarse inmersos en cualquiera de los supuestos admitidos jurisprudencial y doctrinalmente (peligro inminente de muerte, grave enfermedad, previsión de que no se encontraran en la ciudad por motivos laborales o familiares...). Si, como decimos, fueran varios, entendemos que como criterio de prelación de las testificales deberá utilizarse la urgencia que motivó el adelantamiento de cada testifical. Lo prudente será que deponga primero quien se encontrara en peligro inminente de muerte o cuyo estado de salud fuera más delicado. Caso de que varios se encuentren en idénticas circunstancias (por ejemplo, porque todos fueran a ausentarse del territorio español en la fecha del juicio oral) sí habría que aplicar el criterio legal por el que se oirá primero a los testigos propuestos por el Ministerio fiscal, a continuación los propuestos por los demás actores y concluyendo por la prueba propuesta por la defensa del procesado. A su vez, los testigos se examinarán por el

²⁷⁷ La Disposición Final 1.19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito vino a reforzar los derechos de la víctima del delito mediante el reconocimiento expreso de la facultad de participar en juicio en condiciones que le resulten menos gravosas que, por analogía, resulta perfectamente aplicable en los supuestos de prueba anticipada.

orden seguido en cada una de las listas en que se propongan (art. 701 LECrim)²⁷⁸.

El Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436 LECrim²⁷⁹, efectuando a continuación su interrogatorio la parte proponente. A la vista de las contestaciones, las demás partes podrán preguntarle lo que estimen oportuno. De igual manera, el Presidente podrá interrogar lo que él considere conveniente o aquello que le indicaran los demás miembros del tribunal. Esto último resultará especialmente útil en los supuestos de práctica anticipada del interrogatorio en que se desplace únicamente el Presidente o cualquier miembro del tribunal a la toma de declaración por motivos de urgencia y por efectuarse fuera de la sede del Juzgado. La posibilidad de que todos los miembros del tribunal puedan intervenir a través de la proposición de determinadas preguntas al testigo contribuye de alguna manera a que la merma del principio de inmediación en los actos anticipados sea menor, al tener, aun de forma virtual, participación en el interrogatorio.

Para GÓMEZ ORBANEJA el sentido de la previsión del art. 708 LECrim en fase de juicio oral (y del 436 durante la instrucción) no es otro que el de fijar el grado de credibilidad del deponente, al no recogerse la figura de la tacha en el proceso penal. En cualquier caso, lo que resulta indudable es que constituye un mecanismo indispensable de valoración de la capacidad del testigo no sólo para declarar, sino para declarar en condiciones óptimas que permitan valorar el nivel de verosimilitud que le corresponde²⁸⁰. En los supuestos de anticipo probatorio derivado de la situación de deterioro físico o psíquico que pudiera sufrir el declarante, esta valoración inicial resulta determinante, pues la causa que motivó el adelanto pudiera haber afectado considerablemente a su capacidad para declarar.

²⁷⁸ El orden establecido, no obstante, podrá alterarse por el presidente del tribunal de oficio o a instancia de parte cuando se juzgue más conveniente para el esclarecimiento de los hechos (art. 701 LECrim in fine).

²⁷⁹ La LECrim prevé la identificación inicial del testigo, quien deberá dejar constancia de nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso. Si perteneciera a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en activo, será suficiente indicar el número de identificación personal y la unidad a la que halla adscrito (art. 436 LECrim).

En fase de juicio oral, el art. 708 remite a lo dicho en el art. 436 LECrim, pues el presidente preguntará al testigo acerca de las mentadas circunstancias. A continuación, la parte proponente comenzará el interrogatorio.

²⁸⁰ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal penal*, op.cit., pág. 199.

¿Qué sucedería si, llegado el día de la práctica anticipada de la prueba por existir un riesgo cierto de que no pudiera declarar el día de la vista por adolecer de alguna enfermedad física o psíquica progresiva, se comprobara que no tiene capacidad de declarar? ¿Tendría derecho la parte cuya prueba se propuso y admitió a someterle a interrogatorio y que quedara su valoración en manos del tribunal? Nos inclinamos por descartar que el derecho a la prueba englobe la práctica en estas condiciones. Si la incapacidad es evidente, resulta inútil someter al testigo al interrogatorio y, si existiera alguna duda de ello, podría recabarse con carácter urgente la valoración del forense acerca de la suficiencia de sus facultades mentales para declarar. Pese a que esta parece ser la solución oportuna, y humana, lo cierto es que la ley procesal no se pronuncia, dejando a salvo la vía del art. 456 LECrim (el juez acordará el informe pericial cuando entienda necesario o conveniente conocimientos científicos o artísticos, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario) y, dado que el informe pericial comprenderá la descripción de la persona y el estado en que se halle (art. 478.1º LECrim) podría actuar de soporte legal para solicitar el informe acerca de la capacidad para declarar del testigo, al carecer el juzgador de conocimientos para resolver sobre tal cuestión. Eso sí, una vez que el perito indique que el testigo está capacitado para declarar, la valoración que de su declaración efectúe el juzgador se someterá a las reglas de la sana crítica (art. 741 LECrim).

El artículo 434 LECrim apunta que los testigos prestarán juramento o promesa de decir verdad; prestarán el juramento con arreglo a su religión. Esta previsión, de aplicación general, tendrá cabida en los supuestos de anticipación probatoria siempre que resulte posible, pues si alguien se encuentra en riesgo objetivo de muerte carece de sentido consumir sus fuerzas en la toma de juramento pues, aun cuando pudiera incurrir en falso testimonio, difícilmente tendría castigo.

De esta manera, salvo excepciones, el testigo, aun cuando se halle en alguno de los supuestos que motivan su declaración anticipada, deberá prestar juramento o promesa de decir verdad al recogerse la imposición decimonónica en la ley procesal (el testigo mayor de catorce años prestará declaración ante el tribunal, previa toma de juramento por su Presidente de acuerdo con el art.434 (art. 706 LECrim)). Nada dice la LECrim en torno a si debe o puede suprimirse la toma del juramento en el caso de la práctica de una prueba anticipada. La mayoría de la doctrina aboga por su eliminación en el proceso

penal, y ello porque únicamente contribuye a aumentar el clímax de solemnidad y tensión que se vive en el interior de la sala de vistas y supone una presión añadida al sujeto que declara. Si esto sucede en el desarrollo ordinario de la vista, con más razón se desaconsejaría en los supuestos de delicado estado de salud de los declarantes. Con su eliminación, se ha dicho, actuarían con mayor desenvoltura y se facilitaría la labor de la búsqueda de la verdad material²⁸¹.

El sistema de prueba anticipada contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, decíamos más arriba, supone el acogimiento de las reglas generales que la LECrim establece en relación con cada medio probatorio. Y no supone una excepción a esta consideración la regulación de las dispensas, de manera que, aun cuando se propusiera y admitiera la declaración de un sujeto con carácter previo a la celebración del juicio oral, una vez iniciada la práctica de la prueba, el juez o el Presidente (de ser un tribunal colegiado) se le otorgará la posibilidad de acogerse al derecho a no declarar contra aquél con quien le una alguno de los lazos contemplados en el art. 416 LECrim (los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261; el Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor; los traductores e intérpretes de conversaciones entre el investigado, procesado o acusado y el abogado del procesado).

Asimismo, le será de aplicación el contenido del art. 417 LECrim, que identifica los sujetos que, en ocasiones particulares, no podrán ser obligados a declarar: Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio; los funcionarios públicos cuando la declaración les supusiera quebrantar violar la obligación de secreto y los incapacitados física o moralmente.

Como vemos, una de las circunstancias que pueden eximir a un sujeto de declarar en un procedimiento judicial lo constituye el hecho de que se halle incapacitado física o moralmente. Parece desprenderse de la redacción del supuesto que debe tratarse de un incapacitado judicialmente para que no le afecte la obligación legal. Pero, ¿podría incluirse en esta previsión a aquella persona cuya declaración se adelanta como consecuencia del deteriorado estado de salud en que se encuentra y que no ha sido

²⁸¹ ALEMAÑ CANO, Jaime, "La prueba de testigos (...)", op. cit., pág. 46.

incapacitada? En principio, al no tener solución expresa, debemos inclinarnos por no incardinar el ejemplo en las dispensa de la obligación de declarar, aun cuando deberá dejarse a discreción del tribunal (asistido, en caso de duda, por el Médico Forense) la decisión de tomarle o no declaración.

En los mismos términos indicados de aplicación directa de las normas generales de la prueba testifical, los testigos que depongan de manera anticipada tendrán derecho a solicitar indemnización.

3. Supuestos particulares

Ya hemos visto que la prueba testifical anticipada se practicará cuando se presuma que en la fecha en que probablemente se celebre el juicio oral el testigo que se proponga como prueba no podrá comparecer por haber fallecido, estar aquejado de una enfermedad grave que haga presumir su muerte cercana o que le impida declarar con solvencia, por ser muy difícil su localización o se estime que, dada su nacionalidad o residencia, no se encontrará en territorio español el día de la vista. Se trata de uno de los casos típicos de imposibilidad de práctica de la prueba en el acto del plenario. En estas pruebas previas (en realidad, en todos los casos de prueba anticipada), el solicitante debe contar con datos objetivos bastantes que hagan presumir la imposibilidad de la declaración testifical en el juicio oral, siendo esta imposibilidad previsible la causa motivadora de la petición. La concurrencia de dicho motivo, además, deberá ser no sólo examinado por el juez o tribunal de enjuiciamiento, sino compartido por él para proceder a su admisión.

En el Derecho italiano constituía el primer supuesto contemplado como acto inaplazable que bien podía desarrollarse como incidente probatorio bien como acto urgente (este último como el equivalente a nuestra prueba anticipada), regulando con mayor solvencia que en el Derecho español los casos en que la prueba testifical podía practicarse con carácter previo. Se indicaba como requisito para su admisión que existiera un “fundado motivo para creer que el testigo no podrá ser examinado en el juicio oral por enfermedad u otro impedimento grave”.

En el Derecho español, al no existir una previsión expresa de los casos en que la prueba testifical puede desarrollarse como anticipada, podemos configurar como posibilidades

las siguientes:

A. Testigo en peligro inminente de muerte o aquejado de enfermedad

Recordemos que mientras que en el proceso civil la prueba fundamental con la que cuentan las partes para lograr la convicción del juzgador es la documental, en sede del proceso penal la prueba testifical es la “prueba reina”, habiendo sido objeto de constante estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia, y ocupando un merecido lugar en la ley procesal penal. Ahora bien, para que el juzgador pueda extraer toda la información que la fuente probatoria (el testigo) ofrece, la prueba testifical debe practicarse a presencia del juzgador en el acto de la vista, sede natural del desarrollo del material probatorio. Pero es tal su relevancia que, en los supuestos en que el testigo se encuentre sometido a una enfermedad degenerativa, por ejemplo, y llegado el día de la vista no pueda declarar de forma inteligible, se ha permitido rescatar durante el juicio la declaración sumarial²⁸².

Pero no debemos olvidar que ésta no deja de ser un remedio adoptado para los casos en que ya no se puede contar con la versión directa del testigo durante las sesiones del juicio oral. Resulta una solución extrema para supuestos extremos, debiendo procurarse lo necesario para que el órgano de enjuiciamiento no pierda la intermediación de la prueba. Siempre que sea posible deben adoptarse los mecanismos necesarios para que un medio probatorio tan relevante como el que decimos despliegue todos sus efectos. Por eso, en los casos en que, como dice la Ley, se prevea que no podrá celebrarse la prueba testifical o que se ocasionará la suspensión del juicio oral, se podrá adoptar como solución la petición de su práctica anticipada.

No resulta difícil imaginar supuestos en que la anticipación resultará determinante, pues no debe entenderse aplicable a los supuestos en que el deponente se halle en un peligro inminente de fallecimiento, sino que puede hacerse extensivo también a todas las declaraciones en que quien haya de prestarla sufra alguna enfermedad degenerativa (física o mental) que le impida declarar en la fecha señalada o hacerlo en las mejores

²⁸² Véase la STS de 6 de noviembre de 1995, en que el caso de un testigo aquejado de Parkinson, de carácter degenerativo y sin posibilidad de mejoría excusó la obligación de comparecer y rescató su declaración sumarial. Igual solución adoptó en la STS de 7 de febrero de 1997, permitiendo que se acudiera a la declaración prestada en sede de instrucción por un testigo de 80 años aquejado de “una insuficiencia cardíaca grave, motivo más que suficiente para prever una larga evolución de la enfermedad e incluso para poder pensar que nunca hubiese podido concurrir a los requerimientos judiciales”.

condiciones; no se trata, por tanto, únicamente, de que pueda comparecer físicamente a la fecha de la vista, sino de que no se pierda o se pierda lo menos posible la información de que dispone.

El art. 448 LECrim contempla la posibilidad de preconstitución probatoria en los casos en que “hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte (en relación con el testigo) o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral”, siendo el motivo plenamente aplicable a la excepción que venimos tratando. Al indicar el precepto que el impedimento se previera antes de la apertura del juicio oral no deja lugar a dudas de que está pensado para un supuesto de prueba preconstituida a celebrar ante la presencia del juez instructor, porque la prueba anticipada tiene un lugar precisamente una vez abierta dicha fase. No obstante, se trata de un supuesto plenamente aplicable a la anticipación probatoria propiamente dicha, por lo que la aplicación analógica de la causa de urgencia no causa conflicto alguno.

Así las cosas, siendo como es la declaración testifical prueba de cargo fundamental en la mayoría de los procesos, las partes procurarán en la medida de sus posibilidades asegurarse de que la declaración del testigo propuesto no sufra interferencias y de que la información que la persona puede ofrecer al tribunal llegue en las mejores condiciones posibles. Por ello, como decimos, por analogía con lo regulado en relación con la prueba preconstituida (al ser ambas excepciones a la regla general fundadas en un juicio de previsibilidad), si existen motivos para temer que el sujeto no podrá declarar en el acto del juicio oral por temerse su muerte o que la enfermedad de la que adolece no le dejará hacerlo en las mejores condiciones, las partes solicitarán del tribunal (y éste decidirá en función de la pertinencia y utilidad de la prueba y de la consideración de que concurren o no los requisitos de urgencia) la anticipación probatoria en sus respectivos escritos.

Si la situación personal del testigo lo requiere y si la declaración del testigo es determinante para atribuir un hecho punible al acusado, el juez y las partes se desplazarán al lugar de residencia del testigo, si la tuviera en el lugar del juicio, de forma que las partes puedan hacerle las preguntas que consideren y se dé cumplimiento al principio de contradicción.

En el caso de que el testigo no pueda desplazarse a presencia del tribunal en la fecha

señalada por su delicado estado de salud y su domicilio se encontrara fuera de la sede del tribunal, parece que la solución más adecuada será que sea el propio tribunal (y con él, las partes intervinientes) el que se desplace para tomarle declaración. Dada las dificultades de toda índole de que esto se lleve a cabo, un sector doctrinal ha optado por considerar suficiente que sea el Ponente el que se desplace para la práctica de la prueba, sin exigir el traslado del tribunal en su conjunto. De lo contrario, aducen, se corre el riesgo de que algún miembro del tribunal no pueda desplazarse y no tenga eficacia el acto por inválido. Con esta solución, entiende, evitan la nulidad del acto probatorio por infracción de norma esencial del procedimiento. Este remedio se nos antoja el más razonable, aun cuando pudiera resquebrajarse el principio de inmediación; pero podrá salvarse en parte mediante la emisión de preguntas por conducto del Ponente y conocimiento del resultado a través del acta que levante el Letrado de la A.J. o de la reproducción del soporte en que quede reflejada. Resulta fundamental, en cualquier caso, velar por que se cumpla efectivamente la contradicción de las partes en los términos generales antes dichos, tomándolo no tanto como participación efectiva sino como posibilidad de participación.

En relación con la práctica de la testifical anticipada por el motivo aquí analizado, es necesario precisar que el derecho a la parte proponente de contar con su testimonio cuando lo considere relevante para fundar sus pretensiones ha de ponerse siempre en íntima conexión con el estado de salud del testigo concreto. La LECrim ya aludía de alguna manera a ello cuando en el art. 419 manifestaba que “si el testigo estuviere físicamente impedido de acudir al llamamiento judicial, el juez instructor que hubiere de recibirle la declaración se constituirá en su domicilio, siempre que el interrogatorio no haya de poner en peligro la vida del enfermo”. Lo dicho es perfectamente extrapolable a esta sede, debiendo entenderse que la necesidad o utilidad de un testimonio, por relevante que fuere, nunca podrá anteponerse a la vida o salud del testigo enfermo. Lo contrario, entendemos, sería tanto primar el derecho a la tutela judicial efectiva sobre el derecho a la salud o integridad física o psíquica.

El art. 657 LECrim habilita a las partes a solicitar que se practiquen aquellas diligencias de prueba respecto de las que se tema que no podrán practicarse en el juicio oral o que puedan ocasionar su suspensión. Es decir, la ley procesal contempla aun de modo genérico("por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar") no sólo la

imposibilidad real de que el testigo deponga en el acto de la vista, sino la hipótesis de que su declaración pudiere entorpecer innecesariamente el procedimiento por las condiciones en que se hallare, lo que, dada la lentitud de la Administración de Justicia a la vista de la escasez de medios materiales y personales con los que cuenta, resulta verdaderamente indeseable. Ésta es la razón por la que el legislador -con la idea de no ralentizar el procedimiento- busca alternativas cuando el obstáculo que pudiera motivar su suspensión pudiera salvarse. Pensemos, por ejemplo, en la necesidad de tomar declaración a quien, por la enfermedad que padece, presenta crisis o brotes de la misma que, caso de producirse al tiempo de la celebración de las sesiones de ésta, provocarían su suspensión. De este modo, si se pretende proponer a un individuo que padece esquizofrenia es más que probable que si se agudiza la dolencia y sufre un episodio de crisis, quede transitoriamente incapacitado para poder testificar. Por ello, la parte que lo quisiera incluir como testigo tendría que acreditar en el momento de solicitud de la práctica anticipada la enfermedad que padece, el estado en que se encuentra en el momento de su práctica y las posibilidades crecientes de que sufra brotes de descompensación a medida que transcurre el tiempo, resultando apropiado tomarle declaración con la mayor premura posible a fin de evitar una eventual suspensión de la vista coincidente con una crisis.

En estas causas de anticipación en las que el testigo se encuentra en peligro inminente de muerte o de padecimiento de enfermedad grave, entendemos -en contra de lo considerado de manera general por la jurisprudencia- que la interpretación de la excepción ha de ser más flexible. Es decir, a nuestro entender, el peligro inminente de muerte no debe reducirse a las hipótesis de riesgo elevado de fallecimiento derivado de una grave enfermedad porque, en el caso de personas que superen un número determinado de años, la ancianidad constituye en sí misma un peligro inmediato de que se pierda su testimonio. Más relajada se muestra la doctrina y la jurisprudencia italiana en relación con tal aspecto, entendiéndose que la sola edad del testigo (cuando se trate de una edad particularmente avanzada) puede generar idénticos inconvenientes para la toma de su declaración que el padecimiento de una enfermedad grave y degenerativa. Parece razonable pensar que un sujeto muy longevo pueda sufrir merma en su memoria con las consiguientes dificultades para recordar capítulos completos de su pasado, otorgar a ciertos datos la relevancia precisa, enlazar unos datos con otros o identificar a los autores o cooperadores de determinada acción.

La STS de 7 de febrero de 1997 justificó que se acudiera a la declaración sumarial de un testigo de ochenta años que no compareció al acto del juicio por padecer una insuficiencia cardíaca grave, que hacía prever una larga evolución de la enfermedad o, en el peor de los escenarios, que no llegara nunca a encontrarse en un estado bastante para acudir a las citas judiciales. Tal era el estado de salud del testigo, que lo más razonable hubiera sido su práctica de manera anticipada, de forma que podría haberse practicado el interrogatorio sin necesidad de haber acudido a la declaración sumarial, siempre menos provechoso que el interrogatorio directo. Idéntica solución adoptó en la STS de 14 de julio de 1992 frente a la incomparecencia de las víctimas a la vista, siendo octogenarias, residentes fuera del lugar del juicio y estando una de ellas enferma. Se admitió la lectura de las ruedas de reconocimiento y su posterior ratificación judicial e, insistimos, al no practicar la prueba de manera anticipada, se perdió la posibilidad de someterlas a contradicción.

En estos supuestos específicos, el juez habrá de tener en cuenta, tanto a la hora de interrogar él mismo como de controlar las preguntas que se formulen, que el testigo se halla en una situación muy delicada, lo que tendrá presente en la técnica del interrogatorio empleada, entendida como la forma de cuestionar al testigo. Deberá evitarse someterlo a una presión psicológica no sólo inconveniente por el estado de salud que presenta, sino también contraproducente en el camino de encontrar la verdad mediante el proceso.

Cuando una persona es sometida a sucesivas interpelaciones para recuperar un suceso se acumula en su conciencia dos tipos de recuerdos bien diferenciados: los propios de los hechos que efectivamente sucedieron y que rememoran ante el tribunal y aquellos que se declararon ante el órgano judicial. El tiempo provoca que la nitidez inicial con la que se diferenciaban ambos se vaya borrando progresivamente; a su vez, durante su intervención se le dirigen preguntas con cierta carga sugestiva, lo que diluye aún más la frontera entre el recuerdo original y el ofrecido, de manera que llegan a recordar como reales algunos datos que, aun cuando no sucedieron exactamente así, sí fueron expresados de tal forma ante el tribunal²⁸³. Pues bien, tal confusión común entre los testigos desde la primera declaración sumarial hasta la última practicada en el acto del

²⁸³ DIGES, Margarita, *Los falsos recuerdos: sugestión y memoria*, Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1997, págs. 32 y 45.

juicio oral aumenta cuando la declaración ante el juez de enjuiciamiento se practica de forma anticipada por los casos extremos comentados en este apartado. Cuando la capacidad de recordar no está en su máximo esplendor, aun cuando se tenga máxima sensibilidad en el interrogatorio y dirija con astucia y sagacidad, puede obtenerse una información mínima en comparación con la que el testigo pudiera realmente ofrecer de encontrarse en mejores condiciones y haber declarado un menor número de veces.

No debemos olvidar, como dijo STERN, que "el recuerdo defectuoso no es la excepción, sino la regla"²⁸⁴, por lo que en los casos de prueba anticipada, en que la capacidad del declarante para recordar se puede ver disminuida en relación con la capacidad de un sujeto en condiciones "normales", la labor del juez de captación de los datos fácticos que ofrecen los declarantes se hace aún más compleja.

Por ello, resulta fundamental que por el enjuiciador se valoren más que nunca todos los elementos que una declaración *in extremis* como ésta ofrece, para extraer toda la información posible que contribuya a su toma de decisión.

En el Derecho español moderno, está superado el principio *unus testis, testis nullius*, de forma que una única declaración testifical que cumpla los requisitos asentados jurisprudencialmente será bastante para sustentar una condena. Ahora bien, en casos como en los de un testigo que se encuentre en peligro inminente de muerte o se encuentre aquejado de grave enfermedad, por los motivos aducidos anteriormente, es posible (por no decir frecuente) que su declaración se encuentre "viciada" por la delicada situación que sufre, que puede llevarle a confundir recuerdos, olvidar otros u otorgar mayor importancia a asuntos más intrascendentes frente a otros que pudieran resultar más relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Es por ello por lo que raramente la declaración prestada por un testigo presencial en situación extrema pudiera fundamentar por sí sola la resolución, sin otra prueba de cargo en que sustentarla. Mayores problemas plantearía la hipótesis de que fuera la propia víctima quien se encontrara en la mentada situación de urgencia cuando su testimonio fuera único pues, evidentemente, su interés en el asunto le impediría narrar los acontecimientos con toda la imparcialidad deseable, de forma que, si se tratara de un testigo único, nos podríamos encontrar ante dos declaraciones enfrentadas e interesadas: el del acusado y el de la

²⁸⁴ STERN, W., *Zur Psychologie der Aussage*, Berlín, 1902, citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, op. cit., pág.61.

víctima o perjudicado.

En todos los casos, no obstante, corresponderá al tribunal valorar la capacidad que el testigo posee en el momento en que declara para prestar su testimonio, considerando la existencia de perturbaciones psicológicas o de otro tipo que, sin llegar a anular su declaración, pudieran afectar a la veracidad del testimonio. Dicha valoración se torna especialmente relevante en los casos analizados dado el marco especial en que se desarrolla.

La posibilidad de anticipación basada en los casos de grave afección que le impidiera, presumiblemente, su intervención en el acto del juicio oral o, al menos, en óptimas condiciones, obliga a definir qué puede entenderse por enfermedad. La enfermedad comprende cualquier padecimiento (de carácter físico o psíquico) que tenga tal entidad y una previsión de evolución que haga presumir que quien la sufre irá perdiendo su capacidad de memoria y exposición. En el supuesto que nos ocupa, sería cualquier dolencia que hiciera presumir que la declaración prestada por el testigo en el juicio no será todo lo fiable que debiera, especialmente si tomamos en valor la relevancia de este tipo de pruebas en el seno del procedimiento penal.

El TS, en STS 1169/2003, de 20 de septiembre, contempla el caso en que la víctima de un robo sufre una demencia progresiva que le impidió declarar en el acto del juicio oral, por lo que las partes se vieron abocadas a renunciar a su testimonio por no haber solicitado formalmente la práctica anticipada de la prueba, aun cuando se tenía conocimiento de la situación de deterioro progresivo.

Señala la resolución que “Cuando la misma se prestó, teniendo en cuenta que quien testificaba era una persona de 87 años que había sido declarada incapaz para gobernarse a sí misma días antes, por padecer un notable deterioro de la memoria y de la capacidad cognitiva como consecuencia de una demencia que podía considerarse irreversible, debió acordar el Instructor -o, en su defecto, instar el Fiscal- recibirle nueva declaración con las garantías previstas en el art. 448 LECrim, puesto que podía temerse racionalmente que la testigo perdiera, como efectivamente ocurrió, la capacidad necesaria para rememorar y narrar los hechos en el juicio oral”.

En la última sentencia reproducida podemos apreciar la consecuencia de no solicitar adecuadamente la anticipación probatoria por razones excepcionales, llegando a perderse la declaración de un testigo fundamental (el testigo-víctima) por no acordar o

solicitar su práctica como prueba preconstituida o, en un estadio posterior, como auténtica prueba anticipada.

Comprende, pues, este apartado no sólo hipótesis de riesgo grave para la vida del testigo, sino existencia de enfermedad o impedimento de tal entidad que hagan presumir que el testigo perderá sus condiciones físicas o psíquicas para declarar. Carece, pues, de relevancia, la enfermedad o dolencia de carácter físico que únicamente impidiera al testigo desplazarse hasta la sede del tribunal por razones de comodidad o agravación del sufrimiento porque, en estos casos, la LECrim sí contempla alternativas que pasarían por la constitución del tribunal en el lugar donde se encontrara el enfermo. Se trata, por tanto, de una enfermedad que impida presumir como cierta la declaración del deponente (recordemos que, para tratar de alcanzar la verdad, se testifica bajo juramento o promesa de decir verdad, aunque poco efecto tenga dicha advertencia en una situación extrema), porque le dificulte en extremo o le impida llevar a cabo los procesos mentales necesarios para efectuar un ejercicio de memoria, de enlazar los datos conocidos por él con las preguntas que se le dirijan o incluso de exponer con mayor o menor solvencia los datos por los que se le interroga.

Como no puede ser de otra manera, no basta con acreditar que el testigo se encuentra aquejado de la enfermedad, sino que habrá que justificar que la misma le influirá, previsiblemente, de manera negativa en su testimonio, habida cuenta del tiempo que deba transcurrir hasta la celebración del juicio. De ahí la situación de urgencia, que trata de ganar tiempo al tiempo y al deterioro progresivo derivado de la enfermedad.

B. Testigo extranjero

El segundo de los supuestos a analizar lo conforma el testigo que, o bien por ser de nacionalidad extranjera y estar de paso en nuestro país o bien por tener prevista la salida del territorio español hacia el extranjero, de forma indefinida o temporal pero coincidente con la fecha del juicio, se prevea que no podrá comparecer al acto de la vista.

Ahora bien, tal y como sucedía en el apartado anterior, si llegada la fecha del juicio el individuo se encontraba en el extranjero y constaba en la causa su declaración sumarial, el TC ya admitió la posibilidad de introducir como prueba la declaración prestada por

un ciudadano francés que se encontraba de turismo por España durante la fase investigadora. En esta ocasión, consideró no podía invalidarse su testimonio por no haber tenido lugar en el plenario si había testimoniado ante el juez con carácter previo, durante la fase de investigación²⁸⁵ (STC 6271985, de 10 de mayo). Con esta solución, pretendió sacar partido de la declaración vertida ante el instructor, siendo en realidad una prueba preconstituida, pero abriendo paso a la posibilidad de que se pudiera realizar de forma anticipada. Señalaba el TC que, en el supuesto concreto, el ciudadano francés se encontraba de viaje por España, justificando así su ausencia al acto de la vista por los graves inconvenientes (económicos y estructurales) que podría suponer el intento de que regresara para declarar en juicio. Por ello, entendía justificada la incorporación de sus manifestaciones ante el instructor. Por idénticos motivos, podríamos extrapolar estos argumentos a la posibilidad de la práctica de la prueba anticipada ante el órgano de enjuiciamiento en idénticas situaciones.

No obstante, aunque se permitiera el desarrollo de la diligencia ante el órgano instructor para evitar la pérdida de la inmediación que inevitablemente conlleva la preconstitución, las partes, de conocer que un testigo -de nacionalidad extranjera o no- en el momento de la celebración del plenario no se encontrará en territorio nacional, podrán pedir que presten declaración antes del mismo, siempre con observancia de los requisitos legales.

Cabe la opción de tomar declaración al testigo una vez que se hallare en el extranjero, bien como diligencia sumarial, bien como auténtica prueba. La regulación resulta radicalmente distinta según hablemos de una diligencia sumarial o de una prueba anticipada, y ello porque, en el primero de los casos, la propia LECrim fija los mecanismos necesarios para que la actuación se desarrolle a través de auxilio judicial, con la cooperación de los órganos judiciales del lugar donde esté la persona que deba declarar²⁸⁶. El tribunal extranjero será el encargado de tomar declaración al testigo a través no sólo de las preguntas que se les envíe por el órgano *a quo*, sino de las propias que, según su criterio, resulten relevantes o interesantes para el asunto respecto del que se interesa el auxilio.

²⁸⁵ Obsérvese cómo el TC emplea en esta ocasión equivocadamente el término “anticipada” cuando viene a referirse a una preconstitución.

²⁸⁶ En los supuestos en que el testigo residiera en el extranjero, por vía diplomática y a través del Ministerio de Justicia, se dirigirá suplicatorio al Juez extranjero competente para tomarle declaración. El suplicatorio contendrá tanto los antecedentes necesarios como las preguntas que se han de dirigir al testigo, pudiendo el juez que le tome declaración ampliarlas a su prudente arbitrio (art. 424 LECrim).

Sin embargo, pese a la existencia de acuerdos que fuerzan la cooperación judicial entre distintos Estados, las grandes dificultades que esto conlleva hace que se tienda, en lo posible, a prescindir del auxilio internacional.

“Habida cuenta de las importantes dificultades que ello comporta para obligarlo a declarar ante un Tribunal español pese a los acuerdos internacionales de asistencia judicial existentes al respecto, de modo que por tales dificultades estos supuestos han de equipararse a los casos de imposibilidad de reproducción de la prueba en el juicio oral previstos en el artículo 730 de la LECrim, que permite la lectura en el plenario de las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pudieran ser reproducidas en el juicio oral(...)” (STS de 5 de octubre de 2001, entre otras).

Cuando durante la declaración sumarial se tenga constancia de que el testigo se ausentará del territorio español a la fecha del juicio bien por encontrarse aquí de vacaciones, por motivos laborales, académicos o cualquier otro o bien porque se prevea precisamente que viajará fuera de España por los motivos señalados, en caso de que no se le tome declaración para preconstituir la prueba con todas las garantías legales por, por ejemplo, haber tenido noticia de ello (las partes o incluso los propios testigos) una vez concluida la instrucción, podrán las partes solicitar su declaración de forma anticipada ante la probabilidad de que no esté presente el día señalado del juicio.

Si no se admitiera la prueba testifical anticipada por entender que la razón de urgencia no se encuentra debidamente justificada o que no es lo suficientemente sólida como para anticipar su práctica, nos encontraríamos ante el riesgo cierto de que finalmente no pudieran declarar durante las sesiones de la vista. Si, finalmente, se cumpliera la situación de urgencia denunciada y falleciera el testigo o quedara imposibilitado definitivamente por razones de salud física o mental o se ausentara del país en el momento de la celebración sin posibilidades de volver, fuera muy difícil su comparecencia o no se le localizara a tiempo, se perdería la oportunidad de someterlo a contradicción. En tales escenarios, la jurisprudencia, decíamos, confería todo el valor probatorio a la lectura de la declaración sumarial, siempre que cumpliera con las garantías legales. Pero esta solución es a todas luces perjudicial para todos los intervinientes. Para las partes, obviamente, porque pierden la oportunidad de someterlos al interrogatorio pertinente, sin poder solicitar la identificación en juicio del acusado, aclarar o ampliar extremos, efectuar careos entre ellos o con el acusado o pedir explicaciones sobre los puntos que interesen. Resulta perjudicado el propio acusado,

que pierde el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él²⁸⁷. Asimismo, resulta perjudicial para el propio tribunal, quien perderá los datos obtenidos de su declaración a través de la intermediación del testimonio. Y, por último, resulta igualmente perjudicial para el propio testigo, quien se ve privado del derecho a matizar, corregir o desdecir su declaración sumarial.

La STS de 18 de marzo de 1997 absolvió a los procesados por un delito de homicidio al no concurrir el único testigo de cargo por ignorarse su paradero, sin que fueran válidas las declaraciones prestadas en fase sumarial por no hacerse en presencia de los posteriormente acusados ni de sus letrados. Idéntico resultado se obtuvo en la STS de 18 de febrero de 1997, pues, estando el testigo de cargo en paradero desconocido, se entendió que sus declaraciones sumariales inculpatorias no bastaban por sí solas para fundar una sentencia condenatoria. En efecto, el documento en que aquéllas se recogen no puede dar probar la verosimilitud de sus declaraciones.

La STC 40/1997, de 27 de febrero, concedió el amparo y anuló la sentencia de condena porque la víctima, de nacionalidad marroquí, no había comparecido al acto del juicio oral por hallarse en ignorado paradero, por lo que no debían tomarse sus declaraciones sumariales como prueba de cargo al haberse practicado sin las mínimas garantías, pues se efectuó ante el instructor y el Ministerio Fiscal, no así ante la defensa del acusado. Por tanto, no se observaron las garantías mínimas para ser tomadas como una prueba preconstituída a la que dar entrada en juicio a través de su lectura. Idéntica doctrina aplicará en la STC 12/2002, de 28 de enero.

Sin embargo, la STS de 15 de octubre de 2001, con ocasión de un testigo fallecido, señala que lo prohibido por la jurisprudencia constitucional y del mismo TS es que sean valoradas las declaraciones inculpatorias sin haberse sometido a contradicción.

En el sentido antes expuesto, si no se propone en forma o se descarta indebidamente la práctica adelantada de la prueba y, llegado el día del juicio, el testigo no pudiera declarar precisamente por la causa que justificaba su adelanto excepcional, las consecuencias serían (o podrían ser, más bien) gravemente perjudiciales para todos los intervinientes. En el mejor de los casos, se introduciría en el juicio oral la declaración sumarial a través de su lectura (con la pérdida de intermediación mentada) y, en el peor, no

²⁸⁷ Art. 6.3.d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

podría siquiera hacer uso de dicho testimonio si no puede considerarse prueba de cargo suficiente para fundamentar la condena por no haberse llevado a cabo con la contradicción debida (aún con las matizaciones introducidas por la STS 15 de octubre de 2001).

La STS 2090/2001, de 8 de noviembre declaró que la aplicación del art. 741 LECrim y de los principios derivados de él (inmediación y concentración) no resta eficacia a las excepciones probatorias siempre que en aquéllas se respetaran las normas procesales y los derechos fundamentales. Acepta la prueba anticipada como suficiente para enervar la presunción de inocencia.

“En el caso de autos se ajustó y desarrolló conforme a lo dispuesto en el art. 448 de la LECrim, y en el plenario se sometió a contradicción, al interesar las partes acusadoras que se tuviera en cuenta, limitándose la defensa a impugnarla, sin oponer argumento alguno que le privara de validez.

La más que probable expulsión de los perjudicados y demás testigos, dado su carácter de extranjeros ilegales en nuestro país, se apuntaba como un hecho cierto. La actuación del Instructor fue plenamente correcta y dichos testigos, bajo juramento, con intervención del Fiscal y de los Abogados defensores, fueron sometidos al interrogatorio correspondiente”.

En dicha resolución, si bien parece que emplea las figuras probatorias (anticipada y preconstituida) como análogas, lo cierto es que nos muestra otra posibilidad de práctica anticipada de la prueba, como los casos en que se prevea la expulsión de los testigos con carácter previo a la celebración del juicio oral (perjudicados o no) por su condición de extranjeros en situación irregular en nuestro país. Como es lógico, con el fin de aseguramiento de la prueba, si tal condición se estimara en un estadio inicial del proceso, resultaría más prudente su práctica como prueba preconstituida ante el Juzgado de instrucción. Ahora bien, si la noticia de la situación en que se halla el testigo se conoce una vez concluida la fase investigatoria, deberán ser las partes las que insten del juzgador su declaración testifical anticipada en los correspondientes escritos, con el fin de no sufrir la pérdida de la prueba. En este caso, como en los demás analizados, deberán respetarse escrupulosamente los principios rectores de todo acto probatorio y los especiales de la testifical.

El supuesto de práctica de la prueba anticipada por la previsible imposibilidad de concurrir por haber de salir de la Península tiene claramente sus raíces en la regulación

que la LECrim despliega en relación con la prueba preconstituida. Siendo mucho más profusa la ordenación de la prueba preconstituida que de la anticipada, es lógico que una institución de naturaleza análoga y puntos comunes beba de la reglamentación de ésta en aquello que le sea directamente aplicable. En el procedimiento ordinario, se contemplaban como posibilidades de prueba testifical preconstituida la muerte y la incapacidad del testigo antes de la apertura del juicio oral, añadiendo la necesidad de ausentarse de la Península. Esta fórmula queda ampliada en el procedimiento abreviado, cuyo art. 777.2 LECrim proclama que “Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”. Ya hemos incidido en las claras diferencias entre las dos excepciones pero, en esta ocasión, las situaciones excepcionales pueden entenderse comunes a ambas.

La contemplación de la ausencia del testigo como causa de anticipación de la prueba debe estudiarse con ciertas reservas pues, en un mundo tan intercomunicado con el actual en que las distancias se salvan rápidamente a través de medios de transportes cada vez más rápidos y seguros y las normas de cooperación judicial facilitan cada vez más el apoyo en materia de justicia, es difícil pensar que la distancia geográfica pueda resultar un problema. Por ello, el supuesto de que el testigo tenga su residencia en el extranjero, prevea un viaje, deba salir del territorio nacional por motivos laborales o de cualquier otra índole, deberá ir más allá. Y esta justificación de la anticipación a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral deberá ser plasmada y acreditada, en la medida de lo posible, en la petición de la prueba en el escrito de calificación (caso del procedimiento ordinario) o de acusación o defensa (en el abreviado). Debemos pensar, por tanto, en ocasiones en que por las circunstancias políticas o sociales del país, por la intención del testigo de no comparecer el día del juicio oral, por ser un sujeto sin domicilio conocido al que se le pueda practicar la citación, o por la geografía del terreno, por ejemplo, el declarante no podrá comparecer personalmente al acto del juicio oral para contestar a cuantas preguntas se le formulen o, incluso, trasladarse a algún lugar habilitado para declarar a través de videoconferencia. Debe entenderse que, en estas ocasiones extraordinarias, convendrá solicitar y adoptar por el tribunal la práctica de la prueba previa a las sesiones del juicio oral.

También debemos considerar, en línea con lo ya dicho, como impedimento que dificultará la práctica del acto probatorio en el juicio oral y justificará su adelantamiento el hecho de que el testigo no sólo sea de nacionalidad extranjera, sino que se encuentre en situación irregular en España, sin disponer de número de identificación de extranjero (NIE) que facilite su posterior localización para testificar. En estos casos, a los propios inconvenientes derivados de la citación o traslado desde el extranjero se suma la imposibilidad real de su localización futura al carecer de mecanismos fiables para su identificación y posterior localización, máxime cuando el irregular suele “saltar” de país en país, sin ánimo de reinstalar su residencia habitual en el país de origen.

De esta manera, cuando la parte acusadora o la defensa tengan conocimiento en el momento de efectuar sus correspondientes escritos de que un declarante, de nacionalidad extranjera, tiene intención de regresar a su país de origen, quedando fuera de la jurisdicción española, podrá solicitar su toma de declaración testifical anticipada.

C. Testigo objeto de amenazas

En el Derecho italiano, la declaración del testigo practicada con carácter excepcional por ser objeto de presiones se introdujo en el procedimiento penal (bien como incidente probatorio bien como acto urgente) sin grandes problemas a través de la previsión ofrecida por el art. 292 CPP. En el Derecho patrio, tanto el TS como el TC han venido admitiendo la validez de la declaración prestada por un testigo en fase sumarial cuando no pudiera acudir a declarar al acto del juicio oral por ser sometido a presiones tendentes a evitar su testimonio. Conforme con esta idea se mostró el TC, por ejemplo, en STC 154/1990, de 15 de octubre. Trataba el Tribunal de salvar la doctrina elaborada a partir de la STC 31/81 de obligatoriedad de la práctica de la prueba de cargo en el juicio oral a través de la vía de la prueba preconstituida de muy difícil o imposible reproducción, conforme a lo dispuesto en el art. 730 LECrim.

A nuestro parecer, si en el supuesto del testigo (generalmente de nacionalidad extranjera dados los tipos delictivos con los que suelen relacionarse: trata de blancas, contra los derechos de los trabajadores...) que no comparece al acto del juicio oral por encontrarse sufriendo (ya desde la fase investigadora) amenazas destinadas a evitar su testimonio, permite la introducción de su declaración sumarial en fase de juicio oral por considerar que su deposición en el juicio será de difícil o imposible reproducción, ningún obstáculo

encontraríamos para que las partes del proceso, conocedores de tal circunstancia, y con el fin de reducir el riesgo de que se pierda la pista de su paradero y evite la declaración en el juicio que le pudiera comprometer, soliciten su intervención de manera anticipada. Con esta medida se lograría una declaración directa en la que las partes podrían hacer uso en toda su extensión del principio de contradicción, evitando que la declaración inculpatoria, especialmente cuando fuera determinante, se hiciera a través de una fórmula que debería emplearse de forma residual. Con el adelantamiento de la prueba se pretende reducir el período en que se sometería al testigo a coacciones y la consiguiente posibilidad de que volviera a su país de origen, caso de ser extranjero, o tratara de desaparecer, si fuera nacional.

Conforme a este supuesto, de lo que se trata no es de que el testigo no pueda declarar en el momento del juicio oral por no encontrarse físicamente en la sede del tribunal en el acto del juicio oral o por concurrir razones que le imposibiliten para declarar en perfectas condiciones. Aquí, se protege la libertad del testigo de prestar testimonio sin estar sujeto a presiones, lo que viene a custodiar el testimonio mismo. Se pretende eliminar, al adelantar temporalmente su declaración, cualquier elemento externo que busque que no declare, que declare en un determinado sentido o que sufra lagunas de memoria en su exposición²⁸⁸. Evidentemente, la justificación en este sentido comporta mayores dificultades que en cualquier otro caso de anticipación, razón por la que se exige la acreditación de manera menos exhaustiva que en el resto de las hipótesis.

Parece razonable que para poder apreciar esta causa de alteración del momento natural para la práctica de la prueba se exija la concurrencia de varios requisitos:

- a) Que la declaración de un testigo que ha declarado durante la instrucción sea considerada relevante para el esclarecimiento de los hechos, precisándose su testimonio (en el sentido en que ya declaró durante la fase investigatoria) en el momento del juicio oral.
- b) Que, precisamente, del contenido de la declaración ya efectuada en fase de instrucción, se revele que pudiera existir el interés de tercera persona en evitar que se pronuncie en tal sentido, por afectarle de manera negativa.

²⁸⁸ Busca proteger el mismo contenido de la fuente de prueba; vid. BARGIS, M., "Incidente probatorio", *Revista Italiana Diritto di Procedura Penale*, 1990, pág. 348.

c) Que el riesgo de que exista un tercero interesado en evitar la integridad del testimonio se deduzca de hechos concretos, de los que pueda inferirse un peligro real y fundado de que se atente contra dicho testimonio. Precisamente para evitar la burla de la regla probatoria general, lo deseable sería que la solicitud de prueba anticipada basada en este tipo de circunstancias, tenga un sólido sustento, más allá de las meras hipótesis o conjeturas, basado en unos indicios suficientemente contundentes como para dar por ciertas las alegaciones del proponente. Caso contrario, podría convertirse esta posibilidad en una especie de cajón de sastre en que se diera cabida a todos los casos en que, con base en un mínimo riesgo para la integridad o veracidad del testimonio, se dispusiera del momento temporal de la práctica de la prueba por parte de los litigantes. Además, resultaría especialmente complejo para el juzgador valorar las circunstancias alegadas en orden a in/admitir la prueba propuesta. El carácter excepcional y restrictivo de las excepciones pasa por justificar con esmero el motivo de la misma excepcionalidad, con el fin de reducir al máximo abusos en este sentido.

Como decimos, la demostración de la existencia del riesgo exige una mínima evidencia basada en indicios firmes de lo que se alega; indicios que, según un sector doctrinal, deberían ser variados y suficientes²⁸⁹.

Procede, a continuación, identificar los posibles escenarios en que concurriría este tipo de anticipación. Como dijimos, se trata de proteger la integridad del mismo testimonio ante presiones externas producidas por terceros que le restarían la debida libertad como para deponer sin coacción alguna. Serán supuestos en los que se vea intimidado a través de amenazas (directas o a través de sujeto interpuesto) de ocasionarle un mal a sí o a otro, se emplee violencia directa sobre él o se le ofrezca dinero o promesa por no declarar, declarar parcialmente o en un sentido previamente determinado. Cabría efectuar una interpretación de este supuesto que incluyera todos los casos previstos por el Código Penal en relación con los delitos de obstrucción a la justicia previstos en los arts. 463 y ss C .P.

Si bien venimos insistiendo a lo largo del presente estudio en la necesidad de interpretar los supuestos de manera restrictiva para evitar un mal uso o un abuso de la figura de la anticipación probatoria, ha de admitirse que el testigo podrá ver alterada su declaración

²⁸⁹ MADDALENA, en "L'incidente probatorio", en AA.VV: *Profili del nuovo processo penale*, op. cit., pág.108, exige un mínimo principio de prueba en tal sentido.

consciente o inconscientemente a través de la amenaza, coacción, acto de violencia o promesa producido no directamente sobre su persona, sino sobre terceros. Se hace necesario velar por la libertad del deponente en el sentido -aquí sí- más amplio, sin que entendamos que dicha apreciación desvirtúe en absoluto el fin pretendido. Lejos de ello, aumenta el mecanismo de protección de la incolumidad del testimonio como uno de los actos probatorios principales. Y ello se debe a que el efecto de la acción del tercero sobre una persona vinculada al testigo podría ocasionar idéntico efecto que si se realizara sobre él.

A la misma conclusión llegamos en relación con el autor de las amenazas o presiones. Lo más habitual será que procedan del imputado, quien puede venir amedrentando al testigo ya desde la instrucción o a partir de la emisión del escrito de calificación o acusación. Será lo más frecuente al ser el directamente afectado por el procedimiento. Pero el abanico de posibilidades es amplio. Desde el responsable civil a quien interese la falta de prueba en torno a los hechos enjuiciados, a cualquier familiar del acusado que luche con todas las armas (en el sentido más amplio) contra la eventual condena. A la misma solución se llegó en el Derecho italiano, donde la interpretación jurisprudencial, pese a la general interpretación restrictiva del precepto, pasaba por ampliar el autor a cualquier tercero interesado in/directamente en el resultado del pleito.

Ahora bien, ¿qué sucede si las amenazas o coacciones se produjeron ya durante la fase de investigación? ¿Sería lógico practicar la prueba anticipada si la voluntad puede entenderse ya afectada? Lo cierto es que no resulta sencillo dar respuesta a los interrogantes, pues, si el testigo ya depuso durante la instrucción tras haber sido manipulada su declaración, carece de sentido prestar una nueva declaración ya viciada. Pero, por otro lado, si se exige un principio de prueba sólido para anticipar el acto probatorio a partir de este motivo, será precisamente la anterior intervención del tercero la que sirva de base para acordar la práctica previa al momento del juicio oral. Aun a riesgo de que la segunda declaración pueda resultar finalmente irrelevante, nos inclinamos por ofrecer todos los mecanismos legales que estén al alcance del operador jurídico para proteger la prueba en el proceso penal. Siendo que la primera declaración pudo estar afectada, corresponde al órgano enjuiciador valorar la credibilidad del nuevo testimonio tomando como antecedentes los hechos anteriores, lo que deberá hacerse lo más rápidamente posible a fin de evitar nuevos contactos con el declarante que pudiera

dirigir de nuevo su declaración.

Es posible, también, que las coacciones no surjan inicialmente durante la fase de instrucción, sino en un estadio más tardío, una vez que se compruebe por los datos obrantes en las actuaciones que las acusaciones cuentan con datos suficientes como para dirigir la acción penal contra el hasta ahora investigado, es decir, durante la conocida como fase intermedia.

Es necesario efectuar una valoración, un juicio futuro, de cómo las posibles presiones a que se vea sometida determinada persona pudiera afectarle en las ulteriores manifestaciones. No a todos nos afectan por igual los mismos estímulos, ni todos los sujetos que emiten las coacciones o amenazas cuentan con la fuerza necesaria como para llegar a ocasionar el efecto pretendido. Siendo como es, por tanto, un terreno en el que entran en juego factores de tipo emocional y psicológicos, se impone, como no puede ser de otra manera, atender a cada caso individual para, lejos de ofrecer criterios estereotipados, atender a las posibilidades reales de manipulación de un testigo a la vista de las circunstancias concurrentes. La doctrina, no obstante, con el ánimo de fijar bases orientativas, fija como elementos a tomar en consideración a la hora de realizar el juicio de probabilidad: la personalidad de aquél que pretende influir, su arraigo y posición económica, las ventajas procesales que pudiera obtener de su declaración, la situación familiar, los antecedentes penales, la relación con el resto de coimputados...²⁹⁰

Este supuesto específico de anticipación probatoria, expresamente previsto en el Código italiano, ha sido llevado a la práctica en el país vecino en casos en que se entendía que la integridad del testimonio era digno de protección por corresponder a miembros de organizaciones criminales quienes, en situaciones de arrepentimiento, decidían declarar en contra de sus propios compañeros; lo mismo sucedía cuando el testigo pretendía desarticular entramados de carácter político o en que estuvieran implicados grupos que manejaran grandes cifras económicas. En el oscuro mundo de la mafia italiana no resulta difícil imaginar cómo los informadores pueden conocer los cambios de posicionamiento de algunos de sus miembros y los medios que pueden llegar a emplear para impedir que declaren en contra de sus intereses. Se trata, por tanto, de uno de los casos típicos en que, de no salvaguardar la pureza del testimonio, éste carecerá -casi de

²⁹⁰ FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada (...)*, op. cit., pág. 120.

forma segura- de toda validez. Ahora bien, los casos de corrupción política y empresarial no quedan circunscritos al país vecino. Los últimos años hemos presenciado dentro de nuestras fronteras escándalos de toda índole que pueden hacer presumir que, con ánimo de proteger intereses particulares, se intente obstaculizar el deseo de ciertos testigos de colaborar con la justicia, que pueden resultar incómodos o perjudiciales para sus intereses privados.

Las hipótesis dichas resultan claros ejemplos de la necesidad de la anticipación probatoria. En el mundo de la mafia, pongamos por caso, serán práctica habitual (se ha dicho, incluso, que pueden llegar a formar parte de sus rituales mafiosos) los sobornos o amenazas directas a los testigos, empleando los medios de los que se vean capaces para su fin. No obstante, no deja de ser una posibilidad teórica, probable en la práctica, pero no suficiente por sí sola como para interesar, o más bien para admitir, este tipo de actos probatorios. En todo caso, para llevar a cabo el juicio de probabilidad del que hablábamos, deberemos contar con datos objetivos, ciertos y concretos que nos permitan llegar a la convicción de la necesidad de alterar las reglas procesales.

Los medios a través del que el tercero interesado en la no declaración o declaración viciada del testigo puede conocer su ánimo de deponer en un determinado sentido pueden llegar a ser múltiples. Como es lógico, cuanta más envidia tenga el procedimiento mayores serán las posibilidades de acceder a la información derivada del mismo, bien a través de informaciones policiales, de datos ofrecidos por la propia investigación judicial o por presiones o soborno al entorno del testigo o a otros testigos del mismo asunto.

Los tribunales no sólo deben velar por que la integridad del testimonio se vea mantenida, sino que estará en sus manos tratar de impedir que las presiones se ejerzan sobre cualquiera de los intervinientes, pudiendo valerse para ello de medidas cautelares por las que, por ejemplo, se impida a determinada personas aproximarse al sujeto o contactar con él por cualquier medio o procedimiento, al menos, hasta que su participación haya concluido.

Cuando, a pesar de todo lo dicho, una vez llegado el momento de su declaración de forma anticipada, se aprecia en el deponente que su exposición(pese a adelantarse en el tiempo) se encuentra viciada-bien por ofrecer datos que permitan deducirlo, bien por

manifestarlo abiertamente- corresponderá ya al órgano de enjuiciamiento otorgarle el valor correspondiente a lo expuesto, pudiendo no tomar en absoluto en consideración la información obtenida por concluir que carecía de la necesaria nota de libertad en su exposición. No puede ser de otra manera si el juzgador conoce (o deduce fundadamente) que el testigo ha sido objeto de amenazas, violencia, coacciones o sobornos, directamente o sobre persona relacionada. Y es que la prueba anticipada no deja de tener en cierta medida un carácter preventivo de aseguramiento de la información que contiene la fuente de prueba, tratando de ganar tiempo, pero no garantiza que el riesgo que se trata de evitar no se produzca.

Entonces, ¿que sucede si, pese a la práctica anticipada de la prueba testifical, se aprecia que el testigo ya ha sido manipulado? En el Derecho italiano la respuesta la dirigen sin lugar a dudas hacia la recuperación en juicio de testificales sumariales. La jurisprudencia italiana coincide en entender que la pertenencia a organizaciones criminales, el valor del testimonio en la condena eventual, las necesidades económicas del testigo o las modificaciones sobrevenidas de tipo exculpatorio, son base suficiente como para entender que hay indicios de que las coacciones han existido, avalándose el método de la recuperación en juicio de la declaración prestada durante la investigación²⁹¹. En el Derecho patrio, la respuesta podría ser idéntica. Si la prueba anticipada no logra evitar el riesgo prevenido, a nuestro juicio, podrían los tribunales hacer uso del art. 730 LECrim²⁹² para introducir en el acto del juicio oral las declaraciones que ya ofrecieron en la fase instructora, debiendo entenderse anulada o anulable la ulterior declaración una vez abierta la fase del juicio oral y practicada con las previsiones propias de la prueba anticipada.

D. Testigo sujeto a cualquier otro impedimento grave

El art. 657 LECrim recoge una cláusula genérica: "que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión", que englobaría la imposibilidad real del testigo para comparecer al acto de

²⁹¹ Relación de jurisprudencia en BIONDI, *L'incidente (...)*, op, cit, págs. 20 y 22.

²⁹² Art. 730 LECrim: "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".

la vista por causas distintas a las que acabamos de tratar. El Derecho italiano lo prevé²⁹³ como uno de los supuestos en que cabría la práctica del incidente probatorio o de los actos urgentes al modo en que se recoge en nuestra normativa. Puede resultar criticable el hecho de que se trate de un concepto indeterminado y tan amplio que obligue a estudiar caso por caso si un supuesto concreto supone un impedimento grave. Pero, por otra parte, deja una puerta abierta a la práctica de la prueba testifical cuando determinados motivos no expresamente contemplados por la ley (siempre que se hallen plenamente justificados) impidan su desarrollo en el juicio con plenas garantías. Al igual que sucedía en la suposición de la grave enfermedad o del peligro inminente de muerte, entendemos que lo determinante para apreciarlo no es tanto que cause grave dificultad para comparecer como para declarar.

Fijaremos como requisitos para poder encajar un supuesto dentro de esta categoría, los siguientes:

- a) Ha de ser un impedimento que haga imposible materialmente la declaración en juicio o que la haga especialmente gravosa para el declarante, entendido como que le cause un perjuicio o sacrificio real.
- b) Ha de ser un impedimento grave, considerado como perjuicio o sacrificio no proporcionado.
- c) Por último, debe ser un impedimento distinto de la enfermedad grave, del peligro inminente de muerte o de la previsibilidad de la ausencia del territorio nacional el día fijado para el desarrollo de las sesiones.

Siempre que concurren los requisitos marcados debemos hacer un pronóstico de imposibilidad de comparecer en el acto futuro del juicio oral para prestar declaración, dada la concurrencia de causas objetivas, distintas a las expresadas en los epígrafes precedentes, que dificulten de manera injustificada o excesiva la declaración testifical.

Ahora bien, debemos preguntarnos cuáles serían los supuestos comprendidos en este apartado que no estén englobados en los anteriores (enfermedad grave, riesgo inminente de muerte, amenazas o coacciones o testigo extranjero). Podríamos inferir que incluiría, por ejemplo, las hipótesis en que se presuma la extraordinaria dificultad que podría

²⁹³ Art. 392.1s a) c.p.p.

suponer la localización y citación para juicio de determinada persona por carecer de residencia o domicilio fijo y conocido, caso de los “sin techo”, los “okupas” o los que residan en barcos o caravanas en continuo tránsito. En esta ocasión, de nuevo, el transcurso del tiempo procesal podría perjudicar la propia presencia material o física de la fuente de prueba.

E. Testificales de víctimas con necesidad de especial protección. El menor de edad como testigo

En no pocas ocasiones se ha puesto sobre la mesa la posibilidad de que la declaración de la víctima del delito (especialmente en los casos en que concurre alguna circunstancia que lo hace merecedor de la catalogación de especial protección, como la minoría de edad o la discapacidad, p. e.) se efectúe con carácter de prueba anticipada. Con ello, se alega, se evita que la víctima se someta a la tensión emocional y al impacto que para su desarrollo psicológico le supone la espera a la celebración del juicio y, en especial, su declaración en el acto de la vista, y se salva el grave problema de la falta de intermediación propio de la mal denominada “prueba preconstituida”. Sería un camino a través del que se salvarían todos los inconvenientes propios de la preconstitución y se adelantaría temporalmente la liberación del testigo-víctima de su participación en el proceso, comenzando con premura el procedimiento de recuperación psicológica en caso de que ello fuera necesario.

No obstante, este planteamiento de la deposición con carácter previo en el marco de la fase de juicio oral no deja de ser una apreciación *de lege ferenda*, pues, *de lege data*, el legislador ha optado por tomar derroteros distintos y convertir la declaración del menor víctima (e incluso del menor testigo no víctima) en paradigma de la prueba preconstituida, pese a las indudables ventajas de la anticipada frente a ella y las críticas que formulábamos respecto de la primera en anteriores capítulos.

El marco jurídico en el que actualmente se desenvuelve la protección de las víctimas lo conforma la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre de desarrollo de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima y por el que se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. La mentada normativa apuesta por, en aras de garantizar la incolumidad de la víctima, acometer la toma de declaración como prueba preconstituida cuando se tenga por

conveniente, evitando su testifical en juicio cuando exista un informe emitido por el psicólogo del Servicio de Asistencia a la Víctima indicando los efectos adversos que su participación en el acto del plenario pudiera suponerle.

Existe una amplia línea defensora de la participación de los víctimas especiales (sobre todo cuando sean menores) a través de la preconstitución probatoria, dándosele entrada en la vista a la declaración tomada durante la instrucción(eso sí, con ciertas garantías) a través de la vía del art. 730 LECrim. A través de esta previsión, aducen, equiparan a las víctimas menores y a aquellos merecedores de especial protección con los supuestos específicos del art. 448 LECrim²⁹⁴. Mediante la preconstitución entienden que la protección de la víctima menor o necesitada de especial protección²⁹⁵ es más efectiva, pues se evita la temida victimización secundaria.

La Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado sobre protección de menores víctimas y testigos ya alertaba sobre la necesidad de tratar a los menores perjudicados de manera especial, pues ha quedado suficientemente demostrado el gran impacto

²⁹⁴ En realidad, haciendo una interpretación sistemática, la remisión debe entenderse hecha al art. 433 LECrim.

²⁹⁵ Se tendrán por víctimas con necesidad de especial protección:

1º A las víctimas en quienes concurren las siguientes condiciones personales: ser menores de edad, sufrir algún tipo de discapacidad, o concurrencia de relación de dependencia con el presunto responsable del delito, y en particular en el ámbito de relaciones de pareja- cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia-, o de parentesco- descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente- y del círculo de convivencia.

2º A las víctimas que, sin concurrir las circunstancias anteriores, lo fueran de delitos de especial gravedad o bien de los que puedan derivarse graves perjuicios para la víctima, tales como:

- a) Delitos cometidos por una organización criminal.
- b) Delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.
- c) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
- d) Delitos de trata de seres humanos.
- e) Delitos de detención ilegal o “desaparición forzada”.
- f) Delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

Casos en que se aprecie gravedad o riesgos ciertos para las víctimas atendiendo las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos.

En general, siempre que concurren cualesquiera variables o indicadores que permitan establecer la probabilidad o pronóstico significativo de ser nuevamente objeto de nuevos delitos.

emocional que para los menores supone la intervención en juicio, debiendo arbitrarse los mecanismos necesarios para velar por su integridad emocional. Sin embargo, el desarrollo normativo desembocó en el mentado Estatuto, que orienta la prevención hacia la participación en una fase previa y su introducción en el plenario.

Ahora bien, tal y como prevé dicho Estatuto, pudiera ocurrir que el tribunal decidiera la intervención personal de este tipo de testigos en el juicio, en cuyo caso deberán respetarse una serie de garantías (previamente y como regla general solicitadas por el fiscal en su escrito de acusación o conclusiones provisionales para asegurar su cumplimiento). Con tales previsiones se busca minimizar el impacto que le pudiera suponer su participación.

De esta manera, se solicitaría por el proponente de la prueba (especialmente por el fiscal al tener encomendada la defensa de sus intereses) en su escrito de acusación o de conclusiones:

- a) Medidas tendentes a evitar el contacto visual entre la víctima y el acusado, pudiendo emplear para ello salas de espera o habilitadas especialmente para las víctimas.
- b) Medidas para que la víctima pueda ser oída sin estar físicamente presente en la sala de vistas, a través de medios técnicos como la videoconferencia (art. 23.1.a) EVD). En la sala donde se halle el menor deberá estar exclusivamente el niño y el técnico o experto que le asista si así se hubiera acordado o persona de confianza designada por el menor para acompañarle en tal trance y/o miembros de la Oficina de Atención a las Víctimas del Delito que acompañen a los menores o discapacitados.

Ahora bien, si el órgano solicitara la presencia física del menor o víctima necesitada de especial protección en la sala, se interesará su declaración a puerta cerrada, con colocación de mampara que evite el contacto visual con el acusado y con acompañamiento de un miembro del Equipo de Asistencia a las Víctimas y de una persona de su confianza si lo solicitara.

Estas medidas deberán hacerse constar de forma expresa en el escrito en que se plantee la prueba para evitar que la declaración del menor o de perjudicado necesitado de especial protección resulte excesivamente gravosa.

A nuestro entender, si se adoptaran tales prescripciones de forma obligada en el caso de

que declarara ante el órgano de enjuiciamiento con el carácter de prueba anticipada, se verían protegidos sus derechos, se reduciría el impacto en la víctima necesitada de especial protección y quedaría intacto el principio de inmediación. Y es que la insistencia de la práctica anticipada de la prueba testifical en los casos de víctima especialmente vulnerable se debe a que se presume que podría reportar indudables beneficios siempre que se solicitaran y adoptaran las medidas aludidas, resultando de gran interés práctico que quien vaya a enjuiciar perciba las declaraciones en tiempo real, bien mediante videoconferencia, bien de forma presencial. Así, como indicábamos, comenzaría con antelación el proceso psicológico de cierre de la herida de la víctima y se evitaría el daño que el paso del tiempo cause en la memoria. En cualquier caso, la anticipación no debería estar basada únicamente en la edad del menor víctima o en la concurrencia de las circunstancias que otorgan a la víctima la categoría de “necesitada de especial protección”, sino en el riesgo real que le pudiera suponer su intervención en el juicio, por lo que podría exigirse como elemento que avalara la situación de urgencia un informe médico que justifique la necesidad de su práctica adelantada para evitar daños psíquicos derivados de la victimización secundaria, sin duda una aspiración acorde con el espíritu de las normas inter/nacionales de protección de los derechos de los menores y de las víctimas en general.

Pese a que la solución ofrecida se nos antoja la más protectora de los intereses de la víctima, ni la LECrim ni el Estatuto de la Víctima afronta abiertamente la posibilidad de la toma de declaración anticipada²⁹⁶. Resulta curioso que se critique en ocasiones el planteamiento de la práctica anticipada de la testifical en los casos aquí analizados cuando el propio ordenamiento ofrece mecanismos para reducir el impacto de su declaración (a través de la videoconferencia o evitando la confrontación visual con el acusado, asistencia de expertos en su declaración, por ejemplo) en el momento de la vista ordinaria, sin que se plantee entonces la producción de una victimización secundaria a la que sí se alude como crítica a la excepción estudiada.

²⁹⁶ Por el contrario, el art. 392 CPP lo contempla específicamente como modalidad de incidente probatorio(aplicable a los actos urgentes), estableciendo que procederá “En los procedimientos por delitos previstos en los artículos 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies y 609 octies, 612-bis, 600, 600-bis, 600-ter, 600 quinquies, 601 y (602 del Código Penal, el Ministerio Público, de oficio o a petición del ofendido, o la persona sometida a investigación, pueden pedir que se practique incidente probatorio para tomar declaración al testigo menor de edad, o al ofendido por el delito, sin que sea necesario que concurren los presupuestos previstos en el número 1 del presente artículo”. La Ley núm. 66/1996 introdujo el precepto, posteriormente modificado por la Ley núm. 38/2009

En el supuesto de que concurren distintas víctimas catalogadas de especial protección, lo correcto sería, a nuestro entender, la toma de declaración anticipada de todas ellas por las razones antes dichas. Para la salvar la imposibilidad de que todas testifiquen con carácter previo por razones de agenda del juzgado, podría optarse por que sólo se anticipase la intervención de que aquéllas en que exista el dictamen de un especialista que así lo aconsejare.

En el caso de la declaración del menor de edad, la práctica de la prueba anticipada la entendemos indispensable siempre que se trate de víctima del delito enjuiciado, no sólo con el propósito de evitar la revictimización o victimización secundaria (entendido como secuelas emocionales derivadas de su paso por el proceso judicial), sino porque el evento traumático unido al paso del tiempo puede conllevar la pérdida de su testimonio. El niño o el adolescente se halla en un proceso de desarrollo cognitivo y afectivo que se ve interrumpido por dicho evento, precisándose de la continuación de su propio proceso evolutivo (con seguimiento de un proceso terapéutico) con la mayor prontitud posible para superar dicho trauma.

Pero, incluso cuando la participación del niño o adolescente en el proceso no se realice en calidad de víctima, sino de mero observador, la prueba anticipada será la vía idónea de introducción de su relato en el acervo probatorio. Como hemos visto, la excepción probatoria se funda en el temor de información de la fuente de prueba y, en esta hipótesis, este temor tiene justificación por la propia naturaleza del declarante.

La memoria de un recuerdo no es una imagen exacta de lo vivido, pues en el recuerdo intervienen variables como el tiempo transcurrido desde entonces, los conocimientos posteriormente adquiridos y el impacto que el propio recuerdo causara en la persona. En el caso de los testigos menores de edad, además, “La capacidad del menor de edad como testigo depende del momento evolutivo y de sus capacidades cognitivas”²⁹⁷. La memoria de un niño o de un adolescente no es estática, sino dinámica, está en continuo cambio, de ahí que la obtención de su recuerdo deba extraerse de la manera más rápida posible. La huella de los acontecimientos en la memoria se deteriora con el paso del tiempo, solapándose con recuerdos pasados hasta crear los falsos recuerdos. Este proceso se produce de forma más acelerada en los niños que en los adultos, y más

²⁹⁷ ORTEGA, M^a del Pilar, *La víctima: Aspectos Sustantivos y Procesales*. Tesis Doctoral en Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, 2003, pág. 153.

rápido cuanto menor sea la edad del testigo menor²⁹⁸. En este sentido, la edad del niño testigo influirá definitivamente en la posibilidad de creación de recuerdos falsos, producidos inconscientemente.

Su interrogatorio resulta especialmente complejo al ser individuos especialmente sugestionables en el interrogatorio, debiendo el entrevistador tener especial sensibilidad para no presionarle o inducirle la respuesta o para que no se vea emocionalmente desbordado por revivir los sucesos acaecidos.

La prontitud de su participación en el juicio, insistimos, será clave para la fiabilidad del testimonio que emita. En condiciones ordinarias, su intervención en el acto del plenario podrá producirse transcurrido dos o tres años del hecho enjuiciado, lo que será perjudicial tanto para la recuperación del recuerdo como para la fiabilidad de su versión de los hechos, sobre todo cuando emitió distintos discursos a lo largo de todo el proceso. La declaración anticipada generalizada sería la solución(o, más bien, la fórmula más acertada) para que el niño o adolescente aporte información fiable al juicio, con ventajas añadidas e indudables en los supuestos en que, además, resultara ser la víctima del delito.

4. Reconocimientos

A. El reconocimiento en el juicio oral

De nuevo, según acepta la mayoría de la doctrina, nos hallamos ante una diligencia idónea para su práctica en la fase investigatoria y, por ende, inidónea para llevarse a cabo en la vista²⁹⁹.

No en vano, la STS de 10 de febrero de 1998, al respecto, señalaba que “La conveniencia del reconocimiento temprano en el tiempo de la persona o personas inculpadas ataja el problema de la necesidad de reconocimiento en el juicio oral, que puede dilatarse y realizarse con gran separación de tiempo desde la comisión de los hechos y consiguientes mayores dificultades e inseguridad, por lógica pérdida de nitidez de los recuerdos, cuestión a la que, claro es, hay que añadir otros elementos de prueba sobre los hechos que se

²⁹⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, op. cit., pág. 362.

²⁹⁹ STS de 17 de febrero de 1995.

imputen, pues el juicio ha de extenderse a otros aspectos fácticos además de la mera identificación del inculpado, que aunque sea relevante y, como prueba testifical que es, ha de ser sometida al debate del juicio oral en condiciones de inmediación y contradicción, pero no reproducida, sino contestando al testigo que reconoció antes al inculpado sobre las condiciones en que tuvo lugar ese reconocimiento y a otros datos que puedan ayudar a formar el convencimiento del Tribunal”.

Ésta y no otra es la razón por la que se suele considerar diligencia investigatoria, siendo lo frecuente que se incorpore al juicio oral como prueba preconstituida³⁰⁰.

El TS expone de manera sintética las razones por las que debe entenderse fundamentalmente como diligencia sumarial. Lógicamente, los recuerdos de los testigos se van desdibujando con el tiempo, máxime cuando se tratan de meros testigos presenciales que no han sufrido los efectos del delito, por lo que no se convierten en víctimas.

Para combatir el riesgo de que el reconocimiento no cumpla la función encomendada se trata de hacer lo antes posible pues, dado el retraso existente en la Administración de Justicia, las celebraciones de los juicios se producen en la mayoría de las ocasiones trascurrido mucho tiempo desde el día en que tuvo lugar el hecho ilícito. Esta dilación puede provocar que el testigo no pueda reconocer con un porcentaje de seguridad razonable al autor de los hechos o al participe en los mismos.

Sí se admite con carácter general, en cambio, que durante la declaración de los testigos durante las sesiones del juicio se les interroge acerca del reconocimiento del acusado como autor de los hechos objeto de enjuiciamiento. Dicho reconocimiento puede resultar sumamente esclarecedor siempre que la identificación se efectuara a través de fotografías al no haberse podido practicar la diligencia de rueda por causa imputable al propio acusado o imposibilidad del propio testigo, y no fuera propuesta por las partes o acordada de oficio por el tribunal.

No podemos dejar de lado que, en muchos casos, dado el largo período de tiempo transcurrido desde que tiene lugar el hecho hasta que es enjuiciado, resulta realmente difícil que se reconozca en el juicio al autor con plena certeza, máxime cuando ha

³⁰⁰ SSTs de 18 de noviembre de 1983, de 7 de diciembre de 1984, de 5 marzo de 1986; 21 de abril de 1986, 12 de septiembre de 1986, 4 de octubre de 1986, 11 de marzo de 1987, 14 de abril de 1987, 9 de febrero de 1989, 4 de diciembre de 1990, 18 de enero de 1991, 14 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 2010.

sufrido cambios físicos involuntarios (derivados de alguna dolencia) o provocados (cambios de color o forma del pelo, alteraciones en el peso...). Sin embargo, la STS de 1 de octubre de 1996, si bien señala que el reconocimiento sumarial debe hacerse con cautelas para que adquiriera validez como prueba (preconstituida, sería), deja abierta la posibilidad de que, hecho el reconocimiento ante el tribunal sentenciador en el acto de la vista, éste alcance el estatus de prueba, identificando el testigo al acusado como el autor del hecho. No obstante, tal y como deja sentado JOSÉ MARÍA PAZ RUBIO³⁰¹, el valor conferido a esta identificación queda a discreción del tribunal, sin que pueda ser revisado en casación a menos que concurran otras pruebas que revelen error en el juzgador.

De lo analizado podemos deducir que es válido el reconocimiento del acusado por el testigo presencial en el acto del juicio oral al no infringirse las normas esenciales del procedimiento. En esta ocasión, el reconocimiento adquirirá el carácter de anticipado en los supuestos en que se deba practicar una declaración previa del testigo por concurrir alguna de las causas estudiadas. En realidad, entendemos, más que un tipo diferenciado de prueba constituiría un aspecto más de la prueba testifical. Su práctica se desarrollaría en forma idéntica al reconocimiento al que se sometería el testigo en condiciones ordinarias en las sesiones de la vista, siendo interrogado por las partes y por el propio juez acerca de si conoce como autor al acusado/s en cuestión, siempre y cuando se encontrara presente y no se celebrara el juicio en su ausencia³⁰².

El reconocimiento que en tal acto preste el testigo será analizado conforme a las reglas de la sana crítica, valorando la firmeza en la identificación, las condiciones en que se llevó a cabo y las propias facultades físicas o mentales con las que contara el testigo en el momento en que se practique, así como el tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito penal hasta que se tome declaración.

A nuestro juicio, la importancia del reconocimiento que el testigo pudiera efectuar en su declaración tomada con carácter de prueba anticipada no es baladí, pues, siguiendo las

³⁰¹ PAZ RUBIO, José M^a y VV.AA: *La prueba en el proceso penal*, op. cit., pág. 351.

³⁰² Jordi NIEVA FENOLL advierte de la importancia de la memoria del reconociente en este tipo de identificaciones y de la necesidad de su realización lo antes posible para evitar distorsiones memorísticas, en un momento anterior a la propia celebración del juicio oral. Sin embargo, pese a denominar este reconocimiento temprano “prueba anticipada”, en realidad se refiere a la prueba preconstituida, sin contemplar su celebración como auténtica anticipada, *La ciencia jurisdiccional (...)*, op. cit., págs.399 y 400.

propias consideraciones del TS en relación al reconocimiento en las sesiones del juicio oral -perfectamente aplicables al caso que nos ocupa- supone la subsanación de cualquier “incorrección” en los reconocimientos anteriores³⁰³. De hecho, afirma en STS de 21 de junio de 1993, la irregularidad en la que se incurriera durante la tramitación de las diligencias previas no puede afectar negativamente a la declaración que preste el testigo en la vista, ni puede limitar al juzgador a la hora de valorar las pruebas practicadas en su presencia.

Ahora bien, cuando hablamos de reconocimiento como diligencia probatoria, no hemos de circunscribir únicamente al reconocimiento de personas, puede extenderse sobre cosas, sonidos, olores, o cualquier elemento que pueda apreciarse por los sentidos, de manera que pueda ratificar la identificación que ya realizó en un momento anterior o la percepción que tuvo en torno al objeto examinado en un primer momento.

De nuevo, comprobamos cómo en el Derecho italiano el reconocimiento de las personas se contempla expresamente en modalidad anticipada cuando concurren razones especiales de urgencia. Así, el art. 392.1 g) CPP indica que cabrá la solicitud para "reconocimiento judicial, cuando particulares razones de urgencia no permitan remitir al juicio oral". En el país vecino, la diligencia también podría ser considerada acto de investigación si tuvo lugar en esa sede, entendiéndolo como medio tendente al esclarecimiento de los hechos si se produce durante la fase investigatoria y como auténtico medio de prueba en el supuesto de que se trate de acreditar hechos o participación de un sujeto en relación con el hecho investigado³⁰⁴.

Cuando la sede es la fase investigatoria, el art. 351 CPP será el encargado de su regulación, precisándose que:

“1. Cuando sea necesario para las investigaciones, el Ministerio Público podrá ordenar la identificación de personas, cosas o lugares, o de todo aquello que pueda ser objeto de percepción sensorial.

Las personas, cosas u otros objetos se presentarán o mostrarán a quien deba efectuar la identificación.

³⁰³ STS de 29 de junio de 1991.

³⁰⁴ Ignacio FLORES PRADA precisa que en la doctrina italiana, se tiende a emplear el término “identificación” cuando se produce durante la fase de investigación y “reconocimiento” si la sede es el juicio oral. FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada (...)*, op. cit., pág. 151.

Si existen fundados motivos para creer que la persona llamada a la identificación podría sufrir intimidación u otra influencia por la presencia de la persona que deba ser identificada, el Ministerio Público adoptará las cautelas previstas por el art. 214.2.”

Este supuesto, igual que sucede en el Derecho español, prevé diligencias que, por sí solas, carecen de valor probatorio, pero concederá al instructor para encauzar la investigación, acordar el sobreseimiento de las actuaciones o formular auto de PROA (en el caso del procedimiento abreviado) y a las acusaciones para orientar el sentido de sus respectivos escritos en los que se ejercita la acción penal.

Los actos de reconocimiento, por otra parte, con finalidad probatoria, se prevén en el texto italiano en los arts. 213 y ss CPP, como medios de prueba de los que disponen las partes para conseguir la íntima convicción del tribunal en torno a cierto punto.

B. Reconocimiento en rueda

La LECrim contempla en los arts. 368 y ss las reglas generales para el reconocimiento de los implicados en la causa, practicado como diligencia tendente al esclarecimiento de los hechos y participación de los acusados. Cuando la misma actuación se produce como prueba en el acto del juicio oral (o con carácter previo, si se trata de una prueba anticipada), la regulación será idéntica, por más que la naturaleza de los dos reconocimientos -y, evidentemente, los efectos- difieran notablemente. Con remisión, por lo tanto, a aquella regulación, atenderemos a cómo se producirá el reconocimiento una vez abierta la fase del juicio oral si se adelanta por razones de urgencia.

A este respecto, indica el art. 369 LECrim la forma en que tendrá que realizarse, poniendo a la vista del que hubiere de identificar a la persona que vaya a ser reconocida junto con otras físicamente parecidas³⁰⁵. El reconociente manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese identificado en sus declaraciones. En caso positivo, deberá dejar constancia de manera clara y firme. Se extenderá acta en la que constarán todas las circunstancias que rodearan la identificación, así como los integrantes de la rueda o grupo.

La mayoría de las veces, los intervinientes en el proceso penal renuncian a proponer el reconocimiento en rueda en el acto del juicio oral no sólo por la posible inutilidad de la misma sino por la previsible suspensión del juicio para su desarrollo, al ser difícil que

³⁰⁵ En el art. 214 cpp italiano se añade que el parecido no debe versar únicamente sobre los rasgos físicos, también sobre el vestido, debiendo procurarse por el juez la presencia, al menos, de dos personas lo más parecidas posibles.

exista una sala al efecto en la sede donde se produce el enjuiciamiento y, de haberla, que esté libre el día y hora de celebración. Pero, ¿qué pasa en los casos en que la prueba fundamental de la acusación para fundamentar la autoría la constituye precisamente dicho reconocimiento?, o ¿qué mejor forma de atribuir la participación de cada uno de los acusados en la causa que a través de dicho medio? La lógica jurídica dice que si existe la posibilidad de practicar una prueba fundamental para el esclarecimiento de los hechos, deben hacerse cuanto esté al alcance del tribunal para su práctica. De ser así, el reconocimiento en rueda debería proponerse tan pronto como fuera posible de cara a evitar dificultades en el reconocimiento por efecto del paso del tiempo y la mella en la memoria. En estos casos, la mera utilidad de la prueba justificaría la práctica anticipada; pero el carácter restringido de la excepción impediría una fórmula por la que los reconocimientos en rueda se practicaran sistemáticamente con carácter anterior a la vista. En cambio, si aquél que deba identificar se encontrara en algunas de las situaciones antes estudiadas para la práctica de la testifical anticipada, lo cierto es que la solicitud quedaría sustentada en un doble motivo.

Como prueba de la altísima importancia de este medio probatorio, la doctrina y la jurisprudencia han conferido valor de prueba a la diligencia practicada en fase de instrucción siempre que su autor acuda a juicio oral para ser sometido a contradicción, pudiéndosele interrogar acerca de la misma. Siendo así, siempre que la diligencia de reconocimiento sumarial no hubiera tenido lugar en las mejores condiciones, por el shock que pudiera sufrir la víctima o por las dudas acerca de qué participación tuvo cada uno de los implicados, más esclarecedor resultará para el tribunal la práctica de nuevo reconocimiento a modo de prueba anticipada que la mera incorporación de la anterior.

La posibilidad de identificación de los partícipes en el delito por parte de los testigos a través de la práctica en el juicio oral de un reconocimiento en rueda fue descartado ya en STS de 6 de mayo de 1999, que consideró debidamente inadmitida la práctica de una rueda de reconocimiento solicitada por la parte en su escrito de calificación provisional, sobre la base de que su práctica resultaba no sólo impertinente, sino innecesaria. Son razonables las reservas del Alto Tribunal acerca de la práctica de la rueda de reconocimiento en el propio acto de la vista. Y ello porque las garantías que prevé la ley para su práctica durante la instrucción, tendentes a que el testigo pueda identificar sin

distorsiones de ningún tipo al autor quedarían anuladas por el simple hecho de que se perturbaría la objetividad del identificador ante la presencia del acusado sentado en el banquillo.

Pues bien, pese a ser cierto que cuando el testigo tiene ocasión de ver al acusado durante la vista el reconocimiento en rueda deviene prácticamente inútil, esta circunstancia puede salvarse a través de la práctica anticipada de la prueba, que podrá efectuarse bien a petición de las propias partes en sus correspondientes escritos, bien a instancias del propio órgano enjuiciador (unipersonal o colegiado). La posibilidad de su práctica quedó reflejada en STS de 29 de junio de 1991, conforme a la que no debe generalizarse ni abusarse del reconocimiento en rueda antes de las sesiones; lejos de ellos, su utilización debe ser absolutamente excepcional, reservado para los casos en que el sumario se haya tramitado de manera manifiestamente errónea o cuando no existan otras pruebas, en cuyo caso el tribunal podrá aceptarlo con carácter de prueba anticipada, con cumplimiento de todas las garantías propias de ésta.

En caso de que sean varias personas los que deban reconocer a un acusado, se practicará una rueda respecto de cada uno, sin que puedan tener comunicación entre ellos sino hasta que concluya la identificación. Sin embargo, cuando deban identificarse a varias personas, puede formarse una rueda con todos ellos, efectuando un reconocimiento conjunto (art. 370 LECrim).

Es práctica habitual que aquellos que no quieran ser reconocidos empleen cuantas triquiñuelas encuentren a su alcance para dificultar su identificación, jugando con el color de pelo, extensión del mismo, barbas o bigotes, nivel de bronceado, aumento o bajada de peso o incluso pérdida de piezas dentales o provocación de cicatrices con el fin de confundir en el momento de la exploración al testigo. Precisamente, para evitar confusión en el recognoscente, se velará por que el sujeto no haga en su persona alteración que pueda dificultar su identificación. Pero, si bien esta previsión es más fácil de llevar a cabo en la fase de instrucción cuando el sujeto ha sido detenido o retenido por un particular, o incluso cuando se halla en prisión provisional, la facilidad se esfuma si nos hallamos ante un procedimiento ya calificado en que aquellos que han de ser reconocidos se hallan en situación de libertad. Lógicamente, contará con mayor margen de maniobra para modificar su imagen.

Distinto es el caso en que se encuentre en prisión provisional, correspondiendo, dice la Ley, a los Alcaldes de las cárceles adoptar dichas precauciones. Y continúa el art. 372 precisando que si en los establecimientos penitenciarios tuvieran traje reglamentario, estos estarán obligados a custodiar suficientemente la vestimenta que llevaran en el momento del ingreso, por si fuera preciso emplearla en las ruedas de reconocimiento que pudieran practicarse.

Puede darse la ocasión de que el testigo no se encuentre capaz de reconocerlo físicamente, pero, sin embargo, manifieste la posibilidad de identificarlo a través de la voz. El órgano judicial deberá procurar la identificación a través de la voz, pues tendrá que velar por acreditar su participación por todos los medios que estuvieran a su alcance.

Al inicio del reconocimiento, bien físico, bien de voz, el tribunal debe interrogar al testigo acerca de si ya lo había reconocido en alguna otra ocasión, si lo había visto o escuchado con anterioridad o se lo habían descrito o si concurre alguna circunstancia externa que pueda afectar al reconocimiento.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, en nuestro ordenamiento aquél que va a ser reconocido no cuenta con el derecho a elegir el lugar de la rueda donde quiere situarse.

La realización anticipada de la prueba obedece, como ya indicamos, a la concurrencia de razones de urgencia que así lo aconsejen. La identificación puede efectuarse a presencia de todas las personas que conforman la rueda o desde un punto que le permita no ser visto (lo que sucederá en la mayoría de los casos) con el fin de evitar que el identificador pueda verse amenazado o intimidado por la persona que deba reconocer. Ahora bien, dado las molestias indudables de su práctica no debe generalizarse su petición, sino instarse sólo en los casos en que haya dudas serias sobre la identidad y el tribunal lo estime conveniente y necesario.

C. Reconocimiento de voces

La identificación por parte de un testigo puede, en ocasiones, tornarse difícil por circunstancias varias. Imaginemos, por ejemplo, la hipótesis de que un ilícito penal contra una persona en que el perjudicado adoleciera de un déficit de visión, bien en el

momento del juicio, bien posterior como consecuencia de alguna enfermedad degenerativa o fruto de un accidente. La víctima, v.gr., de una agresión sexual que fuera invidente, habrá recibido mayor información de la identidad de su agresor a través de otros datos percibidos sensorialmente, como pudiera ser el olor o la voz. Dado que los olores son difíciles de reproducir *a posteriori*, la voz puede llegar a ser un medio útil para reconocer al autor de su agresión sexual.

Pensemos también en cualquier delito cometido aprovechando la circunstancia de poca visibilidad, pero en el que el actor hable directamente a la víctima o a algún tercero relacionado o no con el acto delictivo. En estos casos, el reconocimiento por voz podría convertirse en una herramienta útil para que el testigo señale al autor del delito.

La Ciencia ha prestado atención a la posibilidad de otorgar valor al reconocimiento de una persona por su voz, con escaso éxito. Se pensaba que los sujetos con déficit de visión podrían tener mayores posibilidades de acierto a la hora de reconocer una voz entre los integrantes de una rueda formada por personas con voces parecidas, precisamente por tener más agudizado el sentido que la mayoría de las personas. Pero resultó que sí adquirirían mayor capacidad para distinguir niveles bajos de sonido, pero el porcentaje de aciertos en relación con individuos videntes no resultó significativo, lo que eliminaba la opción de emplear el reconocimiento de voces como una prueba sólida, al menos aisladamente considerada, pues la apreciación de la similitud de las voces puede resultar absolutamente subjetiva. Aún así, por los tribunales se ha empleado en alguna ocasión la conocida como “rueda de voces”, en que los testigos, a presencia del tribunal, debían reconocer la voz de uno de los componentes.

Mayores posibilidades ofrecería el reconocimiento por voz cuando ésta hubiera quedado recogida en un soporte de reproducción, lo que rara vez ocurre. Usualmente, contamos sólo con la apreciación de la misma por la víctima o los testigos presenciales. De este modo, el reconocimiento de las voces puede contar con la ayuda de la ciencia o, únicamente, con el recuerdo de los testigos, que deberán hacer valer a través de la “rueda de voces”.

Así se recoge en la STS de 10 de mayo de 2001: “Como se dice en la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 1997, la identidad de una voz no pasa necesaria y exclusivamente por la prueba pericial técnica realizada en los laboratorios

especializados, ya que el sistema español admite que se puedan utilizar otros instrumentos probatorios, quizá menos fiables desde el punto de vista científico, pero no exentos de una cierta virtualidad probatoria. Se ha admitido en alguna sentencia, la identificación del sospechoso por medio del reconocimiento de la voz efectuado por la víctima del delito y no se descarta la posibilidad de realizar una especie de «rueda de voces» para identificar entre ellas, la que se atribuye al posible autor del hecho delictivo. La similitud fonética de las voces puede ser apreciada directamente por el tribunal o ser deducida de la valoración del testimonio de quien ha percibido la voz del sospechoso y la identifica ante la autoridad judicial”.

Continúa la mentada STS de 3 de noviembre de 1997 añadiendo que: "La negativa del interesado a practicar la prueba científica no supone, por sí misma, una confesión ficticia pero ello no impide, como sucede en la prueba de paternidad que el Tribunal pueda utilizar o valerse de otros elementos probatorios que le lleven a la convicción de que la voz, de la que pueden derivarse consecuencias inculpatorias, es de una determinada persona. El imputado dispone de la posibilidad de enervar los efectos incriminatorios derivados de una conversación o expresión grabada en un soporte magnético y si no lo hace deberá someterse a las consecuencias que se deriven de la existencia de otras posibilidades probatorias disponibles en la causa”.

Para el Magistrado Diego Díez³⁰⁶, se trata de una prueba que debe practicarse y valorarse con mayor cautela. La propia STS de 15 de enero de 1992 indica que la identificación por el reconocimiento de la voz es subsidiaria a la identificación que pudiera hacerse a través de los rasgos corporales, por la propia naturaleza de aquello a identificar.

La STS de 26 de octubre de 1990 señaló que el reconocimiento de voz de una persona, ya de por sí poco fiable y atípico, no aclaraba nada en el asunto de autos, pues la propia víctima había admitido que durante la comisión del delito el violador le hablaba susurrándole. Este hecho hacía que, incluso en el caso de que se practicara el reconocimiento de voz, la emitida en el momento de la identificación no fuera la misma que la que escuchó durante la perpetración del ilícito.

³⁰⁶ DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, “La voz como elemento identificador del delincuente”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003, págs. 399-419.

Lo más frecuente es que el reconocimiento de la voz constituya un elemento más de identificación, pero no el único. Así sucedió en el caso examinado por la STS de 15 de septiembre de 1992 (10). Se trataba de unos asaltantes, conocidos por el dueño y el camarero del local, que utilizaron pasamontañas para cubrirse el rostro pero fueron reconocidos por su voz y vestimenta.

Dice la citada sentencia: "En el caso presente afirma la Audiencia que los autores del hecho entraron en el bar «ocultando parcialmente sus rostros con pasamontañas, toda vez que eran conocidos por el dueño y camarero», añadiendo después que cuando se marcharon los asaltantes «avisaron de inmediato a la Policía Local, e indicaron los nombres de los autores, a quienes, si bien no habían reconocido facialmente por los pasamontañas que llevaban, sí en cambio por la voz y manera de vestir".

La misma prudencia se advierte en la STS de 21 de enero de 1993, en la que se efectúa un reconocimiento de voz por la perjudicada en una rueda de voces y en presencia del letrado en la que, puestas todas las personas de espaldas se hizo hablar al acusado y a los otros cuatro integrantes de la rueda. Si bien la prueba no podía tomarse como único elemento en que basar la condena, lo cierto es que la identificación de la voz del acusado por la perjudicada aun cuando su tono no era anormal o peculiar tampoco podía dejar de tenerse en cuenta como prueba indirecta. Pero, pese a la cautela, el TS avaló la condena del acusado por robo y violación a partir de la apreciación conjunta de la prueba indiciaria: por un lado, el hallazgo en poder del acusado de varios de los objetos sustraídos y, por otro, la peculiar voz del agresor, reconocida por la víctima.

Indica la meritada sentencia: "Ya desde el principio la señora agredida dijo que no había podido ver la cara ni la figura de quien la había atacado, pues éste, durante el desarrollo de los hechos, le había obligado a permanecer siempre de espaldas, aunque pudo precisar que tenía aproximadamente 1'60 metros de altura y unos 25 ó 30 años, deduciendo esto último del tono de su voz particularmente ronca.

Ante esta última circunstancia, la Policía procedió a practicar el 14 de febrero de 1990 una singular diligencia de reconocimiento de la voz en rueda con asistencia de letrado, haciendo hablar al acusado y a otras cuatro personas más, puestas todas de espaldas, oyéndolas M.a del Carmen, también situada de espaldas, la cual identificó la del acusado, como, sin duda, la voz de la persona que le había agredido (folio 104).

En el acto del juicio dicha señora reiteró su seguridad respecto de la mencionada identidad de la voz y la Sala de instancia pudo apreciar que efectivamente la del procesado tenía un

tono grave, ronco y aguardentoso, expresándolo así en el fundamento de derecho 1.º de la propia sentencia recurrida”.

Imaginemos ahora un supuesto en que la víctima o un testigo imparcial escucharan durante la comisión del hecho punible la voz de su agresor, y ésta no hubiera quedado grabada en soporte de audio. La identificación de la voz por parte de los testigos podría ser el único medio de identificación del delincuente y, a su vez, los testigos podrían encontrarse en alguno de los supuestos estudiados para la anticipación probatoria. En este caso, a nuestro juicio, no habría obstáculo legal alguno para realizar una rueda de identificación de voces entre sujetos con similitud fonética, al modo de la rueda de reconocimiento ordinaria. Para ello, será requisito para identificar el habla que la prueba se efectúe en sede judicial, en presencia del Letrado de la A.J. y del letrado de la defensa y del juzgador, así como del representante del Ministerio Público. Durante su desarrollo, el reconoccente deberá situarse en lugar donde no tenga contacto visual con los componentes de la rueda, quienes deberán emitir las mismas expresiones que fueron verdidas durante la comisión de los hechos objeto de las actuaciones. Ahora bien, dada la incomodidad propia de este tipo de pruebas y la eficacia limitada de las mismas, carece de sentido practicarla cuando el testigo, al escuchar originariamente las voces, se hallara, por ejemplo, bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas.

Sobre esta forma de reconocimiento recapacitan también las SSTS de 17 de abril de 1989, de 5 de febrero de 1988, de 2 de junio de 2010, de 16 de julio de 2009 y los AATS de 23 de octubre de 2008, de 21 de octubre de 2010 y de 31 de marzo de 2011.

La conocida como “rueda de voces” se ha practicado escasas veces, pero el Alto Tribunal se ha manifestado, como vemos, en varias ocasiones. La STS de 17 de abril de 1989 la consideró una diligencia de identificación de sujeto basada en que la víctima debería reconocer la voz humana del acusado entre otras de características análogas, pudiéndosele encaje en los arts. 369 y 370 LECrim.

Pese a las reticencias y cautelas expuestas, entendemos que la prueba de identificación a través del reconocimiento de voces es, no sólo posible, sino también adecuado -aun cuando complementa o supla a otras modalidades de reconocimiento-, en hipótesis tales como la comisión de un delito por un sujeto que se cubre el rostro para evitar ser identificado, la víctima o los testigos directos fueran invidentes, se hubiera perpetrado el hecho delictivo con aprovechamiento de las escasas condiciones de visibilidad o de

iluminación, se hubiera cubierto de cualquier modo los ojos de los testigos o hubiera empleado medios de comunicación verbal. Eso sí, siempre teniendo en cuenta que el nivel de aciertos en los reconocimientos de voz es menor que en la identificación a través de rasgos físicos, de ahí la prudencia tanto en la solicitud y admisión como en su valoración.

La jurisprudencia ya había dejado sentado su consideración de prueba supletoria del reconocimiento físico, atribuyéndole naturaleza de objeto de prueba más que de fuente de prueba en sí mismo, por carecer de autonomía y ser dependiente de otros medios de prueba³⁰⁷, sin que deba, dada la falibilidad humana en este tipo de prácticas, concederse valor absoluto y determinante en la identificación del culpable.

Habiendo señalado el carácter excepcional de la prueba, la naturaleza complementaria o supletoria (siempre será preferible la rueda de reconocimiento corporal) y las precauciones que deben tomarse a la hora de valorarla, no podemos obviar que se ha practicado en algunas ocasiones, es más, se contempla en el presente estudio precisamente por la posibilidad real de que se lleve a cabo.

De hecho, la SAP de Vizcaya de 6 de noviembre de 1985³⁰⁸, tomando como punto de partida las indicaciones que la LECrim efectúa para la realización de la rueda de reconocimiento ordinaria, fija los que entiende son las reglas mínimas a observar para que la realización de la prueba tenga virtualidad:

1. La voz humana que haya de ser reconocida deberá compararse o contrastarse con otras voces humanas que presenten características semejantes, excluyéndose las voces que por razón de edad, sexo, enfermedad o especial singularidad sonora no guarden relación de semejanza con la voz que haya de ser reconocida.
2. La audición de las referidas voces por el sujeto reconociente se hará sin ver los rasgos físicos de las personas que las emiten; y ello para evitar que el sentido de la vista perturbe el protagonismo que debe tener en este momento el sentido del oído. En cualquier caso, señala la sentencia, será posible efectuar un reconocimiento conjunto (auditivo y corporal), con el fin de que el sujeto pueda reproducir de la manera más fidedigna posible los datos que le llevaron al sujeto que debe reconocerlo configurar una imagen global del sujeto a reconocer.

³⁰⁷ SSTs de 17 de abril de 1989 y 2566/1992, de 18 de noviembre.

³⁰⁸ Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Alberto Belloch Julbé. Sobre esta sentencia puede verse Antonio M.^a LORCA NAVARRETE, "La diligencia de reconocimiento de voz", *La Ley* 1987-2, págs. 1159-1162.

3. Serán de aplicación directa el resto de previsiones específicas determinadas por la LECrim para la práctica del reconocimiento en rueda, con la lógica adaptación que esta particular modalidad probatoria requiera.

Ya sabemos que la “rueda de voces” e incluso el mero reconocimiento de la voz por parte del testigo puede realizarse de manera anticipada en los supuestos generales previstos para la práctica de la prueba testifical anticipada. A este fin, la solicitud en los respectivos escritos habrá de hacerse con respeto de los criterios explicados en relación a aquélla, incidiendo -como en todo caso de prueba anticipada- en la necesidad de que concurren razones de urgencia. Ahora bien, no encontramos inconveniente en que, durante la práctica anticipada de la prueba testifical o de la prueba de reconocimiento, cualquiera de las partes solicite o el propio tribunal adopte la práctica de una rueda de voces entre los acusados para que, por ejemplo, los testigos concreten quién de ellos pronunció determinadas palabras (tal y como sucedió en la STS de 27 de septiembre de 2000). La posibilidad puede no resultar baladí cuando a través del reconocimiento de voces se puede determinar cuál de los acusados presentes fue el autor de determinado acto relevante dentro de los hechos atribuidos. Así, en la mentada resolución, el tribunal motivó suficientemente que el autor material del disparo no fue el menor que se atribuía la autoría, pues de la prueba directa del reconocimiento de voces se dedujo que no pronunció él las frases que sí emitió el autor material del atraco.

D. Reconocimiento de cosas

Una vez que se tiene conocimiento del delito, el juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el hecho a investigar y se hallen en el lugar en que el delito se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, conforme al art. 334 LECrim. Cabe que la identificación de cualquiera de esos efectos se entienda necesaria para el hallazgo de la verdad, practicándose de modo ordinario en el acto de la vista. No obstante, el reconocimiento de cosas puede igualmente llevarse a cabo de manera previa a las sesiones del juicio oral por causas análogas a las que permiten la práctica pericial anticipada.

Igualmente, cuando sea necesario identificar el cuerpo del delito u otras cosas relacionadas con el, la regla general será su desarrollo en el seno del juicio, salvo que,

por concurrir un riesgo objetivo, grave e inminente de pérdida del objeto o de modificación de sus características, se haga necesario adelantar el momento del acto probatorio. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de hurto, robo o estafa en que deba acreditarse la preexistencia de lo hurtado, robado o estafado o de que el agraviado se encontraba en posesión de las mismas en el momento del hurto, robo o estafa (art. 364 LECrim), o en que deba acreditarse que se tuvo conocimiento de que el acusado lo tuvo en su poder.

Al igual que sucede en el reconocimiento de personas, para que sea identificado fielmente deben ofrecerse varias posibilidades a elegir, es decir, varios objetos de características similares³⁰⁹. El reconocimiento se hará preguntándole por el juzgador si ha visto antes el objeto, si lo identificó previamente, si coincidía con la identificación inicial y si lo conoció directamente o por referencia. Aquél que reconozca, al igual que sucede con el resto de reconocimientos, debe precisar en lo posible el grado de seguridad con el que lleva a efecto la identificación.

El reconocimiento de cosas puede entenderse más allá de un sentido estático, de la identificación del elemento en sí; en ocasiones, puede pretenderse que el examen abarque también el aspecto mecánico, dinámico, relativo al funcionamiento del objeto, con el fin de que el testigo certifique si, por ejemplo, en los supuestos de delitos contra los derechos de los trabajadores, la máquina que ocasionó la lesión al trabajador funcionaba en el momento del siniestro de la misma manera que en el instante del reconocimiento.

E. Otros reconocimientos

No se precisa por la LECrim pero, en ocasiones, podría resultar aconsejable o útil acudir a otro tipo de reconocimientos, como pudiera ser la evocación de sonidos, olores o de todo aquello que pueda ser captado por los sentidos. El carácter anticipado de esta prueba de reconocimiento quedaría justificado por la condición transitoria o mutable de aquello que se pretenda reconocer, o bien porque el propio reconociente se halle en una situación de las que motivaría el adelantamiento de la prueba. Generalmente, se tiende a considerar como reconocimiento el practicado a través del sentido de la vista,

³⁰⁹ El art. 215.2 CPP italiano exige, al menos, ofrecer para el reconocimiento al menos dos objetos de análogas características.

cuando se puede emplear el oído cuando se trate de identificar un sonido o el gusto cuando el objeto sea un determinado sabor.

Para comprender esta modalidad de reconocimiento, pensemos en un delito contra la vida o integridad física que se produjera en un entorno caracterizado por el sonido que algún tipo de animal emita en esa época del año, y que se prevea que no podrá reconocerse en el momento del juicio oral por cualquier circunstancia. La identificación a través del gusto puede resultar asimismo difícil de imaginar. Sin embargo, en ciertos delitos contra la salud pública puede resultar útil, por ejemplo, que los perjudicados reconozcan el sabor de determinado producto alimentario contaminado que se puso a la venta.

Este tipo de reconocimiento no debe ser confundido con la inspección ocular. Mientras que en ésta es el juez quien toma conocimiento directo sobre la cosa a inspeccionar, comprobando la certeza de lo manifestado por las partes o los testigos, en el reconocimiento es la propia parte la que debe, a través del empleo de la memoria, afirmar si lo reconocido tiene cabida dentro del relato de hechos que se vienen juzgando.

Nada habría que objetar al hecho de que en el seno de la declaración de un testigo prestada de forma anticipada por haberse justificado suficientemente la situación de urgencia, las partes solicitaran o acordara el propio tribunal que se les sometiera a un acto de reconocimiento a través de la percepción sensorial o de la identificación de objetos, siempre y cuando se respeten las mismas garantías observadas en cuanto a la propia testifical en sí (como mínimo, que se efectuó ante el juzgador, con participación o posibilidad de participación de las partes). Para ello, se exigirá, además, que el adelanto del medio de prueba complementario se estime por el juzgador necesario para el esclarecimiento y apreciación de los hechos.

Por aplicación supletoria de la LEC en materia de reconocimiento judicial, el proponente de la presente prueba de reconocimiento deberá delimitar el contenido de la identificación, marcando los límites de la diligencia probatoria con el fin de evitar la excesiva flexibilidad en su práctica. Pero nada impediría al juez conceder mayor amplitud al examen cuando lo considere necesario para acreditar determinados extremos o apreciar con mayor conocimiento la información ofrecida por el reconociente.

Se ha discutido por la doctrina la eficacia real de este tipo de identificaciones. Y ello porque, durante la fase de instrucción, los reconocimientos acordados y practicados se emplearán para dirigir la investigación, pero carecen por sí mismos de valor probatorio. Y, los practicados una vez abierta la fase del juicio oral, no tienen lugar en el momento más adecuado para que se produzca la espontaneidad precisa para obtener toda la información que el acto en sí ofrecería. El paso del tiempo afecta de modo particularmente negativo a este tipo de actos de prueba: en la memoria de aquél que ha de reconocer, en el sujeto a identificar, los olores o sabores a percibir... Resulta muy complejo que se reproduzca con exactitud el mismo escenario en que tuvo lugar el acto que se enjuicia. En cualquier caso, velándose por la búsqueda de la verdad en el proceso penal, deben emplearse todos los medios de que se dispongan para contribuir a ello.

A nuestro juicio, pese a las dudas suscitadas doctrinalmente en cuanto al valor real de la prueba, no puede inadmitirse su práctica cuando guarde relación con el objeto del proceso y, por ende, debe también aceptarse con carácter previo cuando quien haya de reconocer se encuentre en peligro inminente de muerte, sufra alguna enfermedad grave que disminuya considerablemente sus posibilidades de reconocimiento en el futuro o se prevea que pueda ser objeto de amenazas, actos de violencia o soborno con el fin de que no reconozca a un sujeto, objeto, situaciones, lugar, sonido, olor o sabor. Asimismo, la razón de urgencia puede estar motivada por las posibles modificaciones que pueda sufrir el objeto a reconocer por causas naturales o por la obra del hombre, de forma que el reconocimiento futuro devenga inútil o imposible.

Hemos visto cómo podemos aplicar sin dificultades a la diligencia probatoria de reconocimiento las mismas causas que justificarían la excepción en los casos de la prueba testifical o pericial. Pero, junto a estos motivos, podríamos añadir uno respecto del que, si bien no ha sido adoptado legal ni doctrinalmente³¹⁰, no encontramos inconveniente para que sea tomado en consideración como razón de urgencia. Se trata del efecto del tiempo en el recuerdo. En los actos de reconocimiento se trata de traer a la memoria presente detalles observados en el pasado que, de forma consciente o inconsciente, pasan al olvido con dificultad. El recuerdo de los números, de una textura,

³¹⁰ Si ha sido objeto de consideración por la doctrina italiana. SAU, Silvio, *L'incidente (...)*, op. cit, pág.176, con citas de CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 719, y FERRUA, "La revisione del código 1988: correzioni e integrazione nel quadro della legge delega", en *Studi sul processo penale*, Vol. II, pág. 148.

de colores, nombres, distancias, alturas, olores, imperfecciones físicas, lunares, cicatrices... es débil en la memoria de cualquier persona, máxime si cuenta ya con determinada edad o no hace grandes esfuerzos memorísticos en su vida diaria. Así considerado, el reconocimiento encerraría en sí mismo razones de urgencia que motivaría que su práctica se produjera siempre antes de las sesiones del juicio oral; sería un acto probatorio urgente por su propia naturaleza. Si aplicáramos tal teoría, la sede natural de su realización sería siempre una vez abierta la fase del juicio oral, en la fecha más pronta posible, es decir, la consideraríamos siempre una prueba anticipada, siguiendo la misma idea que ya expusimos en torno a la necesidad de considerar como razón de urgencia el hecho de que uno de los testigos principales hubiera alcanzado determinada edad.

5. Contradicción de la manifestación del testigo con lo declarado anteriormente

En la práctica, son frecuentes las ocasiones en las que el testigo emite en la fase del juicio oral (bien como prueba anticipada o como prueba ordinaria) un testimonio que puede no ser coincidente o resultar manifiestamente contradictorio con aquello que expuso durante la fase de investigación. Si tal circunstancia fuera advertida por las partes o por el propio tribunal, podrá hacerse uso de la previsión del art. 714 LECrim, en virtud del que, cuando el testigo declare en el juicio oral y se aprecie en su declaración contradicciones sustanciales con lo dicho durante la instrucción, podrá pedirse la lectura de la declaración sumarial para contrastar. Después de leerse, el Presidente invitará al testigo a que justifique de la manera que entienda conveniente tales divergencias. Esta falta de coincidencia no tiene por qué resultar necesariamente voluntaria, puede responder a fallos en la memoria o referirse a detalles sin mayor trascendencia en el conjunto de la declaración. En cualquier caso, el juez o tribunal dará al declarante la oportunidad de exponer el por qué de la diferencia en sus manifestaciones. Sin embargo, la reacción que muestre el testigo al ser requerido de explicación en determinados extremos puede conferir al juzgador información de interés que otorgue mayor o menor credibilidad a su testimonio; esta información debe ser examinada en conciencia por el juzgador, quien dictará finalmente sentencia de conformidad con la valoración que confiera a las pruebas practicadas durante el juicio.

Es frecuente y, en cierta medida comprensible, que el testigo incurra en pequeñas contradicciones cuando ofrece su versión en juicio, por lo se admite que tales

incongruencias aumenten en los casos en los que el testigo declara de forma anticipada por razones de enfermedad grave, peligro inminente de muerte o incluso coacciones o amenazas que le impidan recordar con absoluta nitidez aquello sobre lo que se le pregunta. Esta circunstancia habrá de ser valorada igualmente por el juzgador en el momento de conferirle mayor o menor credibilidad y de valorar las dudas, titubeos o inseguridades que puedan advertirse durante su intervención.

La concesión del art. 714 LECrim no deja de suscitar dudas. Contempla el precepto que serán las partes las que sitúen ante los ojos del tribunal las contradicciones existentes e insten la lectura de lo declarado en fase sumarial, ¿podrá el órgano de enjuiciamiento que aprecie de oficio contradicciones hacer ver dicha inexactitud y someter a interrogatorio sobre ello? La ley reserva la posibilidad de lectura de las declaraciones anteriores a las partes, pero, para un sector doctrinal esto no lo convierte en un privilegio exclusivo de ellas, pues, conforme al art. 729.2, el juez puede apreciar contradicciones y, por tanto, preguntar al testigo respecto de las mismas³¹¹.

Si el juez o tribunal denegara la solicitud de lectura de las declaraciones sumariales, contra la resolución podrá interponerse en su día recurso de casación o de apelación, si procede, por quebrantamiento de forma. Sin embargo, tal y como adelanta la doctrina, la interposición del eventual recurso no quedará exenta de problemas; la protesta y posterior recurso se efectuará contra la denegación de la lectura, pero tal denegación puede quedar basada en la falta de apreciación de contradicciones entre una y otra declaración. Y siendo que dicha apreciación corresponde únicamente a los juzgadores, la parte recurrente deberá hacer ver al órgano *ad quem* que las contradicciones fueron tan relevantes como para haber acordado la lectura de las declaraciones previas.

Cuando el testimonio tiene lugar habiendo transcurrido varios años desde la primera declaración son esperables ciertas incongruencias, por lo que las partes y el propio tribunal deberán comprobar que no recaigan sobre datos esenciales. En las testificales anticipadas, por el contrario, esta distensión temporal no existe, precisamente por el impulso otorgado por las partes para que su práctica se produzca de forma precipitada con el propósito de evitar la pérdida de información que el deponente puede tener. Sin embargo, apuntábamos, las propias circunstancias que motivaron el adelanto son las que

³¹¹ AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios (...)*, op.cit., págs. 436 y 437.

puede provocar que se incurra en ciertas incoherencias. De esta manera, un sujeto que adolezca de una grave enfermedad física o mental puede ofrecer información relevante para el asunto, pero no debe ser sometida a un esfuerzo sobrehumano para prestar declaración ni presionarse para comprobar si incurre o no en contradicciones. En según qué casos, se trata de comprobar que las declaraciones coinciden en lo fundamental, sin perderse en detalles accesorios con el fin de desacreditar la información que pueda ofrecer. Lo mismo puede ocurrir en los casos en que esté sometido a presión psicológica por las coacciones o amenazas que pueda haber sufrido. Aquí, más que nunca, el interrogatorio debe limitarse a datos esenciales y con repercusión en la causa. Una pequeña variación de las versiones no debe convertirse -en este contexto, con más razón- en una contradicción. Además, hemos de tomar siempre en cuenta que el testigo no tiene por qué ser alguien acostumbrado al mundo de los tribunales, que puede verse intimidado por el escenario donde se encuentra y la trascendencia de su participación en la causa, lo que puede restar espontaneidad en su relato.

De esta manera, de apreciarse algún tipo de discordancia entre las declaraciones, la parte puede decidir no solicitar lectura de alguna de las anteriores y hacer valer los puntos discordantes en fase de informe o pedir su lectura ante el órgano judicial. En este último caso, si el tribunal accediera a la solicitud de la parte, el testigo será invitado a ofrecer alguna explicación sobre tal punto, que será posteriormente valorada por el juzgador.

Aunque el sujeto objeto de una prueba anticipada declara antes de lo que lo hace el testigo que lo hace en la vista, es obvio que como consecuencia del tiempo transcurrido entre la presencia o conocimiento del hecho sobre el que versará su testimonio y el instante mismo de la declaración, habitualmente pueden surgir olvidos o confundirse lo que realmente se conoce con lo que se ha oído o leído sobre ello. Es por esto por lo que, dada la posible confusión de recuerdos, en ocasiones se opta por entender que la primera declaración, la sucedida durante la instrucción, es la más fiel a la realidad. Sin embargo, no se puede aceptar tal solución en términos absolutos, porque en la declaración inicial suele declararse de forma más libre y con menos limitaciones de tiempo, mientras que en la fase del juicio oral, el hecho de ser sometido a un interrogatorio cruzado acota considerablemente la extensión de las respuestas ofrecidas.

Ahora bien, no puede conferirse mayor valor a lo declarado durante la instrucción pues,

a salvo los casos de prueba preconstituida, no se otorgó con las garantías propias del juicio oral. No podemos perder de vista que cuando un sujeto se ve sometido a un interrogatorio cruzado y preciso es posible que pierda el hilo conductor de los sucesos vividos, siendo más fácil incurrir en contradicciones. Si esto puede suceder fácilmente en un interrogatorio ordinario, resulta sencillo imaginar que tendrá lugar con mayor probabilidad durante la declaración de un sujeto cuyo estado de salud delicado supuso la anticipación de su declaración, debiendo por tanto tener mayor sensibilidad a la hora de efectuar el interrogatorio.

Como regla general, cuando el testigo declara durante el juicio oral lo hace para ratificar lo dicho previamente durante la fase de instrucción ante el Juez de Instrucción y ante la policía. La declaración en el seno del juicio oral se hace indispensable en virtud de la regla general de que sólo tendrá carácter de prueba los actos que se desarrollen durante el juicio, a excepción de la prueba anticipada. Incluso en el caso de la mal llamada “prueba preconstituida”, será indispensable su introducción en el juicio oral. Pues bien, si esto sucede en la teoría, la práctica pone de relieve en no pocas ocasiones que los testigos se retractan durante el juicio de todo lo dicho anteriormente durante la sustanciación de la causa. Bien por no hacerse constar de forma fidedigna sus anteriores declaraciones bien por no recordarlo suficientemente o por cualquier otro motivo, se retractan, no declaran o se contradicen manifiestamente con lo sostenido. El problema, en relación con la prueba anticipada, surge cuando los recuerdos se vean mermados por la propia situación en la que se encuentre el deponente, por ejemplo, en los supuestos de riesgo inminente de muerte o grave enfermedad física o psíquica. En estos casos, en los que los recuerdos pueden ser aún más vagos, puede resultar arriesgado otorgar plena validez como carga probatoria a lo declarado como prueba anticipada por encima de lo manifestado como diligencia instructora, en que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones. Si llegado el momento de la declaración como auténtica prueba el testigo se contradice con lo dicho en fase investigadora o manifiesta abiertamente no recordar nada, ¿resulta más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva otorgar validez a la declaración inicial o, por el contrario, debemos ajustarnos siempre a lo vertido en el momento de la diligencia probatoria conforme a la regla general? La respuesta no es sencilla, lo que se pone de manifiesto en la existencia de las siguientes dos vertientes doctrinales claramente diferenciadas.

Los defensores de la valoración de la declaración sumarial en estos supuestos alegan que debe entenderse aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 46.5 LOTJ, conforme al que las declaraciones realizadas durante la fase de investigación no tendrán valor de prueba respecto de lo que con ella se afirme, a excepción de lo que resulte de la práctica de la prueba anticipada, de manera que el testimonio prestado durante la investigación podrá considerarse para valorar la credibilidad del testigo que no se reitera en sus manifestaciones. Doctrinarios como VEGAS TORRES mantienen que la idea del legislador de 1882 al permitir la lectura en juicio de las declaraciones prestadas por un testigo durante la fase sumarial cuando se apreciaban discordancias con lo declarado durante la vista, era inducir al testigo a explicar aquellas discrepancias, sin que la propia declaración sumarial actúe como material probatorio ³¹² .

En la postura contraria encontramos a los que se inclinan por conferirle validez en los casos antes expuestos a la declaración vertida durante la fase de instrucción, por entender que lo contrario sería desvirtuar el propio proceso penal.

El TS llegó a pronunciarse en la STS 5/9/1990 en el siguiente sentido: “el Derecho penal dejaría de ser en su aspecto procesal un instrumento de realización de la justicia en búsqueda de la verdad, para transformarse en un puro y elemental formalismo incapaz de realizar la trascendental tarea que ha de llevar a cabo en defensa de la justicia”.

Resulta complicada, ciertamente, la evaluación de la credibilidad cuando el testigo - especialmente dadas las circunstancias extraordinarias de su declaración- no recuerde datos fundamentales relativos a los hechos enjuiciados, efectúe una narración “fantástica” o se contradiga en elementos que hagan dudar fundadamente de su veracidad. En estos casos, la estricta aplicación de validez de la prueba practicada durante la fase del juicio oral ante el órgano enjuiciador pondría en jaque los derechos de la víctima a obtener la debida protección por parte de la Administración de Justicia y, por ende, del Estado, y se podría entender aconsejable acudir a la declaración emitida en fase investigatoria.

A nuestro juicio, ante el panorama expuesto en que las especiales circunstancias de los testigos pudieran incidir directamente en el contenido de sus declaraciones, debemos apelar a la idea de que el juez sentenciador, para afrontar la labor intelectual que efectúa

³¹² VEGA TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia (...)*, op. cit., pág. 252.

a la hora de dictar sentencia, deberá valorar todos los datos que tiene a su disposición en el momento de dictar sentencia, estando obligado a efectuar una evaluación conjunta de la prueba en que tendría lógica cabida las manifestaciones efectuadas ante la policía y ante el juez instructor, pero sin que estas solas, por sí mismas, fueran susceptibles de desvirtuar la presunción de inocencia.

Cabe la posibilidad, asimismo, de que el testigo se retracte de sus declaraciones durante la prueba anticipada, en cuyo caso, deberá el juzgador efectuar una valoración conjunta de todo lo actuado para sacar sus conclusiones. La jurisprudencia ha venido admitiendo con carácter restrictivo la posibilidad de que el juez de instancia otorgue mayor credibilidad a una u otra declaración, siempre que concurren ciertos requisitos mínimos, acogidos por un amplio sector doctrinal. Dichos requisitos son:

- a) Disconformidad entre la declaración sumarial con la emitida, en este caso, como prueba anticipada, bien por incurrir en evidentes contradicciones bien por no recordar todo o parte de su declaración.
- b) Que las declaraciones que vayan a constituir prueba de cargo se haya prestado bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad.
- c) Para que se pueda valorar la declaración sumarial debe haberse emitido en presencia del juez instructor, y que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial³¹³.
- d) Que la declaración sumarial haya tenido acceso al plenario para que las partes pudieran interrogar sobre el mismo. En el caso de la prueba anticipada, que se traiga a colación en presencia de las partes y del declarante para exponerla a contradicción.

6. La declaración de los coacusados

A. Consideraciones generales

La presunción de inocencia que la Constitución Española consagra en el art. 24 únicamente podrá ser destruida cuando se practiquen pruebas de cargo en el acto del juicio oral, o una vez abierta la fase del juicio oral pero con carácter previo a la celebración de sus sesiones, siempre que se cumplan los requisitos de la prueba

³¹³ STC 23 de febrero de 1995.

anticipada. Conforme a tal consideración, el TS ha venido admitiendo que la declaración de los coimputados podrá adquirir tal naturaleza, pues se basan en un conocimiento “extraprocesal” de los hechos objeto de acusación, siendo competencia del tribunal sentenciador otorgarle mayor o menor validez a dicha prueba³¹⁴.

Ya que afirmaba la conocida STS de 10 de junio de 1998 que “el propio Legislador parece dar por supuesto el valor probatorio de tales declaraciones al establecer en los artículos 376 y 479 CP 1995, circunstancias privilegiadas de atenuación de la responsabilidad criminal aplicables a los llamados ‘arrepentidos’- que están acusados en un procedimiento por delito de tráfico de drogas o de terrorismo- si coadyuvan eficazmente a la obtención de ‘pruebas decisivas’ para la identificación o captura de otros responsables”.

Ciertamente, resulta criticable, dejándose constancia de la queja en idéntico sentido en nuestra jurisprudencia, el vacío legal en torno a tal figura y a su trascendencia como elemento de prueba, como elemento de juicio del juzgador para formar su convencimiento sobre los puntos controvertidos. Toda la orientación con que cuenta el juez en esta materia previene del análisis doctrinal y jurisprudencial de la misma. Es por ello por lo que el Alto Tribunal, siguiendo al Derecho italiano, verdaderamente avanzado en cuestiones como las que nos ocupa, sentó las bases de su repercusión en el proceso penal, con consideraciones como la idea de que no pueden constituir prueba exclusiva así como de la necesidad de su valoración conjunta con otras pruebas. El cuerpo de doctrina que conformó el TS quedó reflejado en las SSTS de 29 de octubre de 1990, 28 de mayo de 1991, 4 de diciembre de 1991, 15 de abril de 1991, 6 de julio de 1991 y 17 de noviembre de 1992. En ellas, como decíamos, siguiendo la senda marcada por el Derecho italiano, estableció como notas básicas para su estimación como prueba de cargo:

“a) la subjetiva derivada de los brocardos *nemo tenetur se detegere* y *non edere contra se*; eliminando la eficacia probatoria si en la causa obra objetivada una finalidad de propia exculpación

b) la también subjetiva y necesariamente objetiva de que exista entre inculpadó e inculpante una relación de enemistad o resentimiento o cualquier otra finalidad espuria”³¹⁵.

En realidad, la naturaleza jurídica propia de la intervención del coacusado con respecto

³¹⁴ SSTS de 1 de diciembre de 1999.

³¹⁵ STS de 20 de mayo de 1994.

de los demás acusados es la de un testigo que posee un conocimiento extraprocesal de los hechos.

La dificultad de este tipo de pruebas estriba en el hecho de que el acusado, amparado por el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, no está obligado a decir la verdad, sin que su falso testimonio pueda tener repercusión alguna.

Las SSTS de 14 de julio de 2005 y 10 de junio de 2008 ya señalaban que “es cierto que el coacusado no está obligado a decir la verdad, aunque no es menos cierto que ello no supone que puede acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces serían constitutivas de acusación y denuncia falsa”.

Por ello, la jurisprudencia se ha inclinado por entender que si se atribuye la naturaleza testifical al acusado que declara en contra de otro acusado, no le ampararía el derecho a no declarar, pudiendo atribuírseles un delito de falso testimonio si faltara a la verdad. En la práctica, se trata de un juego entre los derechos de todos los acusados en el que hay que buscar un equilibrio que no lesione los derechos de uno frente a los de otros.

“Los Jueces Penales y los Presidentes de las Salas de Justicia deberían tener en cuenta estas consideraciones y actuar equilibradamente para que se mantenga el respeto a los derechos fundamentales de todos los intervinientes en el proceso, prestando una constante atención a los lances del interrogatorio para actuar de inmediato de defensa de garantías” (STS de 2 de febrero de 2005).

Como prueba que es (valorable por el órgano de enjuiciamiento según los criterios que expondremos a continuación), puede darse de nuevo la circunstancia de que resulte imprescindible la realización anticipada. No obstante, en esta ocasión, no serán de aplicación las mismas reglas estudiadas en relación con los testigos. En cualquier caso, será lógica su anticipación si alguno de los coimputados se encontrara en una situación de peligro inminente de muerte, enfermedad física o psíquica grave que pudiera impedir que declarara en el juicio oral o que le hiciera en condiciones óptimas. De no hacerlo así, podría darse la situación de que hasta que llegara el día de celebración del juicio oral el acusado o uno de ellos fuera perdiendo progresivamente capacidad hasta el punto de no ser factible su declaración. Así sucedió en uno de los asuntos instruidos en el Juzgado Mixto núm. 3 de Lora del Río (Sevilla), en que el día de celebración de juicio oral se fijó con el retraso habitual en la Administración de Justicia y, sospechándose la disminución de las capacidades mentales del acusado, M.B.C., para aquél entonces, se

solicitó informe al Médico Forense relativo a su facultad para declarar; al respecto, el Médico Forense informó “Según la información que se ha aportado, el interesado se encuentra en su domicilio sin poder desplazarse al juzgado derivado de la patología que presenta. Puede hablar, tiene poca capacidad para desplazarse, presenta incontinencia de esfínteres y dificultades de la memoria a corto plazo”. Ello, obviamente, llevó al fiscal a poner sobre la mesa la necesidad de que se dispusieran de los medios técnicos oportunos para que pudiera declarar en su domicilio, con la consiguiente merma de la intermediación derivada de tales situaciones.

La lentitud de la justicia española puede propiciar situaciones de este calado, que transcurra un tiempo excesivo desde que se cometieron los hechos hasta que sean juzgados. Precisamente por ello, la toma de declaración del acusado como prueba anticipada cuando se conozca una situación física o mental tan delicada puede contribuir a no perder su testimonio o a realizarse en las mejores condiciones posibles.

Por otro lado, habría que excluir la previsión admitida para los testigos de que el acusado no se encontrará en territorio español en la fecha del juicio oral, bien porque habrá de ausentarse por entonces, bien porque se encuentre precisamente en la Península de manera circunstancial. Y ello porque concurre en él la obligación de comparecer siempre que el juicio no pueda celebrarse en ausencia (es decir, cuando la pena más grave solicitada por las acusaciones supere los dos años de prisión).

En el Derecho italiano, el interrogatorio del coimputado constituye también uno de los casos tasados de incidente probatorio o acto urgente en el art. 392.1 c) CPP, conforme al que podrá pedirse al juez que se proceda con incidente probatorio (aplicable también a los actos urgentes, recordemos, figura análoga a la prueba anticipada): " Al interrogatorio de la persona sometida a la investigación, sobre los hechos relativos a la responsabilidad de otros", es decir para tomarle declaración en torno a hechos y cuestiones que afectarán a su propia responsabilidad y a la responsabilidad de otros en el procedimiento.

En la redacción originaria del código, para anticipar este tipo de pruebas se exigía que concurriera expresamente la enfermedad del coimputado, impedimento grave o peligro de coacción o soborno. Posteriormente, a través de la Ley núm. 267 de 1997, se suprime tal exigencia, presumiéndose la concurrencia del peligro siempre que se solicite la declaración

del coimputado antes del juicio³¹⁶. Pero, para evitar cualquier tipo de indefensión, se le permite a las partes consultar las declaraciones prestadas por el coimputado a lo largo del procedimiento o por el imputado en procedimiento conexo ante la Policía o el Ministerio Público (arts. 398.3 bis y 403 CPP).

El Derecho español, procesalmente más garantista- al menos en este punto- que muchos de los ordenamientos vecinos, no exime ningún supuesto de la justificación del peligro concreto para fundamentar la excepcionalidad de la prueba anticipada, por lo que tampoco se debe dispensar en el presente supuesto. En cualquier caso, aunque se le dispensara, ninguna indefensión causaría al resto de coacusados, a quienes se les ofrecería la posibilidad de contradecir lo dicho por los demás.

Encontramos en relación con el Derecho italiano una diferencia fundamental, cual es que, a nuestro juicio, no existe inconveniente alguno en que la anticipación probatoria tenga lugar en relación únicamente con la responsabilidad de uno de los acusados de forma individual, sin que sea imprescindible que su declaración verse acerca de la responsabilidad del resto de acusados en el asunto. Por contra, en el Derecho italiano, se exige la concurrencia de un elemento funcional: sólo podrá utilizarse cuando la declaración del imputado recaiga sobre hechos que afecten a otros imputados en el mismo procedimiento. Se trata de la figura de la “chiamata di correo”, la declaración del imputado sobre la responsabilidad de otros imputados en los hechos de que dieron lugar a la formación de la causa. De esta manera, cuando el art. 392 habla de hechos relativos a la responsabilidad de otros, hace referencia precisamente a eso, a la declaración de un coimputado en relación únicamente con hechos que no lo vinculan directamente a él. Eso sí, no se indica el sentido de la declaración, de manera que ésta podrá tomar tanto tintes inculpatorios como exculpatorios.

B. Formalidades

Las partes deberán proponer en sus respectivos escritos la práctica de la prueba en idéntica forma a la estudiada en relación con la propuesta de la prueba testifical. En el caso de que se solicite su práctica anticipada, deberá razonarse, además, la circunstancia de urgencia que impida o dificulte gravemente que se practique en la vista o que pueda

³¹⁶ En palabras de FLORES PRADA, con referencia a TRANCHINA (*Diritto precessuale (...)*, op. cit., pág. 153) se trata de una presunción absoluta, sin la más mínima necesidad de acreditar el peligro. FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada (...)*, op. cit., pág. 137.

provocar su suspensión.

En forma idéntica a la estudiada, corresponde ya al órgano de enjuiciamiento (al haberse dictado auto de apertura de juicio oral) decidir sobre su in/admisión.

Para ello, tendrá sin duda en cuenta lo dispuesto de forma gráfica en la STS de 24 de septiembre de 1996: “Se ha sentado con reiteración que si bien el Juez o Tribunal no debe, de forma rutinaria o sistemática, fundar una resolución de condena sic et simpliciter en la mera acusación de un coimputado, tampoco ha de desdeñarse su versión, que habrá de ser valorada a la luz de un conjunto de factores de particular y cuidadosa atención dada su potencialidad orientadora al respecto:

- a) Personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como copartícipe.
- b) Examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables- venganza, odio personal, resentimiento, soborno, mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc.- que, impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o , al menos, restarle fuertes dosis de verosimilitud o credibilidad.
- c) Que no pueda deducirse que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de propia inculpación, en hábil y eventual coartada”.

No deben tomarse, sin embargo, como criterios de aplicación obligatoria por los tribunales, sino orientativos, preservándose siempre la libertad de estos a la hora de valorar libremente las pruebas propuestas y su pertinencia. En caso contrario, supondría un retorno al sistema de prueba legal o tasada. Aun cuando concurra algún motivo espúreo, su apreciación no incumbe al Tribunal Supremo, sino al tribunal de instancia, que es quien ha tenido relación directa con la fuente de prueba (STS de 24 de octubre de 1997)³¹⁷.

En relación con la prueba analizada, no debemos dejar de lado la perspectiva constitucional de la misma. Y es que puede suceder que, celebrada debidamente la declaración inculpatoria del coacusado de forma anticipada por existir causa excepcional que lo avalara, se compruebe, una vez realizado el conjunto de pruebas del

³¹⁷ La STS de 21 de febrero de 2002 llega a decir que “la declaración de un coimputado es válida, si hubo corroboración, aunque pudiera existir ánimo de obtener una atenuante, lo que será un dato más a valorar por la Sala juzgadora”.

juicio oral, que constituye la única prueba de cargo del proceso.

Las SSTC 233/2002, de 9 de diciembre y 190/2003, de 27 de octubre, al respecto, indican que “a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Estas ideas han de ser puestas en relación con la imposibilidad de este Tribunal Constitucional de revisar la valoración de los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, lo que constituye una función exclusiva de los órganos jurisdiccionales, en atención a lo dispuesto en el art. 117. 3 de la CE (...). Por tanto, el Tribunal Constitucional, ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia, en los supuestos en que las declaraciones inculpativas de coimputados aparecen como la única prueba en que se fundamente la condena, sólo le compete verificar su aptitud para ser prueba de cargo, lo que se producirá cuando existan hechos, datos o circunstancias externas que avalen mínimamente su contenido”.

El TS sostiene la misma tesis de que la prueba de confesión, por sí sola, resultará insuficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Entre otras, en las SSTS de 9 de julio de 1998, de 12 de diciembre de 2000, de 30 de noviembre de 2004, 31 de mayo de 2006, 1 de marzo de 2011, 10 de marzo de 2011 y 6 de mayo de 2011. Esta idea contrasta-no obstante- con el hecho de que legal y jurisprudencialmente se admita la condena firme del acusado a través de la conformidad prestada por éste tanto con los hechos como con la pena, sin que realmente llegue a practicarse una prueba.

En todo caso, como vemos, corresponderá al juez valorar la virtualidad de su declaración una vez prestada. Ningún impedimento vemos, además, en que se lleve a cabo de forma anticipada no sólo la declaración de uno/s de los acusado/s, sino también el careo anticipado entre varios acusados, cuando al menos uno de ellos se encuentre en los supuestos de excepcionalidad examinados. Y ello con independencia de que la prueba se traduzca finalmente en un cruce de acusaciones del que ningún dato concluyente pueda extraerse.

7. Valoración del testimonio en la prueba anticipada

A lo largo de la historia, la declaración de los testigos ha sido considerada un medio de prueba fundamental a la hora de conocer la verdad de lo sucedido y de fundamentar la sentencia, lo que ha motivado que se convierta en objeto de estudio por parte de disciplinas diversas. Y es que para valorar debidamente el testimonio vertido en juicio no basta con atender a lo que las normas jurídicas pueden establecer de una manera más o menos general, sino que es necesario ahondar en cuestiones más profundas que rozan aspectos psicológicos tanto del testigo como de quien percibe su declaración, íntimamente relacionadas con los aspectos jurídicos que la prueba testifical puede ofrecer.

En el Derecho penal es frecuente que la prueba testifical sea la única prueba con la que se cuenta para fundamentar la sentencia, de ahí su importancia y, de ahí, que tradicionalmente, las partes se hayan valido de esta prueba como la más fácil de practicar y la que más información puede ofrecer sobre el objeto del proceso. Pero, precisamente debido a que en infinidad de ocasiones es el único acto probatorio disponible son numerosos los casos de errores judiciales motivados por una incorrecta apreciación de la prueba o por una declaración falsa.

Hay que tomar en consideración que los jueces tienen en la interpretación del testimonio una tarea difícil, pues no son expertos en psiquiatría, psicología ni psiquiatría forense. Ello hace que, en ocasiones, no sepan interrogar o dirigir el interrogatorio o no alcancen a valorar debidamente la declaración prestada por el deponente, que deberá efectuarse de acuerdo al clima en que se produce junto a todas las circunstancias que rodean la declaración.

Precisamente, cuando se toma declaración a un testigo de forma anticipada deberá considerar el juez, entre otras cosas, las condiciones en las que aquél se encontraba cuando declaró, la capacidad real para recordar situaciones, la confusión que pudiera tener dado el estado físico o mental en que se hallare, el propio clima en que se desarrolla la prueba... Es decir, al esfuerzo que el juzgador debe efectuar para extraer la máxima información posible de la declaración deberá aplicársele un filtro que le permita dirimir qué datos de los extraídos resultan válidos y en qué grado para motivar la condena o la absolución. Para algunos autores, en caso de que la prueba testifical

arrojara sospechas o conjeturas sobre la culpabilidad del acusado, deberá negársele valor probatorio a la actividad.

En la línea seguida, cuando se le toma declaración testifical a un sujeto en peligro inminente de muerte o sometido a un deterioro mental o físico progresivo, deberá el juzgador atender a su estado tanto a la hora de practicar la prueba como de valorar el resultado de la misma. Las condiciones físicas, mentales y la personalidad del sujeto interrogado serán fundamentales a la hora de dirigir las preguntas por las partes (y de admitirlas por el tribunal) como de apreciar el resultado de la prueba.

En los casos en los que el testigo padeciera una perturbación psíquica, deberá conocer el tribunal el grado de la misma para tener las herramientas suficientes para sopesar las respuestas ofrecidas; y ello, de buena lógica, siempre que hablemos de una perturbación que no supusiera incapacidad mental absoluta, en cuyo carecería incluso de sentido la petición y adopción de la prueba. Por tanto, en las hipótesis de perturbación psíquica del testigo el juez deberá efectuar una suerte de doble valoración: la ordinaria frente a las manifestaciones vertidas por el testigo y una extraordinaria de credibilidad de su testimonio derivada de las condiciones del declarante.

Idéntico problema se nos plantea cuando la anticipación se basara en la ancianidad del testigo o en los daños mentales que un acontecimiento traumático pudiera ocasionar en él, en que el juez deberá atender al doble juicio señalado para conferir veracidad a los datos ofrecidos.

Es por ello por lo que cuando el juez tenga dudas razonables sobre la credibilidad de un testigo por desconocer el efecto que la circunstancia que motivó su adelantamiento pudiera tener en la autenticidad de su versión, resulta más que aconsejable acudir al parecer de expertos que señalen el estado psíquico y mental del sujeto³¹⁸. Resulta indispensable, por ende, que el estado mental del declarante sea valorado oportunamente y examinado con mayor rigor. Apuntaba FRAMARINO, no hay percepción sin el concurso de la inteligencia.

El hecho de que una persona declare en situación de peligro inminente de muerte por el hecho de su edad avanzada o su deplorable estado de salud no tiene necesariamente que

³¹⁸ FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Bogotá, 1982.

mermar su capacidad de raciocinio o de memoria, pero puede afectar a la importancia que le confiere a ciertos datos de su relato, a la propia percepción de los mismos o a la importancia de los detalles. Por ello, mediando informe pericial o no, en todo caso, el juez deberá atender a su estado y tomarlo en consideración a la hora de apreciar la veracidad de su narración.

La fragilidad de la memoria puede ocasionar lagunas y confusiones en los recuerdos; estas pérdidas pueden agudizarse en las situaciones de estrés como las que les puede suponer declarar en el seno de un proceso penal. En estas ocasiones, el art. 714 LECrim puede actuar como mecanismo para recuperar toda la información de la que dispongan, eso sí, siempre intentando extraerla empleando un cuidado extraordinario. Como indica ALTAVILLA, es más sencillo que los imputados (ahora investigados, y siendo extensible a los acusados) tengan mayores recuerdos de un episodio concreto que les atañe directamente, precisamente por las consecuencias que para su futuro pueda tener, mientras que un testigo, máxime cuando no es directamente el perjudicado, tiene un menor interés en retenerlos en su memoria³¹⁹. De esta manera, salvo que tuviera un especial aliciente o provecho en el resultado del procedimiento, el testigo objetivo e imparcial tiende, de forma involuntaria, a olvidar detalles, aun cuando pudieran tener mayor relevancia de que la que él mismo pudiera saber.

En el sentido contrario se pronuncia CATALDO NEUBURGER, para quien el testigo que presencia un hecho delictivo, máxime cuando hablamos de la víctima, guarda una implicación emocional tan alta con la situación vivida que no puede guardar una distancia suficiente con respecto del hecho presenciado como para retener la información con la objetividad necesaria³²⁰.

La psicología ha entendido la memoria como la capacidad de un organismo viviente de almacenar información y tener acceso a la misma. Pero los recuerdos almacenados en la memoria pueden distorsionarse, dando lugar a las “paramnesias” o “alteraciones cualitativas de la memoria”. VALLEJO-NÁGERA nos acerca al conocimiento de la paramnesia, señalando que se caracteriza por la existencia de falsos recuerdos. Incluye

³¹⁹ “Psicología giudiziaria”, Torino, 1929, pág. 381 (op. cit., por FERRUA, P., en *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniale*, Giuffrè, Milán, 1981, pág. 356.

³²⁰ DE CATALDO NEUBURGER, L., *Esame e controesame nel processo penale*, Cedam, Padua, 2000, pág. 36, citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Teoría/ Práctica de la Jurisdicción*” op. cit., pág. 61.

las sensaciones de no haber visto o conocido algo perfectamente conocido por el sujeto, y la contraria, la sensación de haber conocido con anterioridad algo que era realmente novedoso o de haber estado en un lugar desconocido. Asimismo, clasifica como paramnesia el olvido de un hecho conocido, por lo que el individuo cree que lo inventó, y la creencia de que un sueño o fantasía se vivió realmente. A este último proceso lo denomina “fabulación”³²¹.

De acuerdo a lo expuesto, la declaración del testigo puede verse alterada en los casos en que tenga una idea preconcebida de la culpabilidad o inocencia del acusado, siendo así que, aun de manera inconsciente, se pueden adulterar los recuerdos adaptándolas a dicha idea previa. Estas alteraciones de la memoria, observábamos, deben ser valoradas en lo posible por el juzgador, pudiendo acentuarse especialmente las “paramnesias” en quien se encuentre en un estado delicado de salud.

Podemos encontrar, asimismo, situaciones que el testimonio se puede ver afectado como consecuencia de influjos externos, tales como información de la prensa, miedo a represalias, intereses económicos, vínculos afectivos o familiares con el acusado, presiones externas..., siendo factores que deberán ser valorados por el tribunal.

El testigo deberá declarar en presencia del tribunal para ponderar sin intermediarios no sólo aquello que cuenta, sino cómo lo cuenta; la información que ofrece el debate contradictorio ante el tribunal resulta determinante para valorar las dudas, discordancias, omisiones o correcciones del testigo. La importancia de la confrontación realizada ante el juzgador es la que provoca que rechacemos la atribución de valor probatorio a lo actuado durante el sumario. Para MONTERO AROCA, si lo realizado durante la instrucción adquiriera valor de prueba, quebraría el principio de inmediación, pues el órgano de enjuiciamiento no apreciaría de manera directa su desarrollo, sino que tendría conocimiento mediato a través de las percepciones del instructor que deja plasmado por escrito³²².

En los supuestos no infrecuentes de que se aprecien contradicciones entre lo declarado durante la instrucción con lo sostenido como prueba (bien en el juicio oral o como

³²¹ VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio, *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, 1981, pág. 67-78.

³²² MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Justicia*, 1983, NÚM.2, pág. 551.

práctica anticipada), las propias contradicciones formarán parte de los elementos a valorar por el tribunal conforme al art. 741 LECrim. Una vez que el testigo depone ante el tribunal, éste dará finalmente mayor credibilidad a lo manifestado en la fase del juicio oral o por el contrario, a lo manifestado en la instrucción. Ahora bien, lo que no podrá hacerse es dar por ciertos y llevar a la sentencia los datos que se hubieran obtenido durante la instrucción sin que hayan sido sometidos a contradicción en el juicio oral³²³. Corresponderá, por tanto, finalmente, al juzgador, valorar en sentencia las contradicciones observadas, aludiendo en el caso de la declaración anticipada a si las discordancias son debidas a mermas en la memoria producidas por la delicada situación que padece o se deben a una intención de alterar el relato de los acontecimientos; labor ésta, en ocasiones, nada sencilla, en la que habrá de atender a la introducción de detalles sorprendidos, giros en la narración de los hechos, omisiones, rectificaciones continuas frente al interrogatorio...

El TC no se ha mostrado ajeno a la importancia de la valoración del testimonio, teniéndolo por consustancial a los principios de oralidad, intermediación y libre valoración de la prueba. A través de su interpretación el juzgador formará su convicción sobre la veracidad o falsedad de su declaración³²⁴.

Como observamos, son tantos los matices que ha de ponderar el juzgador, que un sector doctrinal ha abogado por introducir en los estudios jurídicos alguna asignatura relacionada con la psicología, con el fin de evitar resoluciones basadas en meras apreciaciones personales subjetivas y, en ocasiones, únicamente en impresiones, lo que no deja de causar inseguridad jurídica si atendemos al hecho de que la credibilidad de los testigos no podrá ser objeto de recurso de casación³²⁵ ni de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma cuando de la causa conozca el Tribunal del Jurado (art.846.bis.c).

El criterio que el juez se forme a través de su apreciación personalísima no podrá basarse en impresiones, sino en argumentos que puedan ser fiscalizados a través de una instancia superior, precisamente para no incurrir en la soberanía de la arbitrariedad.

³²³ SSTs de 3 de noviembre de 1992 y de 31 de octubre de 1995.

³²⁴ STC 217/1989, de 21 de diciembre.

³²⁵ SSTs de 30 de marzo de 1998 y de 25 de octubre de 1991.

La misma falta de formación en materias propias de la psicología o psiquiatría en las partes del proceso conducen, asimismo, a interrogatorios a veces poco afortunados o que no resultan debidamente valorados en su informe final. Existe, sin embargo, una confianza en que tanto las partes como el tribunal sabrán dirigir la práctica probatoria de manera que puedan identificar las declaraciones verosímiles o la información veraz dentro de una declaración. Esta posibilidad parece un tanto utópica a la vista de la escasa formación en materia de psicología tanto de los tribunales como del resto de operadores jurídicos y, por tanto, la deficitaria utilización de los mecanismos psicológicos de identificación de la mentira³²⁶.

NIEVA FENOLL, con el ánimo de sacar mayor rédito a las pruebas y de reducir sensiblemente el margen de duda que pudiera tener el enjuiciador a la hora de enfrentarse a la sentencia, propugna mayor formación de estos en materias como la psicología del testimonio o, en su defecto, la implantación en los juzgados de expertos en la materia que contribuyan a facilitar a los primeros la labor de valoración y análisis de las declaraciones.³²⁷

En psiquiatría y en psicología existen importantes estudios relativos a la valoración del testimonio de los testigos, los datos que pueden influir en su declaración, técnicas para averiguar si han sido influenciados... En los últimos tiempos, ha cobrado fuerza la teoría de que lo importante no es tanto que el testigo sea exacto en sus manifestaciones, sino que sea creíble, es decir, exacto a los ojos de quien ha de valorarlo³²⁸. Se hace necesario prevenir acerca de que el hecho de que un testigo resulte veraz no significa que la información que ofrezca se corresponda necesariamente con la realidad de los hechos que hayan ocurrido.

Para valorar la prueba testifical y detectar los posibles errores que se hayan podido verter por el declarante, el juzgador (y, en realidad, el resto de operadores jurídicos presentes en el acto de la vista) suele atender a información no verbal ofrecida por el deponente. Así, los gestos involuntarios, las reacciones inesperadas, la postura adoptada

³²⁶ BERNAL VALLS, Jesús, “Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal (sumarias consideraciones sobre su problemática actual)”, *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, 1987, núm. 5, pág. 10.

³²⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 148 y 149.

³²⁸ MIRA, José Joaquín y DIGES, Margarita, “Teorías intuitivas sobre memoria de testigos: un examen de metamemoria”, *RSS*, 1991, NÚM.6, pág. 48.

por el interviniente en la silla desde la que declara o, incluso la dirección de la mirada, son ponderadas para formarse una convicción en torno a si ofrece un relato certero o fabulado. Esta tendencia conductista- pseudociencia, en palabras de BUNGE- se acerca más al ámbito de la intuición que de lo científico. Confía el ser humano en que será capaz de interpretar las muecas o las reacciones de su interlocutor a través de una serie de signos externos que, añaden, no son comunes a la generalidad de los hombres y varían de persona a persona. De esta manera, indican, no podrían captarse las “mentiras” inconscientes.³²⁹

Es indiscutible que no existe un catálogo en psicología ni en psicología forense referente a cuáles son aquellas reacciones físicas (cambio de postura, gestos, miradas, vehemencia en el tono empleado...) y fisiológicas (sudoración excesiva, desmayos, palidez...) que se pueden producir en un individuo cuando incurre en alguna “mentira” o “media verdad” durante su exposición de los hechos. De la misma manera, el Derecho, y más aún el Derecho penal, no puede fundamentarse en intuiciones o sextos sentidos, lo que causaría una gran inseguridad jurídica. Pero las reacciones físicas y fisiológicas producidas en el declarante y apreciadas a lo largo de interrogatorio (tanto en la prueba ordinaria como en la anticipada) son de valiosa utilidad, pues, en el ejercicio de la contradicción, puede dar lugar a un debate descarnado en el seno de la vista que lleve a respuestas evasivas o rectificaciones en el discurso del testigo que pueden quedar registradas por escrito y, así, permite que se valore el resultado de la prueba más allá de la primera impresión obtenida gracias a la intermediación, tras una evaluación reposada de la misma. El buen observador podrá reconducir su interrogatorio insistiendo en asuntos sobre los que el testigo se muestre dubitativo o trate de escabullir su respuesta, logrando así datos y referencias que podrán ser reflejadas fielmente por escrito de modo objetivo y, por tanto, someterse al control externo. Eso sí, esta posibilidad no debe confundirse con una ilimitada facultad interpretativa del juzgador que le permita valorar reacciones fisiológicas o el lenguaje no verbal, pues el Derecho no puede basarse en impresiones. El juez no está capacitado para interpretar tales signos, no existen pautas indiscutibles en las reacciones humanas y no puede fundar una resolución en datos no objetivos susceptibles de ser fiscalizados.

La intermediación no conlleva que el juez pueda fundamentar su sentencia en impresiones

³²⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, op. cit., págs. 149-154.

ni en apreciaciones subjetivas, lo que supondría una enorme inseguridad en los justiciables al no conocer ni tener modo de rebatir tales impresiones y, como consecuencia, el fondo de sus resoluciones. Las resoluciones judiciales se basarán en datos objetivos apreciados a través del debate contradictorio que se practicará ante sí, permitiéndole de esto modo una conexión directa con la fuente de prueba y una participación activa en dicho debate para formar su certeza través de su percepción personal.

II. CAREOS

1. Consideraciones generales

El careo, entendido como “testimonio entre personas”³³⁰, al igual que sucede con la inspección ocular, puede practicarse durante la instrucción como diligencia de investigación (regulado en los arts. 451 a 455 LECrim) o durante el juicio oral como prueba de cargo (arts 713 y 729.1º LECrim).

El TS vino a señalar el fin de la institución, cual es poner en juego las distintas versiones que sobre un mismo punto ofrecen los testigos, los coacusados o los testigos con los coacusados.

“Por su propia naturaleza y función, el careo consiste en enfrentar a los testigos entre sí a los testigos con los imputados o a los propios coimputados cuando sus manifestaciones son contradictorias o antitéticas y con la voluntad o excitación judicial de que se pongan de acuerdo en sus contradicciones” (STS de 14 de julio de 1998).

En sí, el careo no debe ser entendido como medio de prueba autónomo válido para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, pues, por su propia naturaleza, su existencia dependerá de una prueba principal respecto del que actúa de forma accesorio, como las declaraciones de acusados o testigos. El TS lo presenta como un medio de prueba dependiente, cuyo propósito será contrastar, depurar y matizar los interrogatorios, reduciendo o eliminando en lo posible las contradicciones halladas³³¹, lo que colaborará en la búsqueda de la verdad. Estará orientado a tratar de dirimir las

³³⁰ ARAGONES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, El autor, 1976, págs. 256 y 257.

³³¹ SSTs 12 de febrero de 1986, 12 de octubre de 1992 y 3 de mayo de 2001, entre otras.

discordancias que surgieran entre ellos midiendo el grado de verosimilitud que se le otorga a cada una de las declaraciones. Precisamente por ello, se deja a discreción del juez instructor la realización de la diligencia durante la fase investigatoria y al tribunal o juez sentenciador la admisión de su práctica para su desarrollo una vez abierta la fase del juicio oral.

A este respecto, el art. 451 LECrim destaca la potestad del juez instructor de practicar careos cuando los testigos o los procesados entre sí o aquellos con estos discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que resultara interesante para la resolución del pleito.

En la fase del juicio oral, corresponderá al tribunal sentenciador acordarlo si lo estimara necesario para esclarecer cualquier punto, bien al ser propuesto por las partes, bien acordándolo de oficio.

La petición de su ejercicio competará a las partes, correspondiendo al tribunal estimar la utilidad y pertinencia del mismo para el esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de la verdad. Ha de determinarse, por tanto, si el juzgador queda vinculado por dicha solicitud o si tiene margen para su inadmisión de no entenderlo preciso. La LECrim vuelve a otorgar al juzgador libertad para admitir o rechazar la prueba propuesta siguiendo así el mismo criterio que con los demás medios probatorios propuestos. La resolución de su in/admisión adquirirá forma de auto y como sabemos, contra el auto denegatorio de la práctica de las pruebas, no cabe recurso alguno³³².

El hecho de que dicho medio de prueba pueda entenderse subsidiario o residual nos puede llevar a la conclusión de la imposibilidad de recurrir en casación la resolución denegatoria de la práctica del careo³³³. Pero, aunque pareciera lógico acoger esta idea, tal y como apunta ALEMAÑ CANO, si interpretamos teleológicamente la STC 55/1984, de 7 de mayo, podríamos colegir la posibilidad de interposición de tal recurso. Y ello porque, pese a dejarse sentado en tal resolución que efectivamente el juez tendrá la facultad de acoger o no la propuesta de las partes, indica que los tribunales ordinarios serán los que deban valorar si la prueba ya practicada es bastante para concluir la participación de los acusados en los hechos y su culpabilidad o inocencia. Igualmente,

³³² Entre otras, SSTS de 6 de junio de 2006, 29 de mayo de 2006, 31 de marzo de 2006, 9 de julio de 2004.

³³³ Y así lo entendió Leonardo PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ en AA.VV: *Derecho procesal penal*, Tecnos, 1978, pág. 245.

la STC 80/1986, de 17 de junio concedió amparo constitucional por falta de prueba de cargo que enervara la presunción de inocencia del acusado, apuntando que no se había hecho siquiera careo, entendido como último recurso en defecto de otras pruebas suficientes³³⁴.

Según lo expuesto, las partes pueden solicitar este medio probatorio bien para obtener prueba de condena en defecto de otras o para emplear todos los medios de defensa al alcance conforme al art. 24.2 CE, pudiendo interponer recurso de casación o solicitar amparo cuando la resolución por la que se deniegue su práctica carezca de motivación o ésta sea irrazonable o arbitraria.

Incluso el TEDH admitió el careo ante la existencia de versiones contradictorias, pudiendo quebrar el derecho de defensa su inadmisión (art. 6 CEDH).

En cualquier caso, no podemos perder de vista, y el art. 455 LECrim se encarga de recordarlo, que el careo será practicado de forma subsidiaria, en defecto de otro método de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los encartados. Es decir, se trata de un mecanismo de averiguación de la verdad subsidiario o residual, conservado como manifestación del principio de inmediación que ofrece al juez la posibilidad de obtener nuevos datos (subjetivos) para el descubrimiento de la verdad material.

Vemos, por tanto, que este medio probatorio puede ser sin lugar a dudas una prueba desarrollada durante el juicio oral, sin que, entendamos, exista ningún obstáculo para su práctica de forma anticipada siempre que el testigo que deba someterse al careo se encuentre en alguno de los supuestos anteriormente analizados de prueba testifical anticipada.

En el Derecho italiano, en la línea con el Derecho español, el careo puede tomarse como diligencia de investigación y como medio de prueba que, a su vez, podrá tener encaje en los incidentes probatorios o actos urgentes. Al igual que sucede en el proceso penal español, será imprescindible cuando ya durante la instrucción se aprecien contradicciones que deban ser resueltas y concurra en cualquiera de las partes que se someterán a careo (no se requiere que el juicio futuro de imposibilidad de comparecer recaiga sobre los dos) alguna de las

³³⁴ Cfr. con la STS de 27 de octubre de 1980, en la que se señala que el acordar o no el careo cuando haya sido solicitada en el acto por una de las partes es una facultad discrecional del Presidente del Tribunal, sin que la denegación deba ser entendida como auténtica denegación de prueba.

situaciones de urgencia establecidas en las letras a y b, relativas al padecimiento de cualquier enfermedad que le imposibilite para declarar o al sometimiento del declarante a coacciones, amenazas o soborno.

Más prolijo en este ámbito que nuestro ordenamiento, el art. 392 CPP contemplaba como supuestos de anticipación probatoria los casos en que “Para someter a careo a las personas que, en otro incidente probatorio o ante el Ministerio Público, hayan realizado declaraciones discordantes, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en los apartados a) y b)”. Conforme al art. 211 CPP “se admitirá exclusivamente entre personas ya examinadas e interrogadas, cuando exista desacuerdo entre ellas sobre hechos y circunstancias importantes”.

Dada la dificultad que dicha práctica puede reportar y el escaso éxito que la experiencia otorga a este tipo de pruebas, lo cierto es que en el uso forense su empleo es ciertamente muy limitado, lo que no impide que deba ofrecerse a las partes y al propio tribunal la posibilidad teórica para el supuesto de que se entienda que, en un asunto concreto, pudiera resultar útil para despejar cualquier duda relevante relativa a la causa.

Por tanto, en la práctica de los tribunales los careos son poco utilizados como medio probatorio, pese a que supone una forma extraordinaria de refuerzo a los principios de contradicción, intermediación y oralidad. Es coherente que si se prevé la práctica de manera anticipada de la declaración del testigo o la del acusado por encontrarse en una situación de riesgo con el fin de que puedan declarar en las mejores condiciones físicas y mentales posibles, se contemple por los mismos argumentos la posibilidad de adelantamiento de la práctica del careo.

2. Formalidades

Cuando el careo sea propuesto por las partes como prueba a practicar de forma anticipada una vez abierta la fase del juicio oral (en el más puro sentido de la prueba anticipada que venimos sosteniendo), la propuesta será idéntica a la planteada en relación con la testifical anticipada. Es decir, en los correspondientes escritos de conclusiones provisionales (en el procedimiento ordinario) o de acusación o defensa (en el abreviado), deberá dejarse constancia del motivo por el que se considera indispensable no sólo la realización del careo entre testigos o acusados o testigos con acusados, sino también el adelantamiento temporal. En caso de que no esté suficientemente motivada la urgencia o de que el juez no comparta la pertinencia o

utilidad de la prueba en sí, la denegará de plano. No en vano la STS de 3 de julio de 2003 afirma que será potestad del tribunal sentenciador (incluida en la genérica facultad de admitir las pruebas pertinentes, necesarias y útiles) la admisión o rechazo de la práctica del careo y, tal y como expone la STS de 30 de octubre de 2000, nadie mejor que el juez para saber qué elementos de juicio precisa en cada momento: durante la instrucción, la admitirá en función de las dudas relativas a la dirección que debe seguir durante la investigación y, en fase de enjuiciamiento, si el careo se le hace imprescindible para dirimir alguna cuestión concreta.

Idéntico planteamiento es el reflejado en la STS de 14 de febrero de 2007 al contemplar este medio probatorio como el ejercicio de una facultad que se le reconoce a los tribunales de instancia, que podrán decidir sobre su práctica según la relevancia que se le presume en cada asunto. En todo caso, la inadmisión, en forma de auto, deberá ser motivada, aún mínimamente.

Expresa el Alto Tribunal en la mentada resolución que “Respecto a la negativa a practicar los careos, la admisión o denegación del careo supone el ejercicio de una facultad que el art. 729.1 LECrim reconoce expresamente a los Tribunales de instancia, quienes, en cada caso, serán libérrimos a la hora de decidir la conveniencia de su práctica(...) por regla, el Tribunal de instancia puede hacer estas comprobaciones a través del interrogatorio directo de los acusados y testigos, razón por la cual sólo excepcionalmente será posible afirmar la necesidad de esa prueba en el juicio oral”.

Resulta tan subjetiva su necesidad que la denegación no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 CE (STC 55/1984, de 7 de mayo). Y ello, precisamente, por el aludido carácter subsidiario o excepcional de la práctica. En términos del Alto Tribunal y así lo dice expresamente la LECrim en su art. 455: No se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. En todo caso, se duda acerca de las ventajas que puede suponer, pudiendo aportar más confusión que luz (STS de 14 de enero de 1993). Idéntico planteamiento es el seguido en STS 615/2006, de 29 de mayo, en la que se afirma que con la práctica del contradictorio en el plenario se entiende cubierto cualquier beneficio que el careo pudiera aportar.

El encaramiento, en todo caso, admite varias posibilidades; como indica el art. 713 LECrim podrán tener lugar entre testigo con el procesado o entre los testigos entre sí.

De esta forma, cuando se considere que debe ponerse de relieve en el juicio oral algún tipo de contradicción entre testigos o entre alguno de estos con el ya acusado, podrá optarse por este medio probatorio, aun cuando, como decíamos, carece de entidad independiente. Y, admitiéndose como prueba practicable en el seno del juicio oral, en los mismos supuestos estudiados de previsión cierta de incomparecencia de los testigos en el acto del juicio oral (por estar en peligro inminente de muerte o sufrir alguna enfermedad grave) o de la alta posibilidad de suspensión de la vista si se pretende que el testigo comparezca en el acto del juicio (porque tenga previsto algún viaje o porque precisamente se encuentre de forma temporal en nuestro país y pretenda marcharse antes de la fecha prevista), podrá solicitarse y acordarse esta diligencia probatoria de manera anticipada. Y ello, como decimos, con independencia del resultado o de la utilidad de lo que de ello resulte.

Este acto practicado *in extremis* no garantiza la obtención de datos fiables para llegar a la verdad material. Es más, se le ha criticado precisamente que los inconvenientes de la prueba resultan ser la amplia subjetividad del observador en su resultado, pudiendo darse el indeseable resultado de que quien "sobreactúe" o simplemente declare mejor convenza al juzgador de sus pretensiones.

En el voto particular de los Magistrados Jiménez Villarejo y García Ancos a la STS de 29 de julio de 1998 -Causa especial 2530/1995, caso Marey-, así se expuso: "ser, de todas las diligencias probatorias, una de las más expuestas al riesgo de la subjetividad en su valoración, y propiciar, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor - el que teóricamente dice la verdad- el más osado, el más hábil o el que más grita".

Pese a lo expuesto, siendo una posibilidad recogida en la normativa procesal y con independencia del éxito de la propuesta e incluso de la propia práctica, no cabe duda de que es potestad de los litigantes solicitarla. Es más, a nuestro juicio, estando como está el proceso penal encaminado fundamentalmente al esclarecimiento de los hechos, el tribunal se vería casi en la obligación de aceptarla si concurren los requisitos legales para ello. Este fin es precisamente el que inspira al legislador al otorgar al tribunal la posibilidad de acordarla incluso de oficio (art. 729 LECrim)³³⁵. Eso sí, debe realizarse

³³⁵ Idea coincidente con la STS de 6 de abril de 1994: "el proceso penal está encaminado, fundamentalmente, al descubrimiento de la verdad material. A este objeto tiende (...) en la fase de juicio oral (...) el artículo 729 de la LECrim al autorizar al Tribunal para acordar careos de oficio (de los

en los casos en los que se presume su utilidad pues, como indica la STS 469/2002, de 19 de marzo, su abuso puede dar lugar a la pérdida de control del orden en plenario, por el inherente peligro que suponen los enfrentamientos directos.

3. Práctica

La práctica de este “medio de contraste”³³⁶ seguirá las pautas marcadas de modo general para su desarrollo durante la instrucción. El juez velará por su correcto desarrollo, procurando que no se les tome declaración a más de dos a la vez, y comenzará tomando a los testigos promesa o juramento de decir la verdad, recordando las penas con que el falso testimonio en causa criminal está castigado en nuestro Código Penal. Asimismo, se tratará de evitar que en los careos intervengan menores de edad, a no ser que resulte imprescindible y no resulte lesivo para los intereses de estos, previo informe pericial (art. 455.2 LECrim).

Por otro lado, la ley previene expresamente que el presidente no permitirá que los careados se insulten o amenacen, previsión que, si bien puede parecer innecesaria dada la potestad de policía del presidente durante la práctica de las pruebas, deja de serlo a la vista del resultado de la práctica forense, en que, dado lo sensible de la jurisdicción en la que nos encontramos, resulta no poco frecuente que se produzcan situaciones de esta índole.

Pese a que la LECrim no se aventura a establecer requisitos para la realización del careo, el ordenamiento italiano podría actuar de guía para establecer una serie de exigencias mínimas:

a) Que se haya apreciado a lo largo de la investigación alguna contradicción entre las personas sujetas a la prueba que lo justifique. Incluso podrá apreciarse la divergencia en la práctica de alguna declaración testifical celebrada de manera anticipada o en otro careo también anticipado.

b) Que la contradicción observada tenga relación con algún aspecto relevante. Es decir,

testigos entre sí o con los procesados o entre estos) (...) que considere necesarios para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación...”.

³³⁶ Pues, siguiendo el sendero ya marcado reiteradamente por el TS, debe entenderse más como instrumento de contraste de otras pruebas -generalmente, testimonios-, que como una prueba propiamente dicha.

que quede suficientemente justificado el encaramiento por referirse a algún aspecto importante, no accesorio o menor. Si las discordancias apreciadas se refirieran a datos meramente ornamentales o fueran mínimas, no contribuiría el debate contradictorio a conocer datos fácticos sustanciales.

Si, de ordinario, su admisión es bastante limitada, es fácil imaginar que para lograr alterar uno de los principios generales del proceso debe tenerse al menos la sospecha fundada de que los resultados que arrojen serán positivos. Caso contrario, no se admitiría la excepción probatoria por verse afectados los principios de contradicción, publicidad e inmediación.

c) Que alguno o algunos de los sometidos al careo se encuentren sujetos a cualquiera de las situaciones que justificaría su toma de declaración de manera anticipada: peligro inminente de muerte, enfermedad grave, residencia o previsión de salida al extranjero en la fecha del juicio, riesgo de amenazas, violencia, coacciones, ofrecimiento de dinero o cualquier otra recompensa³³⁷.

4. Problemas prácticos en su realización

Nos podemos encontrar ante supuestos particularmente problemáticos: cuando el acusado deba ser sometido a careo con un testigo menor de edad o el careo deba producirse entre menores de edad, en procedimiento abierto por delitos contra la libertad sexual en el que se aprecie la situación de urgencia en alguno de los partícipes de la confrontación.

En realidad, aun admitiendo la delicadeza que requiere la hipótesis planteada, la norma no hace diferenciación alguna en cuanto a la innecesariedad de acreditar la situación de urgencia por la naturaleza tanto del delito como de los declarantes, por lo que debería justificarse la razón del adelantamiento en iguales términos a los analizados.

III. PRUEBA PERICIAL

1. Consideraciones generales

Hemos dejado sentado que en el proceso penal acusatorio hemos de diferenciar entre

³³⁷ Vid. Art. 392.1.e CPP.

actos de investigación y actos de prueba, estando los primeros dirigidos a descubrir o comprobar hechos, mientras que los actos de prueba buscan lograr la convicción del tribunal sobre los hechos defendidos por cada una de las partes. Ésta es la causa por la que las pruebas deben practicarse como regla general en el juicio oral. Por tanto, la norma tendría que ser que inclusive la prueba pericial se practicara en dicha sede. De esta forma, las pruebas periciales biológicas deberían realizarse en el juicio oral, aun cuando en la fase de instrucción se hubieran efectuado actos de investigación sumariales. Ahora bien, cuando hablamos de pruebas periciales científicas que se apoyan en modernas técnicas de investigación (como el caso de la determinación del ADN) se admite la preconstitución probatoria y la ratificación del perito en la fase del juicio oral³³⁸.

Como veremos, la prueba de peritos constituye uno de los supuestos más típicos y claros de la práctica de la prueba en un momento anterior al que le correspondería o sería propio hacerlo. La Ley no contempla expresamente la posibilidad de la práctica anticipada de la prueba pericial, pero su inclusión, entendemos, no da lugar a dudas cuando bien por la naturaleza del objeto de la pericia bien por las circunstancias del especialista, no pueda realizarse en el acto del juicio. En el primero de los casos, puede que el objeto sobre el que verse la pericial sufra riesgo de desaparición o destrucción por el simple paso del tiempo, haciendo imposible que se difiera al momento del juicio oral. Si alguna de las partes considerase indispensable la práctica de las operaciones periciales en presencia del órgano enjuiciador para una mayor ilustración, o si se hubiera planteado una contrapericia y el objeto estuviera expuesto a los riesgos indicados, resulta apropiada la realización anticipada. La misma solución debe darse a las situaciones en que el objeto sea inamovible (pensemos, por ejemplo, en maquinaria cuyas dimensiones no faculden su traslado a la sede del tribunal) o cuando puedan efectuarse nuevamente los peritajes en el acto de la vista sin mayor dificultad pero el perito firmante del informe no pudiera acudir por cualquiera de las causas que afectaban a los testigos. En este caso, pudiera ser que la pericial de otro especialista no ofreciera el mismo resultado obtenido en fase de instrucción, bien por no tener idéntica preparación o emplear medios, protocolos o criterios dispares.

³³⁸ Sobre este particular, vid. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, *Derecho y Salud*, Vol. 3 núm. 2, 1995, págs.226 y 227.

La jurisprudencia ha dejado sentado desde hace ya muchos años que la intervención de los peritos en el juicio no se hace en concepto de parte, sino como terceros que colaboran con el tribunal ofreciendo sus conocimientos especializados, ofreciendo conclusiones que no vinculan al juzgador pero le instruyen de la interpretación que de cierto dato efectúa. En STS de 26 de septiembre de 1990 el TS ya afirmaba que el perito no deja de ser un asesor del juez para complementar los conocimientos de éste con lo que él deduzca de la aplicación de una serie de procesos técnicos y de su propia experiencia, pero nunca podrá sustituir al juez, pues nuestro sistema procesal no se conforma de un tribunal de peritos. Además, puede el juez contar con diversos peritajes, correspondiéndole efectuar sus propias conclusiones derivadas de aquellos. De la palabras vertidas por el Alto Tribunal se infiere, sin lugar a dudas, un importante papel de la experticia de cara a la valoración por el juzgador de los datos incorporados al proceso, pero un papel que no pasa de ser importante. Es decir, como bien explica, el perito contribuye a completar ciertos conocimientos judiciales en materias en las que aquél es especialista, siendo únicamente un elemento más a tener en cuenta por el tribunal, no vinculando su dictamen al juzgador de forma que se vea abocado a decidir en uno u otro sentido³³⁹.

Como sucede con el conjunto de la prueba anticipada en el derecho español, no contamos con una regulación, ni normativa ni jurisprudencial, que dé una respuesta clara al problema de la prueba pericial anticipada. Constituye tal hecho una evidente manifestación de la necesidad de modernizar el Derecho procesal penal español, anclado en las disposiciones de una Ley de Enjuiciamiento Criminal arcaica que deja sin respuesta múltiples cuestiones surgidas en relación con las nuevas formas de pericia nacidas en los últimos tiempos.

Ahora bien, la causa de la anticipación probatoria en este tipo de actuaciones no tiene por qué estar siempre motivada por el hecho de que el objeto de la pericial pueda destruirse o mutarse durante el tiempo de espera al juicio oral. Contempla el art. 657 LECrim la opción de plantear la excepción cuando se prevea que el medio probatorio

³³⁹ Ahonda en esta tesis la STS de 21 de marzo de 1997: "pues, aunque con ellos se aportan al proceso conocimientos científicos o técnicos que, por su especialidad, el Tribunal necesita, ello no obsta a que, pese a carecer de tales conocimientos especializados, tenga que valorar su corrección para aplicarlos al caso concreto"; "(...) salvo que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial y sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o la discrecionalidad de los jueces"(STS de 15 de octubre de 1990).

podiera provocar la suspensión del juicio oral. Y, en esta sede, no resulta difícil imaginar casos en que la práctica de la prueba pericial se prevea de larga duración.

El CPP del país vecino lo contempla como hipótesis de incidente probatorio, fijando que “El Ministerio Público y la persona objeto de las investigaciones podrán además solicitar que se practique una pericial cuando, de remitirse su práctica al juicio oral, pudiera originar la suspensión del juicio por tiempo superior a sesenta días”.

Puede ocurrir que las partes propongan y el tribunal admita la realización de una determinada pericial durante el juicio por no existir riesgos tendentes a la conservación del objeto de la pericia hasta ese instante, pudiendo practicarse sin problemas durante las sesiones del juicio, pero que, una vez efectuada, el perito no se halle en condiciones de realizar la segunda parte de la pericia, las conclusiones, por precisar de un tiempo para el análisis y estudio de los resultados obtenidos. Hasta que no tenga lugar dicho análisis, el perito no podrá comparecer ante el tribunal para exponer dichas conclusiones o ser sometidos a cuantas preguntas o aclaraciones se le dirijan. En aquellos casos en que por la propia naturaleza del peritaje³⁴⁰ se prevea que el tiempo de interpretación de los datos obtenidos supondrá una paralización del procedimiento (60 días marca la legislación italiana, 30 la española) puede solicitarse su realización de manera anticipada para no entorpecer el principio de concentración de la vista. En este caso, indica la doctrina, nos encontraríamos ante un supuesto de anticipación probatoria justificada por razones procesales.

En el Derecho español, decíamos, el plazo máximo establecido para la suspensión del pleito es de 30 días, actuando a modo de garante del principio de concentración. Pasado el mismo, debe repetirse el acto del juicio oral, con todos los inconvenientes y dificultades inherentes a ello. Esa es la razón por la que se protege la unidad del procedimiento y la concentración de los actos procesales en el mismo art. 657 LECrim, referente de la prueba anticipada.

También podrá proponerse y admitirse la prueba pericial anticipada cuando el único experto verdaderamente preparado para realizar una experticia concreta esté incurso en cualquiera de los supuestos de riesgo para su vida o integridad física o psicológica tratados en relación con la testifical o, tenga preparado un viaje en esas fechas o se

³⁴⁰ Imagínese el supuesto de una pericial contable relativa a asuntos de gran envergadura.

encuentre de paso en nuestro país, por ejemplo.

De hecho, siendo como es de aplicación directa las normas de la pericia que regula la LECrim a los casos de la prueba anticipada (arts. 456 ss LECrim), y de un análisis de las mismas, observamos que el art. 482 LECrim ya preveía dicha posibilidad, otorgando la opción de dar un descanso a los peritos si lo precisaran o suspendiendo el peritaje si la propia naturaleza de la pericial lo necesitase.

En efecto, el art. 482 LECrim reconoce expresamente el derecho de descanso de los peritos, de forma que el juez(o funcionario que lo represente, dice la LECrim) podrá otorgarles el tiempo que necesitaren con tal propósito. Se prevé también la suspensión del acto para otra hora o incluso otro día, si por su naturaleza lo precisare; en este caso, se adoptarán las medidas pertinentes para evitar cualquier alteración en el objeto de la pericia.

Con la mentada previsión se reconoce que los exámenes que han de realizar los peritos pueden ser extensos, pudiendo precisar para su conclusión de varios días que se traduciría en distintas jornadas procesales, añadiéndose además el inconveniente de la dificultad (o imposibilidad) de concreción del número de días que podrían necesitar. De hecho, la prueba pericial, por su propia naturaleza, presupone una mínima extensión temporal para su realización, amén del tiempo preciso para la elaboración de las conclusiones para presentarlas ante el tribunal y poder someterse a preguntas, aclaraciones, complementos o matizaciones.

Alertan los peritos, no faltos de razón, que en la práctica judicial diaria, debido precisamente al gran volumen de trabajo y al ánimo de dar impulso a los procedimientos, una vez que los peritos han concluido su labor, se les interroga directamente en el plenario sobre las consideraciones introducidas a modo de conclusión, olvidando efectuar una valoración conjunta de lo expuesto en la memoria presentada y sin atender a las circunstancias concurrentes al caso concreto. Defienden la necesidad de dedicar un tiempo al análisis de las conclusiones para que éstas queden perfectamente claras y no se diluyan o no se consideren aquellos puntos no enumerados expresamente en ellas pero que ineludiblemente fueron valorados a la hora de emitirlos. Lo dicho adquiere relieve a la hora de interrogar a los peritos una vez realizado el examen y entregado su informe, por más que las sesiones se alarguen más de lo previsto.

La solución expuesta puede resultar la manera más adecuada de proteger, por un lado, el derecho a la prueba como derecho básico y, por otro, el derecho a un proceso sin dilaciones y el correlativo principio de concentración. Una vez que el proponente prevea, por la naturaleza de la pericia, que las conclusiones provocarán una paralización del juicio superior al plazo de 30 días, lo justificará así en su solicitud para que el órgano de enjuiciamiento adopte las medidas precisas para su más pronta realización. En idénticas razones se apoya su contemplación como prueba anticipada en el derecho italiano.

2. Formalidades

Las partes habrán de formalizar su solicitud de práctica de prueba pericial anticipada en los escritos de acusación y defensa o en los escritos de calificación provisional.

Como hemos comprobado, cada modalidad de prueba a practicar con carácter anticipado deberá sujetarse a las reglas generales previstas en la Ley para el tipo de acto probatorio ante el que nos encontremos; por ello, la solicitud de práctica de prueba pericial de forma adelantada habrá de efectuarse también designando *nominatim* a los peritos que deben intervenir.

Tal exigencia es defendida por el TS al afirmar que es correcta la denegación de la prueba pericial propuesta “porque no se designó *nominatim* a los peritos, lo que exige el art. 656 de la LECrim con referencia al escrito de calificación provisional, y con mayor razón, cuando se pretende en las sesiones del juicio oral, solicitando la suspensión” (STS de 23 de mayo de 1996), así como cuando al pretender que fuera examinado el acusado por dos forenses “se articuló dejando de consignar taxativamente el nombre y circunstancias de uno de ellos y sin designar su domicilio, así como sin determinar si debía ser citado por la Sala o le haría concurrir el interesado tal y como dispone el art. 656 de la LECrim” (STS de 26 de marzo de 1981).

Por tanto, hay que subrayar que al igual que sucede en la práctica ordinaria de la prueba pericial, en el desarrollo anticipado debe indicarse por los proponentes de forma nominativa, sin que tenga el tribunal potestad de indicar qué peritos habrán de concurrir al acto del juicio oral. Sólo de esta manera podrán, además, ser recusados en caso de

que las partes así lo estimaran³⁴¹.

Por demás, al igual que se recoge para la prueba pericial general, en la anticipada deberá indicarse de forma expresa el objeto de la pericia, aquello sobre lo que el perito aplicará sus conocimientos y respecto de lo que se expondrá a que le requieran cualquier ampliación o aclaración.

En el caso de que no se cumplan las formalidades antes dichas, la prueba podrá ser rechazada por el tribunal. No obstante, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido evolucionando hasta aplicar criterios de admisión de pruebas más flexibles, en el sentido de no inadmitir pruebas por incurrir en defectos formales, dando oportunidad al promovente de subsanar el defecto y volver a requerirla; únicamente estima correcta la inadmisión por motivos de impertinencia o inutilidad (STS de 27 de enero de 1998). El TC también aboga por tal solución, evitando que una rigidez exagerada en la exigencia de los cumplimientos formales pueda limitar el ejercicio a la tutela judicial efectiva, especialmente cuando se trata de defectos de forma subsanables (STS 97/1992, de 11 de junio). La jurisprudencia, por tanto, antepone el derecho a utilizar medios de prueba para el ejercicio efectivo de la tutela judicial a la observancia rigurosa de los requisitos formales, siempre que el defecto observado, como decimos, sea susceptible de subsanación.

El perito tendrá la obligación de comparecer a la llamada judicial, en idénticos términos a los previstos para los testigos, salvo que estuviera legítimamente impedido (art. 462 LECrim). Si se negara a comparecer ante el juez o a prestar informe, será sancionado en los términos contemplados en el art. 420 LECrim para los testigos³⁴².

Asimismo, cobra importancia el art. 464 LECrim, conforme al que se cierra la posibilidad de prestar el informe pericial a los peritos que pudieran quedar dispensados de declarar conforme al art. 416 del mismo Cuerpo Legal, sancionándose con multa (siempre que el

³⁴¹ “No puede diferirse al imparcial Tribunal que señale a su arbitrio quien ha de ser el perito o peritos, sino que sea la parte la que ha de señalarlos *nominatim*, entre otras muchas razones, para que puedan ser recusados, en su caso (artículos 723 y siguientes de la LECrim)” (STS de 16 de diciembre de 1997). En igual línea, la STS 14 de octubre de 1998.

³⁴² El art. 420 LECrim prevé la imposición de multa de 200 a 5.000 euros a quien no acudiera a llamamiento judicial o no estuviera dispuesto a responder aquello sobre lo que se le preguntara, siempre que no enajara en los supuestos del art. 412 del mismo Cuerpo Legal o en las previsiones de los artículos previos. Si persistiera en la resistencia, podrá ser perseguido por delito de obstrucción a la justicia en el primer caso y, en el segundo, por desobediencia grave a la autoridad.

hecho no sea delictivo) a aquellos que no comunicaran al tribunal tal circunstancia y emitieran informe.

La LECrim ofrece en el art.723 LECrim la posibilidad de recusar a los peritos que hayan de comparecer en el juicio oral por las razones y en la forma prevista en los arts. 468, 469 y 470.

En el caso de la prueba anticipada de peritos no hallaríamos inconveniente para formular su recusación, que debería sustanciarse lo más rápidamente posible - dadas las características especiales de la prueba- desde que se conociera su petición y admisión hasta el señalamiento del día para su desarrollo. Los peritos que no fueran recusados serán examinados conjuntamente en la vista si debieran hacerlo sobre los mismos hechos.

Es posible, reconoce el art. 725 LECrim, que para contestarlas necesiten la práctica de cualquier reconocimiento, efectuándose en un acto continuo, en el local de la misma audiencia si fuera posible. En otro caso, se suspenderá la sesión el tiempo imprescindible, salvo que pudiera practicarse en su lugar otras diligencias de prueba mientras se efectúa el reconocimiento.

Así, puede ser que la parte proponente de la pericia en el escrito de acusación lo haga con el fin de que se proceda a examinar el objeto de la pericial y que éste esté sujeto a un riesgo cierto y concreto de alteración o destrucción por el simple paso del tiempo, las condiciones climatológicas o la mano del hombre, resultando casos típicos de la realización de la prueba pericial previa. De la misma manera deberá actuarse cuando el perito o especialista que examinó determinado objeto y deba concurrir para aclarar o ampliar extremos se halle en imposibilidad física de concurrir al acto del juicio oral (bien por su estado de salud o por hallarse fuera del territorio nacional), y se entienda que su pericia no pueda ser suplida por otro perito.

La intervención de los peritos, al igual que sucede con los testigos, se encuentra ligada a una serie de facultades y obligaciones. En cuanto a los primeros, tendrán derecho a cobrar unos honorarios que correspondan al trabajo realizado. Asimismo, verán cubiertos los gastos propios de la emisión de su informe pericial. A este respecto, el art. 465 LECrim indica que los que presten informe como peritos en virtud de orden judicial tendrán derecho a reclamar los honorarios e indemnizaciones que sean justos, si no

tuvieren, en concepto de tales peritos, retribución fija satisfecha por el Estado, Provincia o Municipio. El tribunal que resolverá la reclamación de los honorarios de los peritos es el mismo que conoció del procedimiento en el que intervino.

El ordenamiento jurídico trata de proteger la transparencia e imparcialidad de sus peritajes, castigando penalmente al tercero que pretendiera influir en su labor. Así, sanciona al que trate de influir en sus actuaciones procesales mediante presiones violentas o intimidatorias, y al que emplee idénticas artimañas como represalia al que ya hubiera actuado.

El art. 464 CP condena al que trate de influir en denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, empleando para ello violencia o intimidación.

El párrafo segundo sanciona a quien atentare contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas antes dichas por la actuación que hubieran tenido en el procedimiento judicial.

Les serán de aplicación también las normas relativas a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos.

El art. 439 CP pena la conducta de la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aprovechara de dicha circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.

El artículo siguiente sanciona a los peritos, árbitros y contadores partidores que actuaran de la forma antes dicha, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, así como a los tutores, curadores o albaceas respecto de los bienes o cosas de sus pupilos o testamentarías, y los administradores concursales en relación con los bienes y derechos integrados en la masa del concurso.

Por otro lado, los peritos, cualquiera que sea el momento en que intervengan en el proceso (durante la instrucción, como prueba pericial anticipada o en el seno del juicio oral), quedarán ineludiblemente vinculados a la obligación de emitir un dictamen imparcial, so pena de incurrir en un delito contra la Administración Pública(arts. 404 y ss C.P.). También cometerá falso testimonio el testigo, perito o intérprete que no falte abierta y sensiblemente a la verdad pero la alterase con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que conozca (art. 459 C.P.).

3. Supuestos particulares de pericial

La doctrina ha discutido si lo que se anticipa es verdaderamente la actividad pericial propiamente dicha o la declaración de su autor sobre la pericia efectuada (ampliando, rectificando o aclarando), inclinándose por admitir que se anticipa la información que debe ofrecer en el juicio, no la práctica de la pericia en sí o la redacción del informe referente a ella, contemplando que el desarrollo de la pericia es un acto propio de la investigación. No obstante, a lo largo de los siguientes apartados comprobaremos cómo puede solicitarse la anticipación probatoria de la pericia en sí tanto en supuestos en que su práctica se hace indispensable y existe urgencia por el riesgo de la no disponibilidad del objeto de la pericia en el acto del juicio (siendo fundamental la apreciación directa de su práctica por el tribunal) como de la previsible imposibilidad de comparecencia de su autor a las sesiones de la vista para someterse a la necesaria contradicción.

A. La prueba pericial dactiloscópica

Inicialmente, la jurisprudencia se inclinó por exigir que los peritos informantes de los dictámenes relativos a la prueba dactiloscópica acudieran a juicio para ratificarlo (STS de 20 de noviembre de 1987). En la actualidad, la línea jurisprudencial pasa por excusar la ratificación judicial si el dictamen proviene de organismos oficiales de carácter nacional³⁴³.

El propio dictamen dactiloscópico cuenta con los elementos suficientes para que pueda ser contradicho por las partes sin necesidad de la presencia física de su autor. Pero, si la defensa pide la comparecencia del perito y expone razonadamente los motivos por los que ha de presentarse (por ejemplo, porque se ponga en duda la autenticidad del documento, que se alegue que las huellas no sean coincidentes o que considere que no se aplicaron correctamente las reglas técnicas), la protección de su derecho a la defensa motiva su comparecencia obligatoria.

En esta ocasión, en la que deviene obligatoria la presencia en el acto del juicio oral para llevar a efecto la contradicción en la forma interesada por la defensa, nos podemos

³⁴³ Las SSTS de 19 de abril de 1988, 6 de julio de 1988, 25 de abril de 1989, 19 de enero de 1990, y 18 de septiembre de 1995 predicen la no necesidad de ratificación de los informes provenientes del Gabinete Central de Identificación de la Dirección General de la Policía; sí debiendo cumplir el requisito los que provienen de organismos oficiales de ámbito regional (SSTS de 19 de abril de 1988 y de 6 de febrero de 1989).

encontrar ante la necesidad de que se lleve a efecto su declaración cualificada de manera anticipada. Imaginemos en este caso que el perito sea requerido para participar en la vista pero, en la fecha fijada, se prevea que no podrá comparecer, bien por contar con un estado de salud muy delicado, bien por preverse que no estará en territorio español en la fecha de los hechos. En estos casos tan típicos, pudiendo ser su testimonio muy esclarecedor por ser objeto de una concreta especialización y ante el temor de no poder desarrollar la prueba en el momento procesalmente oportuno, puede efectuarse con carácter previo a la celebración del juicio.

La misma solución entendemos deberá aplicarse cuando la pericial ha de practicarse en presencia del tribunal (siempre que fuera posible) por haberse impugnado, por ejemplo, y el perito fuera un especialista reconocido, máximo conocedor de la materia que, por ejemplo, se prevea no podrá asistir a las sesiones de la vista, provocando su suspensión³⁴⁴. Será también razonable la anticipación cuando la pericial en sí pueda motivar la suspensión de la vista por ser fundamental la obtención de los resultados para someterlos a examen de las partes. Si se llevan a cabo ante el juzgador de manera anticipada, puede dejarse para el acto de la vista las alegaciones de las partes y el propio interrogatorio del perito.

B. Análisis de sustancias estupefacientes

Lo mismo que se dijo respecto a la fluctuación jurisprudencial en el punto anterior es plenamente aplicable aquí.

Tal y como indica la Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, en los delitos contra la salud pública la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia intervenida es un elemento del tipo y, en tanto prueba de cargo, corresponde a la acusación aportarla al acto del juicio oral. Generalmente, la determinación se produce durante la instrucción a través de un análisis pericial practicado por los equipos técnicos de laboratorios oficiales.

“La invasión del mundo del proceso penal por las cuestiones relacionadas con el tráfico de drogas, ha multiplicado las pericias, realizadas normalmente en laboratorios oficiales, por

³⁴⁴ Un ejemplo de perito especialmente cualificado lo tenemos en el experto paleontólogo José Bermúdez de Castro, a cuya praxis se acudió para resolver el parricidio de los niños de Córdoba producido en el año 2011.

personas cualificadas y con técnicas absolutamente fiables y contrastadas. Ello ha dado lugar a que exista una doctrina jurisprudencial que admita su validez por la vía del documento y sin necesidad de la comparecencia de los peritos en el acto del juicio oral, cuando ninguna de las partes a la que pueda perjudicar la pericia, la impugne de una manera expresa y terminante” (STS de 15 de octubre de 2003)

La Instrucción 9/1991, de 26 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, señala la posibilidad de que se sometan “los análisis en fase de instrucción a ratificación contradictoria y configurarla como prueba preconstituida y realización anticipada, que despliega toda su validez si no son impugnados por ninguna de las partes”, lo que “debe ser promovido por su gran trascendencia, tanto más cuanto las ratificaciones periciales en el plenario son en estos casos normalmente muy difíciles, por no decir imposibles, de ser llevadas a cabo, teniendo en cuenta, además, que los análisis, como tales, son irreproducibles y, por otra parte, la extraordinaria dificultad, rayana a veces en física imposibilidad, de que los autores de los análisis puedan concurrir cuantas veces sean citados a juicio oral a celebrar en las mismas horas y sedes judiciales distintas, como sucede con frecuencia en las grandes ciudades, lo que puede obviarse concentrando su presencia para la ratificación de todos los dictámenes de un determinado Juzgado que tramite varias causas, el mismo día y en horas sucesivas y facilita que sea contradictoria, con presencia de las partes”.

La mentada Instrucción ordena a los fiscales que cuando no se haya propuesto prueba pericial por ninguna de las partes en el trámite del art. 656 LECrim soliciten en el acto del juicio oral la reproducción de la pericial con la lectura del análisis documentado, en su caso, de la diligencia que recoja la prueba preconstituida.

En la práctica, el fiscal al formular su escrito de conclusiones o de acusación, puede proponer, entre los medios de prueba de los que puede valerse, la prueba pericial, con citación de los peritos señalados nominativamente, para que expongan, amplíen o aclaren el informe relativo a cierta materia que se encuentra en determinado folio de las actuaciones.

En la materia que analizamos, se cita al perito pero se indica que su comparecencia será requerida únicamente para el caso de que la otra parte impugne el dictamen. En caso contrario, como indica la Instrucción, bastará que se introduzca el dictamen como documental. El problema, obviamente, radica en que el escrito de conclusiones provisionales del fiscal es previo al escrito de defensa, por lo que en el momento en que

el fiscal califica ignora absolutamente si la defensa tiene intención o no de impugnar la pericial de que se trate. La Fiscalía General indica que los fiscales añadirán por otrosí que en caso de que la defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio.

Al igual que exponíamos en el apartado anterior, si su presencia es indispensable por impugnarse el dictamen correctamente y se prevé que el perito no podrá comparecer en el día señalado para el juicio oral o podrá suspenderse las sesiones, cabe su práctica anticipada con cumplimiento de todos los principios de la prueba. Sin embargo, dado que en la mayoría de las ocasiones el dictamen versa sobre una materia que no requiere de una especialización concreta, en puridad puede comparecer al acto de la vista tanto el propio autor material (que puede ser más de uno, siendo suficiente con que acuda uno de ellos) como el responsable del Laboratorio, por lo que si alguno de ellos está disponible para el día de la vista, es innecesaria su práctica adelantada.

Es más, se llega a afirmar por el TS que “Como decíamos en la STS 771/2010, de 23 de septiembre, con cita de la STS de 31 de enero de 2002, los dictámenes y pericias emitidas por Organismos o Entidades oficiales, dada la imparcialidad, objetividad y competencia técnica de los miembros integrantes, ofrecen toda clase de garantías técnicas y de imparcialidad para atribuirles, prima facie, validez plena SSTS de 10 de junio de 1999, 23 de febrero de 2000, 28 de junio de 2000 y 18 de enero de 2002”.

Así las cosas, admitiendo que los miembros de los organismos oficiales actúan con plena imparcialidad y su dictamen ofrece la más absoluta garantía técnica, podríamos admitir que no fuera necesaria la anticipación probatoria en este tipo de periciales cuando se haya impugnado la pericial y se prevea que el autor del informe o el representante del Laboratorio firmante no pueda comparecer al acto de la vista, al estar facultado para acudir a las sesiones del juicio oral cualquier compañero del Laboratorio que cuente con iguales conocimientos y aplique los mismos protocolos e instrumentos³⁴⁵.

Por ello, el art. 788 LECrim - en su modificación efectuada por la Ley 38/2002, de 24

³⁴⁵ La Sala II viene dictando que para ratificar o ampliar el dictamen sobre la naturaleza, cantidad y pureza de las sustancias intervenidas, basta la comparecencia de uno de los miembros del equipo (independientemente de la función que desarrollara en el análisis), sin que nada impide a quien propone la prueba solicitar la declaración del autor material del informe.

de octubre- precisó que en el procedimiento abreviado adquirirán naturaleza de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos se hubieran seguido los protocolos científicos, porque el resultado plasmado por escrito se parece más a una prueba documental que a una auténtica prueba pericial. Pese a ello, en caso de que se impugne expresamente la diligencia, se requerirá la presencia del perito firmante o de cualquiera de los miembros del Laboratorio. Al tratarse de pruebas tan estandarizadas, basta la presencia de cualquiera de los miembros del Laboratorio para que aclare aspectos relativos al peritaje³⁴⁶.

Es necesario matizar que la tendencia actual avanza por los derroteros de no exigir que se efectúe la prueba pericial de forma automática por el hecho de haberse impugnado el resultado. El TS ha exigido que la impugnación en el escrito de conclusiones no sea global o retórica, sino fundada.

El TC, en STC de 14 de marzo de 2011 sigue esta tendencia, estableciendo que “En primer lugar, y partiendo de la premisa de que la LECrim, en su artículo 788.2 otorga carácter de prueba documental a los informes emitidos por los laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando hayan sido realizadas siguiendo los protocolos científicos correspondientes; la impugnación efectuada de la prueba pericial por los recurrentes, a la luz del escrito de conclusiones provisionales y del acta del juicio oral, tuvo un carácter meramente formal, sin concreción alguna acerca de cuáles eran las deficiencias técnicas en que pudiera haber incurrido la pericia, de si presentaba dudas en cuanto al cumplimiento de los citados protocolos oficiales o de cualquier otra circunstancia que pudiera poner en duda el valor probatorio de los informes. Siendo de carácter meramente formal la índole de la impugnación formulada en su momento por los demandantes de amparo, no cabe apreciar que la imposibilidad de interrogar a los peritos les haya generado indefensión (...)”.

La defensa, en cualquier caso, en asuntos relativos a delitos contra la salud pública

³⁴⁶ “La jurisprudencia ha venido señalando que las pruebas periciales consistentes en análisis de drogas presentan por lo general un aspecto extremadamente estandarizado, pues los exámenes se realizan siguiendo protocolos internacionalmente establecidos. Es por ello que ordinariamente es suficiente con la presencia de un miembro del equipo de técnicos del laboratorio que declare, en su caso, acerca del sistema protocolizado seguido en todos los análisis de drogas, y concretamente en el que se ha incorporado a la causa. Sólo en casos excepcionales, cuando el procedimiento del análisis o el resultado presentan peculiaridades especiales, se justifica la presencia del perito concreto que intervino, pues el interrogatorio puede superar entonces, de forma justificada, las meras referencias generales al proceso analítico. Nada de esto ocurre en el caso, en el que no se aprecia peculiaridad alguna” (STS de 14 de abril de 2011).

(pudiendo extrapolarse a otros ilícitos que exijan de una pericia) puede solicitar en el escrito de conclusiones o de defensa que se proceda a un nuevo análisis de la sustancia intervenida, bien referida a la calidad, bien a la cantidad, que se tramitará y efectuará conforme a las determinaciones de la prueba anticipada, siempre argumentando la necesidad de la realización de nuevo análisis (por incurrir en errores técnicos, por ejemplo) y el carácter urgente del mismo. Ahora bien, quedará ya en manos del tribunal apreciar tanto la necesidad del ejercicio de la prueba como la premura de ésta. En caso de que se entendiera necesaria la repetición sería razonable efectuarla con carácter previo, dado que el conocimiento del resultado arrojado será esencial para la celebración del juicio oral y se presume que se tardaría cierto tiempo en obtenerse.

C. Prueba pericial grafológica

Aplicamos de nuevo aquí la doctrina ante dicha de la no necesidad de ratificación en juicio de los informes emitidos por organismos oficiales si no son impugnados³⁴⁷. En caso de impugnación no valdrá una fórmula genérica, sino que deberá justificarse la necesidad de la presencia del perito a juicio.

Distinto es el supuesto de que el dictamen emitido, aun procedente de la Dirección General de la Policía, sea impugnado y rebatido por el dictamen emitido por otro técnico. En esta ocasión, obviamente, se precisará de la presencia en juicio de ambos para poder someter a contradicción sus peritajes y a las preguntas que se crean convenientes a cada uno de ellos. Si alguno (fundamentalmente, el perito privado) no pudiera comparecer a la vista señalada o se prevea muy difícil o imposible su presencia en fecha posterior a la del juicio oral, puede adelantarse su práctica en los términos y por los motivos antes vistos.

D. Informe de perito sobre funcionamiento de armas

Este tipo de periciales está enfocado a que la acusación pueda demostrar que cierta arma se encuentra en condiciones de ser disparada pues, de lo contrario, no constituirá el

³⁴⁷ La STS de 14 de diciembre de 1990 consideró que la prueba pericial caligráfica efectuada era bastante para emitir un fallo condenatorio por delito de falsedad al no haber sido impugnada. En sentido opuesto, la STS de 15 de febrero de 1999 estimó el recurso del condenado en primera instancia porque ninguna de las dos pruebas obrantes en el sumario fueron llevadas a juicio oral porque nadie las propuso, no tampoco lo acordó la Sala, habiendo sido impugnadas por la defensa, que propuso otra prueba que, habiendo sido admitida, no fue practicada.

delito de tenencia de armas. Para llegar a tal conclusión, los técnicos deberán someter a las armas a determinadas pruebas que, si bien no precisan de conocimientos técnicos, sí de la práctica suficiente y los medios necesarios para comprobar los mecanismos de disparo, de forma que pueden incardinarse en el concepto de prueba pericial.

Además de los casos aludidos de requerimiento de comparecencia del perito al juicio y la posibilidad de su práctica anticipada, su realización previa también puede efectuarse cuando el arma (pieza de convicción) deba ser examinada en el juicio y, dado su deficiente estado de conservación, no puede diferirse la praxis al momento del juicio oral. Ciertamente es que no se trata de un caso habitual de prueba anticipada, pues raramente las armas se encuentran en un grado de deterioro tan extremo que no se permita su examen posterior.

E. La diligencia de autopsia

Por la naturaleza del objeto de la pericia, una persona, debe realizarse lo antes posible, durante la investigación, pues el paso del tiempo ineludiblemente dificultará su práctica exitosa. El informe pericial efectuado por los peritos-médicos puede ser sometido a contradicción en los mismos términos aludidos anteriormente. En caso de que sea impugnado el dictamen, la comparecencia de los peritos será exigible para garantizar el derecho de defensa.

En esta ocasión, parece que puede celebrarse la contradicción de forma anticipada cuando se presume que el perito-médico que emitió el informe no podrá concurrir al acto del juicio oral, pues se produjo la aplicación práctica de unos conocimientos en la que el examen del objeto de la pericia se realizó personalmente, lo que impide que pueda ser sustituido por otro compañero para dar explicaciones en la vista.

No se trata del examen de un objeto al que se aplican ciertos protocolos rígidos o técnicas objetivas que ofrezcan un mismo resultado con independencia del autor del peritaje y que permita que el responsable del organismo emisor (el Instituto de Medicina Legal, en este caso) pueda acudir para aclarar cualquier duda de las técnicas empleadas, sino que se exige que aquél que tuvo oportunidad de apreciar al sujeto examinado sea quien exponga personalmente sus conclusiones. Por ello, es posible que se anticipe la contradicción cuando el autor no pueda concurrir o se prevea que se suspenderán las

sesiones del juicio oral.

F. La prueba pericial fonométrica de identificación de voces

El fin de esta pericia no es sino verificar la autenticidad de las voces al modo de una comparación de escrituras, basada en la identificación del habla grabada previamente como la de aquél de quien se dice procede. Por ello, al igual que en el cotejo de escritura se hace necesaria la tenencia de una voz dubitada y una indubitada.

Se emplean aparatos técnicos capaces de medir procesos variables del orden de 2.000 megaciclos por segundo, unidos a la constatación de las propiedades otorrinolaringológicas de la persona cuya habla se analiza, las condiciones en que se grabó y el estado en que se produjo la emisión, para comparar las voces.

El sujeto puede realizar deformaciones en la dicción de manera voluntaria con el propósito de inducir a engaño, pero pueden percibirse dichas alteraciones gracias a manifestaciones subconscientes reveladoras.

Por las evidentes analogías, nos remitimos a lo expuesto a la posibilidad de la práctica de la prueba pericial grafológica anticipada.

G. Examen pericial forense del acusado

Una de las peticiones de prueba anticipada más solicitada es la relativa a la pericial forense del ya acusado, generalmente en los supuestos en que se le atribuye un delito contra el patrimonio y se pretende acreditar que era un consumidor habitual que obró movido por su grave adicción a las drogas tóxicas o estupefacientes para obtener dinero con el que sufragar su adicción. Es decir, se pretende configurar la atenuante (simple o cualificada) o incluso la eximente in/completa de drogadicción.

A través del examen médico forense se comprobará la condición de toxicómano, el grado de adicción, el tiempo de evolución de la misma, la afectación a su capacidad intelectual y/o volitiva al tiempo de los hechos... Con toda la información se configurará la extensión de la circunstancia atenuante o eximente cuya aplicación se pretende. Una vez examinado con carácter previo al juicio, el perito que lo exploró concurrirá al acto del plenario en caso de que sea llamado para someterse al mismo

régimen general de los peritos³⁴⁸.

Como hemos venido indicando, las pruebas anticipadas beben de las mismas normas que el resto de la pruebas, por lo que, en el caso de la experticia a realizar por el médico forense, deberemos atender a las prescripciones legales e interpretaciones jurisprudenciales referentes a la exigencia de uno o más peritos para llevarla a efecto.

La STS de 28 de junio de 1993, analizando los arts. 348 y 520.2 apartado f) de la LECrim, y asumiendo la realidad de los medios personales disponibles, admitió plena validez al dictamen de un solo perito, aun tratándose del procedimiento ordinario, siempre que fuera el médico forense adscrito al juzgado. La STS de 19 de mayo de 1999 señalaba que la exigencia de que la pericia se realice por dos peritos no debe entenderse de manera absoluta; exceptuaba la conjetura de que sólo existiera uno en el lugar y debiera al plenario para someterse al principio de contradicción y éste fuera el médico forense adscrito al juzgado.

Se hace cargo también de la situación de los juzgados la STS de 11 de octubre de 1994 al decir que la LECrim exige en el procedimiento ordinario el reconocimiento por dos peritos en el caso de la prueba pericial, pero sólo será necesaria la cooperación con el forense de cada Juzgado de instrucción por uno o más facultativos cuando el Juez considere necesaria la cooperación (art. 459 y 348 LECrim).

En relación con el procedimiento abreviado, el Alto Tribunal ya había establecido que el informe pericial podría prestarse por un solo perito (SSTS de 15 de febrero de 1997 y de 9 de febrero de 2004), en relación con el art. 788.2, modificado por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, vigente hasta la fecha.

Hemos incluido el examen por el médico forense como una de las posibilidades de prueba anticipada en base a la corruptela habitual en los tribunales, pues, en puridad, tanto su solicitud en los respectivos escritos de acusación y defensa como su admisión y práctica por los juzgados de lo penal no es correcta. Y llegamos a esta conclusión al entender que se trata de una diligencia propia de la fase de investigación a practicar, por tanto, por el Juez de instrucción, que no tiene razón de ser como auténtica prueba del plenario. Si lo que se trata de acreditar es que el sujeto a quien se le atribuye el hecho

³⁴⁸ Alude a este tipo de prácticas SSTS 254/2006, de 1 de marzo y 378/2006, de 31 de marzo, entre otras.

punible actuó como consecuencia de su adicción a drogas tóxicas o bebidas alcohólicas a la fecha de los hechos, su exploración deberá tener lugar precisamente en la fecha más próxima a los hechos.

La solicitud en los escritos de acusación o defensa no tiene más razón de ser que evitar dilatar la instrucción y que se fije pronta fecha para el juicio oral, pues no se aprecia inconveniente de su realización durante la fase de investigación, ni se advierte nota de urgencia para solicitarla como prueba anticipada.

H. La prueba pericial de inteligencia

La aplicación práctica de la prueba pericial de inteligencia no ha sido a día de hoy suficientemente abordada por la doctrina y la legislación, debido quizá al mero desconocimiento de la figura. Sin embargo, el TS se acercó a ella, entre otras, en la STS de 13 de diciembre de 2001, a la que debemos acudir para conocer su alcance:

“Mediante la misma se trata de relacionar diversa información, partiendo de conocimientos que poseían determinados técnicos de la Guardia Civil, para extraer conclusiones, es decir, a través de toda la información que disponían (no solamente en esta causa, sino la que derivaba de un sinfín de procedimientos y documentación policial), llegaron a extraer determinadas conclusiones, que posteriormente fueron, a su vez, aplicadas a las actuaciones concretas. Se trata, por consiguiente, de una pericial que consiste en relacionar información, para así extraer conclusiones determinadas, en ningún caso estaríamos ante una prueba testifical, sino pericial, que a partir del profundo conocimiento del modo de actuar de determinados comandos de ETA, de su organización,... extrae determinadas conclusiones.

La prueba pericial, de naturaleza personal, constituye una declaración de conocimientos del perito tendente a suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos (artículos 456 LECrim y 335 LECiv), cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el juez (a diferencia de la testifical), que no es en ningún caso vinculante para aquél. El perito, frente al testigo, posee conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos anteriores e indiferentes al proceso, siendo por ello sustituible, y lo que justifica su intervención es precisamente la razón de su ciencia, ocupando una posición activa en relación con el examen de los que constituye el objeto de la pericia. El testigo declara sobre hechos pasados relacionados con el proceso y percibidos por el mismo sensorialmente, siendo por ello insustituible, teniendo una posición pasiva en cuanto es él mismo objeto de examen”.

Lo cierto es que el empleo de la prueba pericial de inteligencia es cada vez más frecuente, sobre todo en los casos de delincuencia organizada.

En cuanto a su naturaleza, no es unánime la consideración de prueba de categoría independiente o individualizada de la prueba pericial. De hecho, para las SSTS de 4 de diciembre de 2006 y 19 de enero de 2007, no deja de ser una variante de la pericial fijada en el art. 456 LECrim y en el 335 LEC.

En un sentido absolutamente opuesto, no faltan resoluciones que niegan el carácter de prueba pericial a lo que denomina “informes policiales”. Como ejemplo, la STS de 16 de febrero de 2007, en la que se afirma que la prueba pericial es la que contribuye a ofrecer al juez conocimientos concretos no jurídicos de los que aquél carece y que no son conocidos por un ciudadano con nivel cultural medio no especialista. Por el contrario, dice, los informes policiales relativos a la pertenencia a cierto grupo organizado no responden a tal carácter, sino que, señala, “pertenecen al género de las propias del común saber empírico”, y ello con independencia de que conozca infinidad de datos relativos a un sujeto por llevar largo tiempo haciéndole un seguimiento. La mentada resolución le otorga la naturaleza de la prueba de indicios, de manera que sólo si concurre con otros elementos que discurran en el mismo sentido podrán llegar a constituir una prueba en conjunto, pero de forma coordinada con ellos, no aisladamente considerados.

A nuestro parecer, la valoración que ha de otorgarse a la prueba de inteligencia se aproxima más a la de la prueba pericial, como defenderemos a lo largo de estas líneas.

Otro sector dogmático, por el contrario, entiende que, por sí mismos, los informes no pueden obtener el mismo valor que el dictamen emitido por un experto en la materia, pero tampoco se le puede privar de toda validez. En este sentido, les parecía razonable otorgarle el carácter de indicio, de manera que si coexisten varios, se le puede tomar como material probatorio. Para ello, resulta fundamental la comparecencia del autor del informe en el acto del juicio oral para que pueda ser sometido a un completo interrogatorio que ponga de manifiesto las fuentes con las que contó para elaborar su informe, las razones de sus conclusiones, los datos objetivos tenidos en cuenta para llegar a dicha conclusión... y se pueda contrastar sus resultados con el resto de datos que se hubieran obtenido en la causa. Para garantizar que el principio de contradicción

se respete debidamente, las partes deberán conocer con suficiente antelación el informe de conclusiones, dándoseles la oportunidad de rebatirlo, caso de ser necesario, en el acto de la vista.

La STS de 4 de diciembre de 2006 concluye que el autor del informe debe ser citado más en calidad de testigo que de perito. Como testigo, deberá velarse porque pueda deponer en las sesiones del juicio oral, en iguales términos que los abordados para el supuesto de la prueba testifical: si existen razones que hagan presumir que no podrá declarar en el acto del juicio o que su declaración provocará la suspensión de aquél, podrá proponerse su práctica anticipada. Siendo una declaración en la que se entrelazan conocimientos técnicos y apreciaciones subjetivas relativas al hecho objeto del procedimiento, no podrá el autor del informe ser sustituido por ningún compañero.

Ejemplo claro de la prueba de inteligencia lo encontramos en los informes emitidos por la policía en torno a un fenómeno desgraciadamente en auge en los últimos tiempos: los “robos de los Polis Full”. Lejos de ser un mero robo con violencia o intimidación, se trata de un ilícito de usurpación de funciones públicas, robo con intimidación y tenencia ilícita de armas de fuego. Se trata de bandas de delincuentes perfectamente organizados y estructurados, la mayoría de etnia gitana y, en otras ocasiones, de nacionalidad iraní que, desde hace algunos años, vienen delinquiendo en nuestro país. Su *modus operandi* se encuentra perfectamente establecido y es de sobra conocido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no así por el resto de operadores jurídicos³⁴⁹. Por ello, a lo largo de la instrucción, los agentes de la Guardia Civil ponen de relieve no sólo las notas caracterizadoras de este tipo de actuaciones, sino también si los hechos investigados pudieran incardinarse en su habitual proceder.

Los agentes intervinientes que efectúan la diligencia de informe en que se deja constancia de lo que acabamos de exponer deben intervenir en el juicio oral como

³⁴⁹ En las Diligencias Policiales 2014-6392-119 de la Comandancia de Mairena del Aljarafe (Sevilla), los agentes pusieron de relieve el *modus operandi* de los “robos de los Polis Full” para conocimiento del instructor, tras la que el Equipo se hará cargo de las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, centrándose en delincuentes de la zona que de una u otra forma hubieran tenido algo que ver con este tipo de delincuencia, y que pudieran pertenecer al mismo clan familiar y/o de amistad. Los agentes de la Guardia Civil intervinientes en las actuaciones eran los que las partes acusadoras debían llevar a juicio oral para la prueba de la mal llamada “pericial de inteligencia”, sin que pudieran ser sustituidos por cualquier compañero en caso de eventual imposibilidad de comparecer por los exactos conocimientos que tenían sobre el asunto. Los autores son irremplazables al aplicar sus conocimientos en la transformación de la información en inteligencia.

testigos para ratificar el informe emitido y someterse al interrogatorio que las partes o el propio tribunal estimen adecuado para conocer y entender el contenido de aquél. En este sentido, es en el que decíamos que le podrían ser de aplicación los supuestos de anticipación probatoria en todos los casos propios de la prueba testifical, como testigos cualificados que son. Si los autores del informe no pudieran comparecer al acto del juicio oral no podría sustituirse su declaración por cualquier otro miembro del equipo que no hubiera tenido acceso a la misma información.

Sentado lo anterior, es fácil imaginar supuestos de pericial anticipada de esta naturaleza. Cabría su solicitud, por ejemplo, siempre que el autor del informe adoleciera de alguna enfermedad degenerativa por la que se sospechara que tendría serias dificultades de declarar en plenas condiciones en la vista; asimismo, cuando se estime que no se encontrará en la sede del tribunal en la fecha del juicio oral por tener programado un viaje o una estancia fuera de la misma... Es decir, en los mismos casos en que se podría solicitar la práctica anticipada de la prueba testifical.

En la actualidad, están empezando a emplearse, especialmente en sede el Tribunal del Jurado, una variante de pericia de inteligencia policial consistente en lo conocido como “instrucción virtual”, con el fin de elaborar una reconstrucción de los hechos por parte de la Policía Judicial que permita a los autores de la pericia exponer gráficamente ante el tribunal las conclusiones de las investigaciones que llevaron a cabo para clarificar los hechos que se enjuician. Se trata de una pericia que cuenta con especial interés en asuntos graves (dado lo complejo y costoso de su elaboración) que proporciona a los miembros del jurado los mimbres necesarios para interpretar los datos fríos (entendidos como datos objetivos, no susceptibles de interpretación subjetiva) que obtuvieron en la causa. Así, pongamos por caso, expondrían la interpretación de los datos arrojados por las compañías telefónicas, tales como sombras de cobertura, adscripciones... y de los que los autores del informe conocen a través de su experiencia policial, de investigación, personal... aplicados a una actuación en concreto. De esta manera, la información que van obteniendo pasa a ser inteligencia aplicada.

De lo expuesto se deriva, a nuestro entender, que los autores de la prueba de inteligencia depondrán en calidad de peritos, no de meros testigos. Y ello porque plasman en su dictamen información de la que sólo ellos disponen, como indicamos, en virtud de sus vivencias profesionales y personales y de investigación aplicadas al caso. Desde este

punto de vista, sus autores son irremplazables, pues aplican sus conocimientos en la transformación de la información en inteligencia. En su caso, el instructor y secretario del atestado podrían declarar como testigos incluso en relación con datos incluidos en la pericia, pero no podrían defender el contenido íntegro de la pericia y las conclusiones obtenidas en ella con plenas garantías, al menos no con idénticas garantías que los autores de la misma.

De conformidad con lo planteado, si se vaticinara que el autor/es del informe no pudiera concurrir a juicio por motivos de salud, previsión de viajes al extranjero o cualquier otra circunstancia que imposibilitara, hiciera extremadamente gravoso o provocara la suspensión de la vista, se pondrá en conocimiento del juzgado, quien, si no se plantea la solicitud de su intervención anticipadamente en los escritos, podrá acordarlo de oficio. En los supuestos de procedimientos ante el Tribunal del Jurado, sin embargo, no se declararía en presencia de los jurados, sino del Magistrado-Presidente, perdiendo en gran medida el efecto buscado con este tipo de pericia en el Tribunal del Jurado. Es un caso típico de realización de la excepción a la regla del art. 741 LECrim, pero cuyos efectos se ven disminuidos por las circunstancias mismas de su desarrollo. Con independencia de que la instrucción virtual se reproduzca en pleno acto del juicio ante los miembros del jurado, no podrán obtener mayores explicaciones o aclaraciones de la prueba que la que se realizara por el Magistrado-Presidente y se les reprodujera en plena vista *a posteriori* de su realización.

I. Dictamen psicológico sobre la credibilidad de testimonio

Se trata de una diligencia cuya naturaleza no queda definida nítidamente. No faltan quienes le atribuyen al dictamen psicológico sobre la credibilidad de un testimonio el carácter de auténtica prueba pericial apoyándose en las claras manifestaciones de la STS de 29 de octubre de 1996, que le adjudicaba indubitadamente dicha condición al presuponer que la declaración a valorar se prestó en forma legal y con cumplimiento de todas las garantías procesales.

En sentido inverso, por otro sector doctrinal se rechaza que el informe de los psicólogos relativos a la verosimilitud de una declaración pueda considerarse prueba propia de los peritos, pues a quien verdaderamente corresponde la tarea de analizar la declaración prestada por cierto sujeto y valorar la credibilidad de su testimonio es al juzgador. Lo

contrario, dicen, sería tanto como atribuir al perito facultades que no le confieren, debiendo valorar únicamente quien ha de resolver: el juez. En esta línea, la STS de 10 de noviembre de 2005³⁵⁰.

J. Las nuevas tecnologías de comunicación e información.

Con la creación y popularización de las nuevas tecnologías de información y de comunicación, surgen correlativamente nuevas formas de delinquir, conocidos como delitos informáticos, en los que a través de distintos mecanismos el sujeto activo busca su propio beneficio económico en perjuicio de tercero. La nueva revolución tecnológica ha dado lugar a nuevas modalidades delictivas que precisan de conocimientos informáticos mínimos por parte de los operadores jurídicos, que habrán de acudir en no pocas ocasiones a peritos para conocer el *modus operandi*, el alcance del resultado, la existencia de tramas organizadas y cuantas cuestiones excedan del ámbito jurídico.

Por ejemplo, el art. 197.1 sanciona al que con ánimo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro se apodere sin su consentimiento de sus mensajes de correo electrónico; el art. 248.2.a) castiga a los que, siempre movidos por un ánimo de lucro, logren la transferencia de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero que no haya dado su consentimiento para ello, empleando para su realización alguna manipulación informática o artificio semejante. Con esta última expresión, se pretende salvar los avances tecnológicos que pudieran dejar rápidamente obsoleto el precepto.

El art. 264 C.P. prevé pena de prisión de seis meses a tres años al que, de forma grave y sin autorización del titular, borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, siempre que también fuera grave el resultado producido.

Se prevé un tipo agravado cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que se cometiera en el marco de una organización criminal; hubiera causado perjuicios de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos; hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de

³⁵⁰ “No se discute los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico de un testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que sólo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto, pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos, sin delegar esta misión en manos de terceros”.

primera necesidad; Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea; si el delito se hubiera cometido empleando alguno de los medios a que se refiere el artículo 264 ter.

El artículo gradúa la pena en función de la gravedad del resultado producido.

Continúa el artículo siguiente sancionando más conductas relacionadas con la informática, pues contempla la pena de prisión para el que obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, siempre que carezca de autorización y se realizara de manera grave.

Las nuevas tecnologías también han irrumpido en delitos de naturaleza sexual. La última reforma operada en el CP en el año 2015 introdujo el art. 183 ter CP, que sanciona al que a través de cualquier tecnología de la información y la comunicación (especialmente, a través de internet o móviles) contacten con menores de dieciséis años y propongan concertar un encuentro con él con el propósito de cometer un delito de los arts. 183 y 189, siempre que lleven a cabo actos materiales dirigidos al encuentro. Asimismo, resulta punible la conducta de quien contacte con menor de dieciséis años y realice actos para que le dé material pornográfico o muestre imágenes.

Igualmente, el art. 189.8 CP alude a las nuevas tecnologías necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en la que se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección de la comunicación y de la información. Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal³⁵¹.

La aparición de los delitos informáticos ha propiciado problemas de competencia territorial, ya que el resultado lesivo puede tener lugar en diversos lugares, dentro y fuera de nuestras fronteras. El ordenador desde el que se fragüe el delito informático se convertirá en pieza de convicción y, si se encontrara en un domicilio particular, deberá acordarse su recogida con todas las garantías legales. El examen del disco duro se efectuará a través de la policía judicial especializada, a modo de pericial.

En el ámbito penal resulta difícil imaginar el ejercicio anticipado de la prueba electrónica (que, a la postre, no deja de ser una variante de la pericial), pero podría

³⁵¹ Los artículos reseñados(a excepción del 197.1 y del 248.2) fueron introducidos en el Código Penal a través de la última reforma del cuerpo legal operada por LO 1/2015, de 22 de marzo, ante la necesidad acuciante de hacer frente a las nuevas modalidades delictivas surgidas al amparo de las novedades tecnológicas.

practicarse en el caso de que existiera un fundado temor de que el sujeto que tiene en su poder el soporte informático lo alterara o, cuando dada la fragilidad física del soporte, fuera aconsejable su realización para evitar la pérdida y poder realizar así la prueba. Pero parece que tal posibilidad podría evitarse si se levantara un acta notarial que diera fe del contenido y el estado del soporte a la fecha de los hechos, y dado que se crea una copia del documento original, se llevaría al acto del juicio el duplicado si el original hubiera perdido calidad con las explicaciones pertinentes del perito que, evidentemente, deberán ser sometidas a contradicción.

No obstante, de la misma manera que puede acordarse la práctica de la prueba de inspección ocular, bien de oficio, bien a petición de cualquiera de las partes, puede solicitarse que el juzgador examine por sí mismo a través de lo conocido como “cibernavegación”. Esta modalidad probatoria puede tener lugar en el acto del juicio. Ahora bien, cabe que, por ejemplo, sea necesaria la intervención del acusado o de alguno de los testigos que se encontrara en peligro de muerte o sujeto a alguna enfermedad degenerativa, por ejemplo, en cuyo caso no habría inconveniente en practicarla como prueba anticipada. La parte proponente tendría que fijar claramente las causas de la práctica urgente así como el objeto concreto a examinar, sin que haya inconveniente en que durante la práctica se ordene por el juez la visita a páginas web o correos electrónicos distintos de los acordados inicialmente, al realizarse con todas las garantías procesales para evitar indefensión de ninguna de las partes.

IV. SUPUESTOS ESPECIALES

1. Las intervenciones corporales

Existen supuestos respecto de los que los teóricos dudan si podrían quedar incluidos en la categoría de la prueba anticipada. Ello sucede, por ejemplo, con las intervenciones corporales. Para ETXEBERRIA GURIDI no hay duda de que aquéllas tienen como fin el aseguramiento de las fuentes de prueba al no poder repetirse durante las sesiones del juicio oral y, aun cuando cupiera su repetición, seguiría siendo lo más aconsejable practicarlos únicamente durante la fase de investigación, otorgándole naturaleza de prueba anticipada. En contra de su realización durante la vista, alega:

- a) Las partes pueden señalar otros expertos que actúen conjuntamente con los peritos

judiciales, que podrían participar en las intervenciones corporales efectuadas durante la investigación.

b) Su desarrollo durante el juicio resulta ciertamente complejo.

c) Si la intervención se realizara durante la vista supondría un choque frontal entre el derecho a la intimidad del acusado con uno de los principios procesales básicos, cual es la publicidad de los debates. Para evitar, señala, la innecesaria e indeseable repetición de la diligencia sumarial, aboga por concederle valor probatorio a la intervención corporal efectuada durante la instrucción³⁵².

No debe restarse razón a las palabras de ETXEBARRÍA GURIDI, pues sería imposible efectuar una intervención corporal en presencia de todos los miembros del tribunal y de los asistentes al juicio sin atentar contra su derecho fundamental a la intimidad, y podría entenderse como abusivo someter a una persona a dos intervenciones corporales en momentos procesalmente distintos para que adquiriera carácter probatorio. Pero tampoco podemos acogernos a todo lo dicho por el autor, en cuanto constituye claramente un ejemplo de empleo indebido del término “prueba anticipada”, pues lo realizado durante la instrucción ya veíamos que no podía catalogarse de prueba auténtica ni aun cuando se observaran las garantías procesales, siendo precisamente uno de los rasgos característicos de la prueba adelantada el que se efectúa una vez finalizada ésta y abierta la fase del juicio oral. Además, considera que las intervenciones adquieren un doble carácter: acto de investigación y prueba anticipada, lo que resulta insostenible³⁵³.

³⁵² ETXEBERRIA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal (Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales)*, Trivium, Madrid, 1999, pág. 90, nota 170 y pág. 589, nota 364.

³⁵³ ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, op. cit., págs. 88-90. Para él, las intervenciones corporales se caracterizan por una triple condición: “en primer término, su condición de diligencias de investigación, directas en ocasiones, por cuanto se agotan en sí mismas y son suficientes para aportar los datos idóneos para el esclarecimiento de los hechos, indirectas en otras por cuanto no aportan por sí mismas información útil pero constituyen el paso previo a posteriores diligencias que las complementan; en segundo lugar, las intervenciones corporales se significan porque su práctica supone una inevitable incidencia en un amplio espectro de derechos fundamentales, derechos que quedan afectados en un grado tal que singulariza este aspecto frente a otros igualmente determinantes (conocimientos específicos requeridos en ciertas ocasiones); por último, son diligencias de práctica anticipada, bien por su irrepetibilidad en ciertos casos, bien porque se hace aconsejable (pese a su reproducibilidad) para evitar la suspensión del juicio oral o para garantizar el respeto a la dignidad y pudor del afectado”.

2. Análisis de ADN

El mismo autor defiende que el análisis de ADN (pese a que la cataloga como una clara diligencia sumarial) habría de efectuarse como prueba anticipada³⁵⁴. De nuevo, le atribuye al término un significado equivocado pues, a pesar de que se vele durante su realización por el cumplimiento de las necesarias garantías procesales, el momento y el órgano ante el que se desarrolla le priva de tal naturaleza.

Durante el juicio, lógicamente, no podrá practicarse la pericia en sí pues, por un lado, daría paso a su suspensión dados los necesarios plazos para la obtención de resultados y, por otro, resulta innecesaria su doble realización, ya que en el juicio oral puede someterse al perito que llevó a cabo la pericia a ratificación y contradicción de su informe. Ahora bien, hemos de tomar en consideración un doble aspecto: por un lado, no puede entenderse que la diligencia sumarial, por las razones que venimos comentando, pueda ser tomada como prueba, en cuanto que las practicadas a lo largo de la instrucción no adquieren tal carácter. Por otro, hay que evitar la tendencia actual de darle valor probatorio a todo lo efectuado durante la instrucción (aunque se observen todas las garantías), que haría del juicio oral un mero escenario de ratificación formal de las pruebas, pues no debemos olvidar que sólo en esta fase y ante el órgano de enjuiciamiento la diligencia se convierte en prueba de des/cargo para lograr la íntima convicción del órgano de enjuiciamiento.

En realidad, los actos propios de las intervenciones corporales y obtención y análisis de ADN, pueden desarrollarse como anticipados siempre que concurren los requisitos propios de este tipo de excepciones, como la razón justificada de urgencia que motiva su adelantamiento. La anticipación ha de estar suficientemente motivada, debiendo cuidar que la comodidad no se convierta en el motor que mueva a su realización, para minimizar la quiebra del principio de concentración de actos en el juicio oral³⁵⁵.

Para otros autores, sin embargo, se tratan de casos representativos de “pruebas preconstituidas”, que no anticipadas, que, si se realizan bajo el prisma de las garantías

³⁵⁴ ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y su aplicación en el proceso penal*, Edit. Comares, Granada, 2000, pág.25-27.

³⁵⁵ En este sentido, ASECIO MELLADO, José M^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit., pág. 171 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, op. cit., pág. 324.

constitucionales y se introducen en juicio a través de su lectura, nada obsta para concederle valor probatorio. Por tanto, su sede natural, entienden, es la fase de investigación, donde se aseguran las fuentes de prueba. Esto habría de ser así incluso cuando por la naturaleza de la diligencia pudiera practicarse en el mismo momento del juicio, en cuanto que no deja de ser un acto propio de la fase de investigación. Así, no nos encontraríamos ante una práctica instructora por motivos de irrepetibilidad, puesto que incluso cuando pudiera repetirse el acto durante el juicio oral, su encaje ideal lo tiene durante la fase de investigación.

Si recordamos que el concepto de prueba preconstituida no supone una prueba previa, sino el otorgamiento de garantías añadidas a un acto concreto realizado durante el sumario, hace que, ineludiblemente, atribuyamos a estas diligencias durante su ejecución el carácter de meros actos de investigación³⁵⁶.

3. La prueba de reconocimiento judicial

A. Consideraciones generales

El reconocimiento judicial (mal llamado inspección ocular) es una prueba propia penal en la que se realiza una "comprobación personal del juez en el que observa directamente las circunstancias y elementos relacionados con el hecho punible, en el lugar donde éste ha ocurrido"³⁵⁷.

Podemos caracterizar este medio probatorio como de percepción sensorial del objeto de la prueba, de carácter judicial (que supone que debe practicarse por el tribunal), inmediato o directo (que supone inmediación entre el hecho a probar y la convicción

³⁵⁶ “El problema práctico -apunta DUART ALBIOL- se produce desde el momento en que su “reproducción” deviene imposible o muy difícil en el juicio oral. Siendo ello así, su práctica, ya durante la instrucción, ha de venir presidida por la inmediación y la contradicción, en la medida de lo posible y sin que ello suponga que, una vez introducidos en el juicio oral sus resultados, no haya igualmente de someterse a debate, oral y público, ante el tribunal decisor. Como tal prueba habrá de practicarse en el juicio oral sujeta a los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, pero como actos de investigación que no van a reproducirse en el juicio, han de estar dotados también de las mayores garantías posibles, máxime tratándose de medidas restrictivas de derechos fundamentales”. DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*, op. cit., pág. 56.

³⁵⁷ Definición ofrecida por RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Francisco y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, en *El proceso penal práctico*, op. cit., pág. 520.

judicial)³⁵⁸.

Por tanto, nos encontramos ante una prueba personal e inmediata, en que el juez efectúa un juicio crítico sobre aquello que se inspecciona, juicio crítico que elabora aun de forma inconsciente. Este tipo de pruebas supone que el objeto del reconocimiento se desplace a la sede del tribunal o que se realice fuera de dicha sede, en caso contrario, con desplazamiento del tribunal y las partes. En los casos en que exista riesgo de que el objeto del reconocimiento desaparezca o cambie hasta llegado el momento del juicio oral, podrá solicitarse y practicarse como prueba anticipada, antes de las sesiones de la vista.

Al ser una prueba de percepción sensorial directa, el juez se erige en protagonista, pues las percepciones o apreciaciones que reciba serán contrastadas con los demás datos obtenidos con el resto de medios probatorios y afectarán al resultado final del proceso: el dictado de la sentencia.

La STS 11 de noviembre de 1993 venía a calificar la inspección ocular de diligencia de investigación sumarial, no catalogándola como auténtica prueba.

En la misma línea, ya la STS de 25 de junio de 1990 señalaba que “La ordenación de la inspección ocular o reconocimiento judicial se contempla en la LECrim en fase de investigación sumarial (artículos 325 y siguientes) y en el plenario (artículo 727) y naturalmente, su práctica o no en este segundo momento dependerá de que el Tribunal disponga de elementos suficientes para formar un juicio y conforme a ello, que resulte necesario o inútil, debiéndose indicar que, en general, resulta inútil una vez concluso el sumario y transcurrido varios meses, pues no cabe ya recoger huellas o vestigios que puedan poner de relieve la forma de comisión, por vía de hipótesis, de los hechos objeto de acusación”.

Es por esto por lo que la STS de 20 de septiembre de 1991 definió la reconstrucción de hechos como una prueba propia de la fase de investigación, más que de la del juicio.

Al igual que sucede con la prueba de reconocimiento judicial en materia civil, este

³⁵⁸ La Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 13, en Auto de 14 de mayo de 2008, ya señalaba que esta prueba, por su propia naturaleza, "supone la percepción directa, personal e inmediata por parte del Tribunal, de los hechos objeto de prueba (lugar, objeto o persona), medio de prueba claramente judicial, pues se trata de una percepción por el Tribunal de forma "directa", con sus sentidos ("todos"), y no solo la "vista", como parecía restringir la anterior terminología: "inspección ocular", de forma que entre el Juez y el objeto de la prueba no existe (a diferencia de los otros medios) ningún elemento”.

medio probatorio puede completarse o sucederse de otros, como la prueba pericial (art. 328 LECrim) o la testifical (art. 329 LECrim). MUÑOZ SABATÉ entendió la prueba de reconocimiento civil como una "prueba asistida", toda vez que puede practicarse conjuntamente con la prueba de peritos o el interrogatorio de testigos. Asimismo, se ha calificado como "compleja o mixta", en cuanto pueden practicarse simultánea o sucesivamente con las pruebas periciales o testificales. Esto mismo resulta de aplicación en sede penal.

Mientras que la forma en que se desarrolla una diligencia de investigación y un acto probatorio no encuentran grandes diferencias, sí las hallamos -y evidentes- en cuanto a su finalidad. De esta forma, las primeras buscan obtener datos necesarios para fundar la acusación o defensa, mientras que los segundos persiguen lograr la íntima convicción del juez sobre aquello que defienden.

El TS ha criticado abiertamente en la STS de 24 de junio de 1991 la denominación de la diligencia, al afirmar que, en realidad, se emplean todos los sentidos, por lo que no debería denominarse "inspección ocular". De hecho, se trata de un reconocimiento judicial en el que pueden intervenir todos los sentidos para apreciar olores, tactos distancias... Estima innecesario en cuanto inútil que se realice en un momento distinto al de la instrucción, porque los restos o vestigios (como suceden con las huellas) difícilmente permanecerán hasta el día del juicio. El interrogatorio de las partes sometidas a contradicción podría ofrecer más información, según la sentencia, que una inspección ocular en el lugar donde sucedieron los hechos llevada a cabo habiendo transcurrido un tiempo considerable.

Por su parte, la LECrim regula la inspección ocular como diligencia investigatoria, otorgándole un relevante lugar en su ordenación. La misma línea ha seguido la jurisprudencia, tachándola de "prueba eminentemente de carácter sumarial" (STS de 2 de julio de 1994), "diligencia más propia de la instrucción que del plenario" (STS de 18 de noviembre de 1994). Incluso la STS de 28 de abril de 1995 llega a afirmar que no se ataca al derecho a la prueba de la parte cuando se le deniega la práctica de diligencia ocular en el acto del juicio oral, pues se trata de una diligencia propia de la fase de instrucción que únicamente tiene sentido practicar si transcurrió escaso tiempo desde que se produjeron los hechos hasta que se realizase. No obstante, no podemos sino disentir de tales consideraciones. En primer lugar, yerra el Alto Tribunal cuando la

tacha de “prueba” “sumarial” pues, como venimos sosteniendo, ambos términos son incompatibles. No podrá nunca otorgársele carácter probatorio a lo actuado durante la fase investigadora, pues sólo adquiere carácter de prueba lo practicado en el juicio oral.

En segundo lugar, por el objeto sobre el que recae, suele practicarse durante la instrucción, pues no sólo actúa como uno de los elementos tenidos en cuenta por las partes para fundamentar sus respectivas posiciones, sino que, lógicamente, mientras menos tiempo haya transcurrido desde que se produjo el suceso más posibilidades habrá de que no hayan desaparecido las huellas y restos del delito y de que el lugar de los hechos conserve un estado lo más parecido posible al original, sin haber sufrido variaciones derivadas de múltiples factores (climatológicas, temporales, de la mano del hombre...). Pero el que el resultado sea más o menos útil en función del tiempo transcurrido entre que sucedieron los hechos y la práctica de la diligencia no debe confundirse con el hecho de que sea posible su práctica.

Es por ello que nos alineamos con un gran sector doctrinal que defiende que la utilización de esta diligencia en el juicio será, generalmente, inútil, dados los nulos o pobres resultados que se pueden conseguir, pero no imposible³⁵⁹, porque puede que materialmente pueda llevarse a cabo a pesar de que ningún beneficio se obtendrá.

Lo cierto es que la LECrim admite su práctica en el art. 727, aun con carácter extraordinario. El carácter excepcional queda subrayado por el TS en SSTs de 14 de marzo de 1997, 7 de diciembre de 1994, 7 de mayo de 1993, 11 de mayo de 1998, entre otras, pues entiende que al celebrarse fuera de la sede judicial donde se celebra el juicio, sólo debería practicarse en defecto de otros elementos de convicción, al ser difícil de compaginar con los principios de contradicción y publicidad.

Siguiendo idéntico planteamiento, la STS de 24 de junio de 1991 descarta que se produzca indefensión cuando se deniega la práctica de la inspección ocular si se trata de reconstruir el hecho en el lugar donde sucedió hace tiempo, y las huellas de personas, animales o vehículos difícilmente persisten. En este caso, consideró que el interés de reconstruir el hecho podía verse satisfecho a través del mero interrogatorio en el acto del juicio oral.

³⁵⁹ PAZ RUBIO, José M^a y VV.AA: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999, pág. 159-161.

La pertinencia y utilidad de la prueba será fundamental a la hora de in/admitirla. Con independencia de que no pueda conocerse en todo su esplendor la trascendencia que tendrá un acto probatorio hasta tanto no se haya realizado, en ocasiones las circunstancias que rodearon el caso hacen presumir que la inspección ocular no arrojará luz sobre el hecho debatido.

A ello se refería la mentada resolución del Supremo de 2 de julio de 1994, que ningún reproche hizo a la negativa del tribunal *a quo* a la práctica de la inspección ocular, pues “se trata de una prueba eminentemente de carácter sumarial, a practicar por ello en fase investigatoria y como, acorde con el mandato constitucional integrado en el art. 120.3 de la Carta Magna, el Tribunal Provincial da las razones de fondo que impidieron su admisión, ni más ni menos que la inutilidad de reproducir unos hechos acaecidos hace cuatro años y medio antes, con la intención de demostrar la imposibilidad de identificación de una persona dentro de un móvil en marcha, cuando la circunstancia fundamental de la prueba, la luz artificial existente en el momento del acaecimiento del escrito no puede acreditarse fuera la misma que en el momento de práctica de la prueba solicitada”.

En conclusión, nos adherimos al planteamiento de que -por su propia naturaleza- la inspección ocular es una diligencia eminentemente sumarial, lo que no impide que, en determinados casos, pueda practicarse en el seno del juicio oral y, cómo no, como prueba anticipada antes del inicio de sus sesiones. De hecho, aun cuando se trata de una prueba prevista como esencialmente investigadora y como tal se le dedican varios preceptos en el texto procesal, no se olvida de la posibilidad de que se deba llevar a cabo en sede del juicio oral. Es decir, admite de forma implícita que el lugar natural de su práctica es con anterioridad al juicio oral, si bien cabe la posibilidad de que tuviera que realizarse en su seno por resultar esclarecedora para la averiguación de la verdad. Por tanto, si aceptamos que pudiera llevarse a cabo en el momento del juicio oral, no habría inconveniente en admitir la necesidad de su práctica por motivos de urgencia con carácter previo al inicio de las sesiones cuando el mero transcurso del tiempo pudiera hacer inservible o imposible su práctica. Eso sí, cuando se solicite por las partes en los respectivos escritos de calificaciones o escritos de acusación o defensa, se hará indispensable que se haga constar la urgencia del adelantamiento, que consistirá en la desaparición o mutación de las condiciones, lugar o hechos a examinar por los que se hace indispensable la anticipación probatoria.

El aludido art. 727 LECrim diferencia dos supuestos: que el lugar a inspeccionar en la prueba de inspección ocular se hallare en la capital o que estuviera fuera de ésta. En la primera hipótesis, se constituirá allí el tribunal con las partes y el Letrado de la A.J. extenderá acta del lugar o cosa inspeccionada, dejando constancia de las observaciones de las partes. En el segundo de los casos, se constituirá en el lugar el miembro del tribunal que designe el Presidente junto con las partes, debiendo extenderse la misma acta.

La prueba de inspección ocular practicada en el seno del juicio oral reporta evidentes beneficios para el juez o tribunal sentenciador, que entra en contacto personal e inmediato con el delito, pues a través del reconocimiento del lugar donde se cometió puede comprobar elementos objetivos del delito mediante la observación no sólo de huellas y vestigios resultantes del acto delictivo, sino también de las circunstancias ambientales y geográficas que existieron al momento de la comisión. Es necesario insistir en la necesidad de que se practique a la mayor brevedad posible para evitar la desaparición de las huellas del hecho delictivo o la mutación que determinados objetos puedan sufrir por el mero transcurso del tiempo.

Entendemos que el carácter excepcional de este tipo de actos es indiscutible (prueba de ello es el insignificante número de veces en que se solicita su práctica), pero no por eso debe omitirse su consideración de auténtica prueba, que permite al órgano decisor decidir con mayores elementos de juicio.

La excepcionalidad procede del simple hecho de que es en la instrucción donde, aparentemente, más sentido tiene que se practique al haber transcurrido menos tiempo desde que se cometió el hecho y existir mayores probabilidades de que el objeto del delito permanezca intacto o las huellas o vestigios no hayan desaparecido. Sin embargo, en realidad será su práctica por el juez penal (entendido como no instructor) la que le otorgue la auténtica cualidad de acto probatorio, pues será él quien, a través de su directa percepción, será capaz de extraer consecuencias que contribuirán a configurar su íntima convicción sobre el asunto debatido. Y dentro de la excepcionalidad de que no se desarrolle en fase de averiguación de delito, en este tipo de pruebas lo oportuno será que se solicite por las partes en sus respectivos escritos y se practique lo antes posible, evitando así los manifiestos riesgos que el paso del tiempo supone para el éxito de la prueba. Es decir, que si en la inspección ocular el paso del tiempo actúa casi como un “enemigo” de su resultado, debería desplegarse de forma anticipada, sin esperar al

momento de la vista.

Es innegable que la práctica en sí puede resultar molesta o poco cómoda al tener que compatibilizarse con la programación del juzgado, lo que ha motivado que, en según qué circunstancias, se trate de sustituir con informes periciales, actas notariales, fotografías o grabaciones del objeto del reconocimiento que, sin duda, disminuirá los datos que el juzgador podría obtener si percibiera directamente el elemento. En el ámbito civil, en relación con el reconocimiento judicial (figura correlativa a la inspección ocular en el ámbito civil) la propia LEC 1881 la consideraba una prueba subsidiaria a admitir únicamente en los casos en que el resto de pruebas concurrentes no fueran suficientes para formarse la íntima convicción. Es decir, quedaba vinculada a razones de necesidad. DÍAZ FUENTES reflejó a la perfección la tendencia de los tribunales al manifestar que "la Justicia se enclaustró en la oficina judicial, perdiendo la aspiración de conocer la realidad exterior en sí misma"³⁶⁰.

B. Desarrollo

La forma de proposición de la prueba anticipada de inspección ocular revestirá las mismas formalidades estudiadas en relación con los medios probatorios anticipados ya analizados: se propondrá por las partes en los respectivos escritos de conclusiones en el procedimiento ordinario y en el escrito de acusación o defensa en el procedimiento abreviado.

En todo caso, se hará imprescindible para que se produzca su admisión que se reseñe la razón concreta por la que el tribunal deberá desplazarse al lugar de los hechos, cuál es la circunstancia concurrente que percibirá el tribunal que justifique el que se movilice y se traslade fuera de la sala donde, en supuestos normales, deberán celebrarse las pruebas. Tal exigencia, expuesta en STS de 25 de junio de 2001, resulta plenamente aplicable a la petición de prueba de inspección ocular anticipada, en la que, además, deberá dejarse suficiente constancia de los motivos justificadores de su práctica adelantada. De este modo, en este tipo de pruebas nos encontraremos con la necesidad de una doble justificación. Por un lado, el proponente indicará de manera precisa cuál es el dato concreto que tiene que ser apreciado por el tribunal (para que pueda valorar su

³⁶⁰ DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed, Edit. Bosh, Barcelona, 2004, pág. 289.

necesidad) y, por otro, deberá justificar las razones por las que considera se hace inevitable su práctica previa a las sesiones del juicio oral (con el fin de que el tribunal valore, en este caso, su concurrencia y la justificación de la solicitud). Resulta absolutamente razonable que las exigencias sean mayores en este tipo de actuaciones al llevar aparejadas no sólo ruptura del principio de concentración, sino también de los principios de inmediación (en los órganos colegiados en que sólo se desplaza un miembro) y de publicidad. No puede negarse, además, el inevitable trastorno que supone para todos los que deben constituirse (tribunal, partes y testigos cuando así se solicite y se admita).

Asimismo, su in/admisión será competencia del juez o tribunal que deberá enjuiciar los hechos objeto de la causa. Las partes, con el fin de que el juez o tribunal entienda pertinente y útil la prueba propuesta, deberán dejar constancia en su escrito de aquello cuya inspección se solicita, su perfecta ubicación y las razones por las que entienden necesario o útil que se lleve a cabo la diligencia una vez transcurrida la instrucción y con carácter previo al comienzo de las sesiones del juicio oral. En un asunto relativo a la usurpación de un bien inmueble, se rechazó la inspección ocular del mismo por el tiempo transcurrido, entendiéndose el TC que no se violó ningún derecho en la inadmisión de la prueba, pues las condiciones en las que estaba el inmueble en el momento en que podía llevarse a cabo la prueba podían no coincidir con el estado en que se hallaba al tiempo de los hechos (STC 58/2006, de 27 de febrero).

A pesar de que la LECrim le dedica únicamente un artículo a su desarrollo fuera de la fase instructora, refleja distintos supuestos en los que deja sentado cómo debe desarrollarse en cada uno de ellos y que, por analogía, deben ser aplicados en esta sede. Diferencia claramente según la prueba deba realizarse en la capital o fuera de ella. En el primero de los casos, si el lugar que deba ser inspeccionado se hallare en la capital, se constituirá en él el tribunal con las partes, dada la presunta facilidad para que el tribunal se constituya fuera de su sede. El Letrado de la A.J. (supliendo los mecanismos modernos de grabación empleados actualmente) dejará constancia del lugar o cosa examinado, y plasmará igualmente cualquier incidente que pudiera tener lugar, las circunstancias en que se desarrolle y las observaciones de las partes.

En el segundo de los escenarios planteados, si el lugar estuviese fuera de la capital, el tribunal quedará constituido allí donde se trate a través del miembro del tribunal que

designe el Presidente, desarrollándose en forma idéntica a la descrita. Lo dispuesto se acomodará a los casos en que se proponga como prueba anticipada y se admita con tal carácter.

Como vemos, la propia normativa ampara la posibilidad de que el acto se efectúe con la presencia de uno solo de los miembros del tribunal, lo que disipa toda suspicacia acerca de la validez de la prueba anticipada practicada en presencia de parte del tribunal. El legislador ha considerado que el principio de inmediación no se verá afectado por el hecho de que no se constituya el tribunal en su conjunto, quien accederá a toda la información que se derive de la inspección ocular a través de las manifestaciones de su compañero y de la documentación que del acto realice el Letrado de la A.J., así como, en su caso, de los soportes de grabación en que constare.

En todo lo demás se estará, en cuanto fuere necesario, a lo dispuesto en el título V, capítulo I del libro II, remitiéndose a las reglas generales de la prueba de inspección ocular.

Recordemos que la prueba de inspección ocular pudiera ser la correlativa penal de la prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil. Pues bien, en relación a esta última, ABEL LLUCH detalló las fases del acto, que, entendemos, se ajustan al medio probatorio aquí analizado:

1º Desplazamiento del juez y de las partes al lugar del reconocimiento o traslado del objeto o persona que se ha de reconocer a la sede judicial.

En caso de que el objeto del reconocimiento o inspección ocular recaiga sobre un lugar o un objeto que no pueda ser trasladado en los términos antes apuntados, se trasladará el órgano judicial, junto con el Letrado de la A.J. y las partes debidamente citadas para la práctica de la prueba.

2º Verificación de los asistentes.

Corresponderá al Letrado de la A.J. levantar acta en que indique los sujetos que comparecieron a la práctica de la prueba.

3º Indicación de los extremos del reconocimiento.

Previamente a que se efectúe el juicio oral, en el auto de admisión de pruebas o en la resolución por la que el juez señale la procedencia de su práctica, deberá indicarse el lugar u objeto a examinar.

4º Examen judicial del lugar, el objeto o la persona.

El juez procederá a examinar aquello a lo que se refería la resolución de admisión de la prueba.

5º Observaciones o declaraciones de personas prácticas o entendidas.

En la inspección ocular en el proceso penal cabe el auxilio de terceros entendidos en una materia que auxilien al juzgador en los extremos en los que sea preciso.

6º Observaciones de las partes, abogados o procuradores.

En el proceso civil, se admite que durante el reconocimiento judicial las partes, abogados y procuradores hagan oralmente manifestaciones u observaciones al juez. Esto también puede tener lugar durante la inspección ocular, teniendo la facultad de señalar algún dato que haya pasado desapercibido o que consideren especialmente relevante.

7º Aportación de las máximas de experiencia por el perito.

Como vimos, es posible el desarrollo de la pericial de forma simultánea a la realización de la inspección, debiendo atender a las aclaraciones o precisiones a que les sometan tanto el juzgador como los terceros intervinientes. Si se hubiera acordado la práctica simultánea la labor de inspección será especialmente interesante al tener la oportunidad de obtener mayores resultados del acto probatorio.

8º Interrogatorio de los testigos y de las partes.

En el caso de que se haya decretado la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos y de las partes, se procederá inicialmente a la inspección y se producirá luego el interrogatorio.

9º Redacción del acta.

Como toda actividad probatoria que se realice fuera del juzgado, deberá ser consignada en acta escrita por el Letrado de la A.J. o medio técnico de grabación de imagen o

sonido que lo sustituya, no sólo para que las partes pudieran tener acceso a las mismas, sino para que el juzgador lo tenga a su disposición a la hora de dictar sentencia.

No debemos olvidar que el protagonista de la prueba de inspección ocular es el juez, quien analizará y hará un examen crítico de lo observado, aunque corresponda al Letrado de la A.J. la redacción en el acta de lo practicado, donde dejará constancia de aquellas manifestaciones que le exprese el juez.

El acta deber ser detallada y expresar con claridad las percepciones y observaciones de los intervinientes, pues puede pasar largo tiempo desde que se practique la prueba hasta que sea valorada por el juez a la hora de dictar sentencia.

10º Firma del acta por los asistentes³⁶¹.

El resultado de la inspección ocular quedará plasmado en un acta.

Así, por referencia, se aplica de manera supletoria el art. 332 LECrim en cuanto a la firma del acta, debiendo ser firmada por el juez, fiscal si asistiere, el letrado de la A.J. y las personas que se hallaren presentes. En determinados delitos el juez podrá consultar el parecer de peritos sobre la manera, instrumentos, medios o tiempo de la ejecución del delito. De requerirse su presencia, también habrán de firmar el acta, con independencia de la practicidad real o no de su actuación.

Ahora bien, no cabe duda de que el acta levantada por el Letrado de la A.J. constituye un documento público que hace prueba plena en cuanto al objeto o lugar de inspección, fecha y lugar donde tiene lugar y personas intervinientes. Según las SSTS de 6 de diciembre de 1985 y 25 de febrero de 1988, de datos objetivos no discutibles que fueron apreciados por los sentidos, pero no de las apreciaciones de juez o de las partes.

El art. 359 LEC, de aplicación supletoria en materia penal, introduce en su párrafo primero la necesidad de que se deje constancia del reconocimiento judicial y de las manifestaciones de los intervinientes a través de medios de grabación de imagen o sonido. Sin embargo, esto no dispensa de la obligación de levantar acta por el Letrado de la A.J., en la que se plasmará lo necesario para identificar las grabaciones, reproducciones o exámenes efectuados.

En cualquier caso, se trata de un medio auxiliar que no es de obligada utilización, de

³⁶¹ ABEL LLUCH, Xabier, en *La prueba de reconocimiento judicial* (Dir. Xavier Abel Lluch y Joan Picó I Junoy), Bosh Editor, Barcelona, 2012, pág. 110-113.

modo que su no empleo no da lugar en absoluto a nulidad de la prueba³⁶², ni evita su valoración en segunda instancia³⁶³. Se aprecia la amplia terminología usada por el legislador al referirse a las posibilidades de consignación de lo inspeccionado, conector del ritmo frenético de invención de nuevos medios técnicos que permitan la recogida de información, evitando así la fijación de un *numerus clausus* que podría quedarse obsoleto. Lo fundamental es que se traten de medios de grabación de la imagen y sonido que permita su reproducción futura. Ahora bien, es cierto que la ley no especifica quién será el encargado de emplear tales medios de grabación, resultando difícil que sea el Letrado al tener la función de plasmación de lo actuado en el documento de certificación. Por ello, no parece haber inconveniente en que sea un tercero bajo su supervisión. Eso sí, lo grabado quedará bajo la custodia del Letrado.

El apoyo del acta escrita en una grabación reporta indudables ventajas, pues evita transcripciones erróneas y puede captar todo tipo de detalles que por la extensión, el tiempo y la capacidad de observación no quedan reflejadas en el acta. Ahora bien, en los casos en que exista este soporte audiovisual, a pesar de que sigue siendo imprescindible la confección y firma del acta, nada se dice en torno a su extensión. Entonces, ¿qué extensión deberá tener ésta si coexiste con un medio de apoyo? Un sector doctrinal se muestra partidario de mantener la exigencia de acta detallada, alegando que el hecho de que pueda contar con medios de apoyo no exime en ningún caso de su confección ni le concede la posibilidad de limitar su contenido. Sin embargo, un sector opuesto se muestra partidario de reducir el contenido del documento, basándose en criterios de simplicidad y en el hecho de que considera más ajustado a la realidad lo plasmado en los medios técnicos que en las apreciaciones subjetivas del juez o del Letrado.

C. Supuestos de reconocimientos judiciales

La prueba de inspección ocular(o, mejor denominado, reconocimiento judicial) puede tener como objeto un lugar, una cosa mueble o incluso una persona. Existen supuestos en que el examen del lugar por el juzgador se hace imprescindible de cara a obtener datos relativos a las circunstancias en que tuvo lugar el hecho punible, relevantes para llegar a la conclusión de que efectivamente se produjo, la concurrencia de

³⁶² SAP de Lugo, Secc. 1ª, de 5 de diciembre de 2008.

³⁶³ SAP Madrid, de 14 de mayo de 2007.

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o los efectos del delito, determinantes para la fijación tanto del tipo delictivo como de la pena y de la responsabilidad penal derivada del delito. Puede ser objeto de exploración por el órgano de enjuiciamiento cualquier cosa que sea susceptible de apreciación por los sentidos, así como los vestigios que pudiera haber dejado la acción delictiva. En el caso de que el lugar a inspeccionar pudiera sufrir alguna alteración que impidiera retrasar su práctica al momento del juicio oral sin pérdida de información, se hará oportuno practicar la prueba anticipada.

Pero también puede versar este medio probatorio sobre algún objeto cuyo examen por el tribunal pudiera ser significativo para la resolución del caso. Como objeto de inspección señalamos todos aquellos que sean perceptibles por los sentidos. Algunos de ellos, por su volumen o por el estado en que se hallaran, no podrán ser trasladados a presencia judicial, en cuyo caso se examinará por el tribunal en el lugar donde estén. En el caso contrario, el examen se practicará en sede judicial. Si la cosa a examinar por el juzgador pudiera sufrir negativamente el paso del tiempo y se motivara suficientemente la importancia de su práctica, o si el tribunal, *ex officio*, considera la prueba necesaria para completar las existentes, podrá llevarse a cabo la práctica previa a las sesiones del juicio oral. Un supuesto claro sería la existencia en un delito de homicidio o asesinato de restos óseos en mal estado de conservación cuyas características, según informe pericial, permitieran fijar las causas de la muerte o la identidad de la víctima. El juzgador puede no estimar suficiente el informe pericial (aun cuando se vea acompañado oportunamente por un reportaje fotográfico) y acudir a este medio probatorio.

Vemos, por tanto, que la inspección por el juez tendrá lugar dentro o fuera de la sede judicial en función del objeto sobre el que recaiga. En caso de que el lugar o cosa a inspeccionar se halle fuera de la circunscripción judicial el principio de inmediación impide que se realice por otro órgano, por lo que deberán desplazarse hasta allí. Por esta razón, si se trata de efectuar una inspección ocular fuera de la sede del juzgado dada su complejidad y la falta de garantía de que pueda celebrarse correctamente en el día fijado, entendemos lógico que se procurara realizarla como prueba anticipada, con el propósito de evitar suspensiones innecesarias. Éste es el motivo por el que aludíamos antes al carácter generalmente anticipado de este medio probatorio, dada la alta

posibilidad de que dé lugar a suspensiones durante el acto del juicio.

En los últimos años se ha ido admitiendo que la prueba de inspección ocular recaiga sobre las nuevas tecnologías. La proposición de este tipo de pruebas se efectuará en los escritos de calificación o acusación y defensa, y revestirá carácter de anticipada cuando haya fundadas sospechas de que podrá dar lugar a la suspensión del juicio o se advierta cierto peligro en la conservación del objeto a analizar. Cuando las partes lo propongan, habrán de hacer constar varios extremos:

a) El objeto de la inspección o reconocimiento judicial (por ejemplo, el contenido de una página web, el contenido de mensajes electrónicos enviados o difundidos, el número de visitas de una determinada página, etc).

b) Si se precisa de la asistencia de un perito en la práctica de la prueba (perito informático, evidentemente).

c) Si la inspección podrá tener lugar en la sede del tribunal o deberá desplazarse el juez. Se realizará en la sede del tribunal cuando se aporte un portátil o se navegue a través de ordenadores del juzgado. La salida se producirá cuando haya de examinarse un ordenador fijo en caso de que no pudiera ser trasladado a la sede judicial.

En el auto admitiendo la prueba, el juez indicará los extremos que se examinarán, si concurrirán o no peritos, el lugar y la fecha de realización. De nuevo nos hallamos ante una prueba de percepción inmediata o directa en la que será el propio juez el que teclee el ordenador o se sitúe de forma que controle cada uno de los pasos que el perito o tercera persona efectúa para acceder a las páginas, correos u otro material informático a examinar. En cualquier caso, decimos, se realizará a su presencia y compareciendo asimismo el Letrado de la A.J. para dar fe de cuanto allí se haga.

Este tipo de inspecciones puede realizarse conjuntamente con la prueba pericial o la prueba de interrogatorio de testigos, y su realización será previa al acto del juicio en los supuestos en que se prevea la suspensión o que exista un temor fundado de que los testigos no se encuentre en el momento del juicio oral en condiciones de realizar manifestaciones o no se hallen en territorio español. Si tuviera lugar conjuntamente con la prueba pericial, ambas se realizarán de manera simultánea, de forma que después de navegar el juez directamente o hacerse en presencia de éste, el perito informático

complementará la información recibida ofreciéndole datos o explicaciones que sepa a través de sus propios conocimientos técnicos.

El Letrado levantará la pertinente acta de la inspección que recogerá aquello que se visitó, las personas que lo presenciaron y el resultado de la prueba, pudiendo adjuntarse copia³⁶⁴ de las webs visitadas o de los mensajes enviados-recibidos.

D. Valoración del reconocimiento

Nos encontramos ante un medio probatorio de reconocida naturaleza personal y directa, en el que el juez, sin intermediarios, obtiene impresiones inmediatas (sin pasar tampoco la información por el filtro de terceros). Sin embargo, hemos de reconocer la posibilidad de que el juez incurra en error al interpretar lo observado, aun contando con los informes periciales. De esta manera, se ha apreciado la posibilidad de que puedan existir distintos tipos de errores:

a) Error en la percepción: se produce cuando se percibe un lugar o un objeto de manera distinto al existente en la realidad, bien por no atender a los detalles determinantes en favor de otros secundarios, por no prestar atención a todos los detalles del reconocimiento, incurrir en error en su interpretación o cuando el objeto o el lugar a inspeccionar se hubiera modificado desde la comisión del hecho.

b) Error técnico en la valoración: cuando se trata de realizar la inspección sobre datos técnicos, precisamente, para evitar incurrir en errores, se suele realizar conjuntamente con una prueba pericial, que auxilie al juez en tales tareas gracias a sus conocimientos.

c) Error en la descripción de lo percibido: tiene lugar cuando, tras realizarse correctamente la inspección, se traslada de modo inexacto al acta o se recoge de forma inexacta por el Letrado de la A.J. En el caso de que el juez dictara al Letrado algún dato para que se consigne en el acta y las partes apreciaran algún error, lo oportuno será que el propio Letrado o las partes presentes lo hagan saber para que el juez pueda reconsiderar lo manifestado o, incluso, repetir el reconocimiento para dejar constancia lo más acorde con la realidad que sea posible.

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de que el resultado de la inspección ocular no

³⁶⁴ Bien de manera impresa, bien a través de cds, dvds, pen drives...

coincida en algún punto con los datos arrojados por los testigos durante la práctica de la prueba testifical? ¿Cuál de las dos pruebas prevalecería? Nos inclinamos por situar en una posición de prevalencia a la inspección ocular, ya que el órgano de enjuiciamiento fue parte activa de la misma y apreció directamente los datos que los testigos le narraron. De esta manera, se ha llegado a considerar al juez un "testigo cualificado" al examinar directamente aquello sobre lo que recaerá la posterior valoración probatoria.

Cabe asimismo, aunque ciertamente no sea frecuente, que exista contradicción entre las apreciaciones realizadas por el juez que llevó a cabo la inspección o reconocimiento y el dictamen pericial. En esta situación, si el juez decide acogerse a sus propias impresiones, deberá justificar motivadamente en la sentencia las razones por las que se separa de los datos ofrecidos por los expertos en la materia.

Se puede plantear la posibilidad de llevar a cabo el reconocimiento judicial a través del sistema de la videoconferencia. Esta alternativa, no regulada normativamente, supondría para este sector innumerables ventajas no sólo en términos de ahorro económico por los gastos de desplazamiento, sino también economía de tiempo. Así, se ha dicho que aquello que ha de ser inspeccionado por el juez podría, aun de modo virtual, ser trasladado a presencia judicial, lo que aumentaría las posibilidades de su desarrollo durante el juicio oral al preverse menor número de suspensiones cuando el tribunal se viera forzado a desplazarse fuera de la sede del tribunal. Ahora bien, la práctica anticipada, con o sin videoconferencia, se haría ineludible en los casos en que existiera algún motivo que hiciera temer por la integridad del lugar u objeto a inspeccionar. Igualmente, resultaría imposible su ejercicio en las situaciones en que el juez debiera emplear los sentidos del tacto, gusto o del olfato durante su ejercicio.

La LECrim guarda silencio sobre el uso de la videoconferencia en este ámbito, mientras que sí hace mención expresa de la autorización de su empleo para la realización de otras diligencias. En cualquier caso, nada parece impedir que se use en la prueba de inspección ocular siempre y cuando la calidad de la imagen y del sonido fueran extraordinarias y no se requiriera por parte del juez (auténtico protagonista de la prueba) el empleo de sentidos que requieran de un contacto directo e inmediato con la cosa o lugar a inspeccionar.

V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE LA FIJACIÓN DE UN *NUMERUS CLAUSUS* EN TORNO A LA PRUEBA ANTICIPADA

A la vista de la escasísima previsión legislativa relativa a la figura estudiada, y *de lege ferenda*, cabe plantearse la necesidad no sólo de una regulación más completa de la institución procesal, sino también de la conveniencia -o no- de fijar un número cerrado de supuestos en los que la anticipación probatoria fuera posible y necesaria. Dada la parquedad del legislador en torno a la excepción, resulta imposible no mirar hacia países de nuestro entorno para analizar los modelos allí empleados y el tratamiento conferido, máxime cuando en alguno de ellos (como sucede en el caso del incidente probatorio italiano) ha demostrado que puede resultar verdaderamente útil en el seno del Derecho penal.

A pesar de que pudiera parecer que el establecimiento de un *numerus clausus* podría contribuir a dar estabilidad al instituto y facilitar su aplicación al reducir el elemento discrecional del juez en torno a su admisión, lo cierto es que -incluso en el caso de Italia en que se fija una lista cerrada- pensar en un modelo cerrado permanente en el tiempo parece más una utopía que una posibilidad real. Y decimos esto porque, tomando como referencia el incidente probatorio, se observa cómo a raíz de las modificaciones legislativas e interpretaciones jurisprudenciales producidas durante los diez primeros años de vigencia de su Código de 1988 se produjo una ampliación evidente de los presupuestos que permiten la anticipación probatoria, dejando rápidamente atrás la lista inicial³⁶⁵.

Esta ampliación (desmesurada, según un sector doctrinal), conlleva que los presupuestos para la anticipación no son ya sólo la presencia de actos “no aplazables hasta el momento del juicio”, sino también los actos semejantes a estos y los actos que, aun siendo aplazables, podrían practicarse anticipadamente. El aumento evidente de premisas acarreó la disconformidad de un amplio sector de la doctrina italiana especializada, que entendió claramente desvirtuada la naturaleza excepcional del incidente. Para LOZZI, este aumento amplía la discrecionalidad judicial a la hora de admitir o no los presupuestos imprescindibles para su práctica³⁶⁶, como el carácter de

³⁶⁵ BIONDI, Giuseppe, *L'incidente probatorio nel processo penale*, op. cit., pág. XIX.

³⁶⁶ LOZZI, Gilberto, *Lezioni*, op. cit., pág. 370.

urgencia, precisamente lo que se pretendía evitar con la tasación.

Esta misma situación es la que podría reproducirse en el caso del Derecho español si se abordara una regulación detallada de la figura con la incorporación de una lista cerrada, pues se le otorgaría al juez de enjuiciamiento amplísimos poderes para apreciar tanto la necesidad como la urgencia, lo que implicaría una desnaturalización del carácter excepcional. Ahora bien, debe valorarse que el juez o tribunal del juicio será el que admita o inadmita no sólo la prueba anticipada, sino todo tipo de prueba, careciendo de sentido que se pretenda encorsetar su decisión en el caso de la prueba previa y se le siga permitiendo decidir con absoluta libertad en el resto de los supuestos. De hecho, la amenaza quizás sea la contraria, el riesgo de que los juzgadores vean limitada la potestad de aceptar o no la prueba con absoluta libertad, debiendo admitirlas en tanto se den objetivamente los requisitos que se recojan en la norma. Se podría cuestionar, por tanto, la disminución de la decisión discrecional del juez.

Como en cualquier modificación las sucesivas modificaciones afrontadas en torno a la regulación del incidente probatorio no pueden criticarse de forma absoluta. Para FLORES PRADA, las reformas han ido ampliando tanto cualitativa como cuantitativamente los supuestos de práctica de la prueba anticipada, pero se ha respetado en líneas generales el espíritu de la excepción y el carácter excepcional, haciendo prevalecer el derecho a la integridad y disponibilidad del material probatorio sobre el cumplimiento riguroso del principio de la práctica en el seno del juicio oral. Igualmente, las revisiones han desembocado en una protección a los menores testigos en los casos de delitos sexuales e incluso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, cuando la prueba pudiera dilatarse temporalmente³⁶⁷.

Conforme a lo dicho, establecer una regulación más restringida de la prueba que supusiera la determinación de un *numerus clausus* podría ofrecer como ventajas: el otorgarle mayor protagonismo a la excepción (aún hoy poco conocida entre los usuarios del Derecho) y aumentar las posibilidades de admisión siempre que se den los supuestos tipificados. Como inconvenientes, encontraríamos una limitación de la facultad discrecional del juez en cuanto a la in/admisión de las pruebas a practicar que difícil justificación tendría respecto de su paralela prueba ordinaria, donde la potestad

³⁶⁷ FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada (...)*, op.cit, pág.98.

decisoria es total en primera instancia³⁶⁸.

Asimismo, y tomando de nuevo como referencia la experiencia italiana, uno de los riesgos que se asumiría sería el de incluir dentro de la figura instituciones que se “disfrazan” terminológicamente de prueba anticipada pero que no comparten fundamento con ella. Sucede, por ejemplo, con la posibilidad de practicar como anticipada la declaración del testigo que no quisiera testificar ante la defensa, sin que se exija aquí justificación alguna.

³⁶⁸ La potestad decisoria del juez respecto a la admisión o no de pruebas es total siempre que se mueva dentro de los límites de la racionalidad. Si las partes apreciaran cualquier arbitrariedad en su actuar, podrán hacerlo constar vía recurso para su control por parte de la instancia superior.

CAPÍTULO OCTAVO: LA PRUEBA ANTICIPADA EN LOS PROCESOS DE JURADO, DE MENORES Y MILITAR

I. PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

1. Consideraciones generales

El procedimiento ante el Tribunal del Jurado (regulado en la LO 5/1995, de 22 de mayo), constituye en sí mismo un procedimiento singular. En lo que a la realización de la prueba se refiere, una de sus peculiaridades radica en la pluralidad de momentos en las que podrá proponerse la prueba: en el escrito de calificación (art. 29 LOTJ), en las cuestiones previas (art. 36 LOTJ) y en el trámite de alegaciones previas al Jurado (art. 45 LOTJ).

Como vemos, la primera oportunidad que se brinda a las partes para proponer prueba, al igual que sucede en el procedimiento ordinario y en el abreviado, la constituye el escrito de conclusiones.

El escrito solicitando la apertura del juicio oral tendrá el contenido a que se refiere el artículo 650 LECrim (art. 29.1 LOTJ).

Sin embargo, esta propuesta inicial se lleva a cabo con carácter previo a que el Magistrado-Presidente fije los hechos controvertidos. Es por ello por lo que la ley concede la oportunidad a las partes de ir configurando su prueba en siguientes fases.

Conviene recordar que, en este procedimiento -al que se aplican de forma supletoria las normas de la LECrim- la base probatoria queda en manos de las partes. Excepcionalmente, contempla la LECrim la posibilidad de que el juez pueda ordenar la práctica de diligencias de prueba no ordenadas por las partes, siempre que lo considere necesario para la comprobación de hechos objeto del escrito de calificación (art. 729.2º LECrim, que otorga al juez la potestad de practicar diligencias de prueba no propuestas por las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos objeto de los escritos de calificación. Ahora bien, en esta sede, surge la lógica duda de quién podría hacer uso de tal facultad, si el Magistrado-Presidente o los jurados. ¿Podrían los jueces legos ordenar la práctica de una prueba si la consideraran indispensables para el esclarecimiento de los hechos, siendo ellos los que deben decidir

sobre la culpabilidad o inocencia de uno o varios acusados?

La propia LOTJ, en su Exposición de Motivos, se pronuncia expresamente sobre tal posibilidad, sin ambages: "Un aspecto que merece especial consideración es la participación del Jurado en la actividad probatoria. De la misma manera que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ha optado por una transacción entre el principio de aportación de parte y el de investigación de oficio, autorizando al tribunal a contribuir a la producción de medios de prueba en el juicio oral, se traslada esa posibilidad al Jurado, que es precisamente quien tiene ahora la responsabilidad probatoria sobre la veracidad de la imputación".

De modo que la respuesta a la pregunta planteada es positiva, con el fin de que aquellos que van a decidir puedan manejar cuanta información probatoria sea posible.

2. Formalidades

Hemos de advertir que la discusión a la que aludíamos en torno a las distintas fases del proceso penal se acentúa en el caso del proceso ante el Tribunal del Jurado³⁶⁹. La confusión estriba en si los actos preparatorios del juicio oral (propios de la fase intermedia) deben entenderse incluidos en la etapa instructora o como una etapa independiente. Los partidarios de su conceptualización como fase autónoma la sitúan entre el instante en que el instructor debe revisar las diligencias para deducir la existencia o no de indicios racionales de la existencia del delito que dio lugar al procedimiento y de la participación en él de los encausados (art. 28 LOTJ) hasta la remisión de todo lo actuado al órgano de enjuiciamiento tras dictarse el auto que declara la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa (art. 35 LOTJ). En este sentido, un sector doctrinal³⁷⁰ defiende que la fase intermedia se inicia con la presentación de los escritos

³⁶⁹ Cuestión abordada, entre otros, por GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, op. cit., pág. 93; MORAL GARCÍA, Antonio del, "La fase intermedia en el proceso ante el Jurado", en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*, Edit. Comares, Granada, 1996, pág. 164, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús, "La instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado", en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*; Edit. Comares, Granada, 1996, pág. 142, TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El Tribunal del Jurado: competencia, composición y procedimiento*, Edit. Edersa, Madrid, 1996, pág. 87; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El período intermedio del proceso penal*, S.A. MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1997, Aravaca, pág. 13.

³⁷⁰ Entre los que se encuentran GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, op.cit., págs. 93-99; GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, op.cit., pág. 753 y ss.; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El período intermedio (...)*, op.cit., págs. 69 y 70.

de petición de juicio oral y calificación, sosteniendo otro³⁷¹ que la etapa comenzará más tarde, cuando el instructor analiza las diligencias practicadas durante la instrucción a los efectos del art. 28 LOTJ.

Como hemos observado, al igual que en el resto de procesos, las partes emplearán el mecanismo del escrito de calificación para fijar los hechos por los que se acusa, calificarlos y solicitar la pena que estime, ofreciendo para ello una serie de medios de prueba para hacer valer sus pretensiones. En sede de Jurado se trata, además, de un primer acercamiento, de una primera delimitación del objeto del proceso sobre el que versará la decisión del tribunal³⁷².

La regla general ampliamente admitida por doctrina y jurisprudencia será, por tanto, que sólo puede practicarse en el juicio oral prueba que haya sido propuesta en los escritos de calificaciones, por ser éste el momento procesalmente oportuno para su formulación³⁷³. En casos excepcionales, por tanto, tendrán los jurados la posibilidad de solicitar la práctica de nueva prueba que contribuya a la búsqueda de la verdad, tal y como hemos visto admitía su propia Ley Orgánica.

En relación con la posibilidad de la práctica anticipada de la prueba en el Tribunal del Jurado, la LOTJ guarda silencio en torno al momento en que debe solicitarse. Si hacemos un estudio conjunto de los artículos 24 LOTJ y 29.1º y 37 d) LOTJ deduciremos que la oportunidad de solicitarlo será en los escritos de solicitud de juicio oral y calificación o conclusiones provisionales. No obstante, consideramos de plena aplicación lo dicho en relación con el procedimiento ordinario por delitos graves y con el procedimiento abreviado en relación con la posibilidad de su presentación extemporánea en los casos en los que la causa de anticipación se produjera con posterioridad a la interposición de los escritos siempre, como es obvio, que se justifique oportunamente dicha posterioridad y que su práctica sea posible antes de la celebración del juicio oral.

³⁷¹ En el que incluiremos a ESCUSOL BARRA, Eladio, en *El Proceso Penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento abreviado*, op. cit, pág. 48, y en *El procedimiento penal para las causas ante el Tribunal del Jurado*, Edit. Colex, Madrid, 1996, pág. 131; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso penal. Tratamiento jurisprudencial*, op.cit, págs. 315-7.

³⁷² GIMENO SENDRA (con Moreno y Cortés), *Derecho procesal penal*, Madrid, 3ª Ed., 1999, págs. 576 y 577.

³⁷³ SSTs de 13 de abril de 1993 y 8 de febrero de 1995.

En sentido contrario se pronuncia MONTÓN REDONDO, para quien en el escrito de conclusiones no se permite a las partes la petición de pruebas en sí mismas, sino únicamente la práctica de diligencias instructorias complementarias, constituyendo el momento procesalmente oportuno para su solicitud el instante en que las partes se hallan ante el órgano de enjuiciamiento, y ello con independencia de que ante él se puedan plantear asimismo cuestiones previas. Esta propuesta no deja de resultar sorprendente, al pretenderse que en el mismo trámite se lleven a cabo actuaciones dispares, la proposición de prueba y el planteamiento de cuestiones que pueden tener por objeto la impugnación de la prueba propuesta, sin concesión de plazo especial para ello, lo que acarrearían problemas de aplicación práctica que el propio autor que lo propugna admite, al no tener la parte que impugne tiempo suficiente como para instruirse suficientemente de la prueba propuesta³⁷⁴.

Si entendemos, entonces, que la prueba anticipada puede solicitarse en dos momentos distintos, habremos de hacer también una distinción relativa a la forma de admisión de la prueba instada. En caso de que se proponga en la forma ordinaria, es decir, como cualquier acto de prueba en el escrito de conclusiones provisionales, una vez que las partes se personen ante el tribunal y se resuelvan las cuestiones previas que pudieran surgir, el Magistrado- Presidente, de entender que no concurre impedimento alguno para la celebración del juicio oral, dictará auto resolviendo sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y sobre la necesidad de anticipación de alguna de ellas (art. 37. d) I LOTJ).

En el segundo de los casos, si la práctica anticipada queda planteada como cuestión previa, se tramitará conforme a lo establecido para los artículos de previo pronunciamiento en la LECrim para los procedimientos ordinarios por delitos graves, resolviendo a través de auto susceptible de recurso directo en apelación (arts. 36.2 LOTJ y 846 bis a LECrim).

Con independencia del momento en que pueda solicitarse, la idea general es que corresponde a las partes su proposición, teniendo el control sobre el material probatorio introducido en el juicio, salvo casos puntuales en que los jurados necesiten clarificar algún extremo. Siguiendo a DE LLERA, cuando las partes fijan los hechos, los califican

³⁷⁴ MONTÓN REDONDO, Alberto, "Derecho Jurisdiccional", Vol.III: *Proceso Penal* (con VV.AA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 551, 555.

y proponen las pruebas, se refleja el control que tienen sobre el objeto del juicio, pues delimitan el objeto del mismo y de la sentencia³⁷⁵.

En la LOTJ, se sigue la fórmula planteada por el legislador en relación con el procedimiento abreviado, permitiendo que la solicitud del desarrollo probatorio se lleve a cabo en el mismo escrito en el que se interesa la apertura del juicio oral.

Es posible, al igual que en el resto de procedimientos, que la prueba que se proponga se prevea que no podrá celebrarse durante las sesiones de la vista o que pueda motivar su suspensión. Es decir, el hecho de que nos encontremos en sede de un procedimiento con ciertas peculiaridades no impide en absoluto que se lleve a cabo una prueba con carácter anticipado cuando se produzcan circunstancias que motiven su ejercicio en un momento procesal distinto al ordinario. Por ello, a continuación abordaremos las peculiaridades que la práctica anticipada pudiera encontrar en esta sede.

3. Supuestos

A. Prueba testifical anticipada

Ya estudiamos que en los casos en que no se proponga una prueba como anticipada aun existiendo cierto riesgo de que el testigo pudiera fallecer o que pudiera agravarse su dolencia física o psíquica que le impidiera declarar en óptimas condiciones, si finalmente no pudiera comparecer al juicio oral debido a aquella causa, el testimonio que vertió en instrucción podrá formar parte del juicio oral a través de su lectura.

Esta actuación, no obstante, limita considerablemente las garantías del proceso, ya que se priva al órgano enjuiciador de la necesaria inmediación y se limita a los intervinientes el ejercicio del derecho de contradicción siempre que el testigo no hubiera declarado con las garantías exigidas para la práctica de la prueba preconstituida. Por ello, decíamos, en ocasiones, con tal de preservar el correcto desarrollo del juicio y de conceder todos los medios al alcance para el descubrimiento de la verdad, quizás resultara más oportuno flexibilizar la rigidez con que la mayoría de los tribunales acogen la petición de prueba anticipada, debiendo tenderse más a su admisión que a su rechazo para evitar la importante pérdida de información que la fuente probatoria

³⁷⁵ DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio, *Derecho procesal penal (Manual para Criminólogos y Policía)*, Valencia, 1997, pág. 320.

encerrara.

Tales efectos negativos aumentan sensiblemente cuando se hace necesario introducir una declaración sumarial mediante la lectura a los jurados, quienes no presenciaron (ni conocieron) a los declarantes incomparecientes. La doctrina ha admitido la posibilidad de la lectura de sus manifestaciones en el supuesto excepcionalísimo de la muerte del testigo. La propia LOTJ, con el fin de que los jurados no se pronuncien más allá que de sobre lo practicado en su presencia, permite (sólo en ciertos casos) la lectura de algunas diligencias sumariales irrepetibles a través del art. 730 LECrim. Sin embargo, en este caso, nos hallaríamos más ante una “prueba preconstituida” que ante una anticipada.

De esta forma, cuando las partes prevean que un testigo no podrá comparecer al acto del juicio oral por encontrarse en situación de urgencia (peligro inminente de muerte, enfermedad degenerativa física o mental) o porque se sospeche que no se encontrará en el país en el momento de la vista, podrá solicitarse su práctica previa que, al igual que en el resto de procedimientos estudiados, deberá ejecutarse salvaguardando los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN estima que entre los supuestos de prueba anticipada que pueden trasladarse al ámbito del procedimiento ante el jurado podemos incluir la prueba pericial, la testifical, los informes emitidos por organismos públicos, el reconocimiento judicial de lugares y cosas, y la identificación del delincuente mediante el "reconocimiento en rueda"³⁷⁶.

Tesis distinta defiende otro sector dogmático, en el que se incluye RAQUEL LÓPEZ JIMÉNEZ, para quien la prueba anticipada es sólo la prevista en el art. 448 de la LECrim, relativa a la anticipación del acto cuando el testigo manifiesta que le será imposible concurrir al acto del juicio por tener que ausentarse de España y cuando hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral³⁷⁷.

³⁷⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco A., "Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en la instrucción del proceso penal", op. cit., págs. 599-619.

³⁷⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel, *La prueba en el juicio por jurado*, Tesis elaborada por la Licenciada Raquel López Jiménez, bajo la dirección del Prof Dr. D. Víctor Moreno Catena, Catedrático de Derecho Procesal, y depositada en el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III Madrid, en septiembre de 2000.

En realidad, no se aprecian inconvenientes para aceptar la primera tendencia; aun tomando en consideración la singularidad de esta sede, no hay motivos para contemplar la anticipación probatoria desde una perspectiva tan restrictiva.

No podemos dejar de llamar la atención en torno a que en la LOTJ se evidencia la tradicional confusión entre las figuras de la prueba anticipada y la prueba preconstituida, usando indebidamente los dos términos. Por este camino, nombra como anticipada la preconstituida que se lleva a cabo durante la instrucción y cuya conversión en auténtica prueba sólo tiene lugar en el juicio oral a través del mecanismo de su lectura del art. 730 LECrim³⁷⁸. El art. 46.5 LOTJ apunta únicamente que las declaraciones practicadas con carácter de prueba anticipada durante la instrucción tendrán valor probatorio de lo que en ella se afirme. Como vemos, otorga, indebidamente, carácter de prueba anticipada a las declaraciones practicadas durante la investigación (con cumplimiento de ciertos requisitos, se entiende), porque precisamente una de las notas definitorias de la prueba anticipada es su práctica una vez iniciado el juicio oral. En cualquier caso, para que la mal llamada prueba anticipada tenga validez en el seno del jurado, deberá solicitarse su lectura por alguna de las partes.

En el sentido indicado, parece que la LOTJ -a pesar de lo defectuoso de su redacción- permite a las partes la remisión al juicio oral de la prueba anticipada (en realidad, preconstituida)³⁷⁹. Tal opción ha sido debidamente criticada, en cuanto debería ser el juez de oficio quien remitiera el testimonio al juicio oral y las partes pudiesen solicitar su lectura. En la actualidad, conforme a la actual redacción, queda la remisión del testimonio a discreción de las partes.

Hemos de tener en cuenta que, al igual que en el resto de procedimientos, en el juicio por jurado la prueba estará siempre destinada a la búsqueda de la verdad material, resultando indispensable salvaguardar su validez siempre que sea posible en aras a obtener la íntima convicción del jurado sobre la postura defendida. A tal fin, actúan con plena eficacia en esta sede las normas generales sobre prueba preconstituida y prueba anticipada.

³⁷⁸ Recordemos, una vez más, que la prueba anticipada no necesita de ratificación, mientras que la preconstituida sí. La prueba anticipada cobra valor inmediatamente, nada más practicarse, mientras que la preconstituida adquiere valor probatorio de los hechos afirmados a posteriori.

³⁷⁹ Véase el art.m 34.1 b) LOTJ.

Tal y como venimos observando, una de las peculiaridades de la prueba anticipada radica en el hecho de que las partes pronostiquen que no podrá practicarse en el momento ordinario, por lo que podrán pedir su práctica antes de la celebración de las sesiones del juicio. Cuando se proponga por los intervinientes en los correspondientes escritos, el Magistrado-Presidente, en el auto de hechos justiciables, será quien resuelva sobre los medios de prueba propuestos y la procedencia o necesidad de su práctica anticipada³⁸⁰.

No han faltado críticas (fundadas) al otorgamiento al Magistrado-Presidente de la facultad de in/admitir pruebas, pues, como bien señala GIMENO SENDRA de manera gráfica, aquél puede privar a los jurados de la información que determinados medios de prueba inadmitidos hubiera ofrecido a las partes, lo que podría conducir a absoluciones injustas por no poder valorar los hechos que no fueran probados ante ellos³⁸¹.

Sea como fuese, lo cierto es que estimamos absolutamente posible la práctica de la prueba anticipada en un procedimiento tan especial como el presente, aunque las dificultades que pudieran surgir en su aplicación fueran variadas y evidentes. Las partes, dice el art. 657.3 de la supletoria LECrim, pueden pedir en sus escritos de calificación que se practiquen de forma anticipada aquellas diligencias de prueba que, por cualquier causa, fuera de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión. Corresponde ya al Magistrado-Presidente decidir acerca de si concurre el motivo excepcional que pudiera motivar su práctica adelantada.

El principal problema al que nos enfrentaremos vendrá dado por el hecho de que el jurado, conforme al art. 38 y ss LOTJ, se constituirá en el momento de la celebración del juicio oral por lo que, si el Magistrado-Presidente accede a la celebración de una prueba con carácter anticipado, la consecuencia lógica es que ésta tendrá lugar únicamente ante el Magistrado-Presidente, y no ante el jurado ya constituido. En estos casos, deberán las partes solicitar que se remita testimonio de lo actuado al acto del juicio oral, en la forma prevista para el art. 730 LECrim, constituyendo una excepción a

³⁸⁰ Así, el art. 37 d) LOTJ señala que "Personadas las partes y resueltas, en su caso, las cuestiones propuestas, si ello no impidiese el juicio oral, el Magistrado que vaya a presidir el Tribunal del Jurado dictará auto cuyo contenido se ajustará a las siguientes reglas: d) Asimismo, resolverá sobre la procedencia de los medios de prueba propuestos por las partes y sobre la anticipación de su práctica".

³⁸¹ GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid, 1996, pág. 225.

la idea de que la prueba anticipada adquiere tal condición *per se*, sin necesidad de actuación posterior. Precisamente, esta falta de intermediación por los jurados es el argumento esgrimido por los detractores de la excepción en este tipo de procesos. Pero, si criticábamos que el Magistrado-Presidente privara a los jurados de determinadas fuentes de prueba de las que pudiera resultar información relevante para la búsqueda de la verdad material, no podemos sino apoyar toda iniciativa a favor del desarrollo de los medios de prueba con los que se cuenten, que deberán ser valorados por los propios jurados.

Es cierto que con la fórmula que defendemos se despoja a los jurados de la posibilidad de dirigir preguntas directamente a los testigos, pero no lo es menos que, en los casos en que la declaración se vierte en el seno del juicio oral, en la mayoría de las ocasiones el interrogatorio se efectúa tanto por las partes acusadoras (caso de ser más de una) como por la defensa, sin que apenas los jurados hagan uso de la facultad de dirigir preguntas o aclaraciones a los deponentes.

B. Prueba pericial anticipada

La pericia anticipada tendría plena cabida cuando el objeto o persona a analizar, por su naturaleza o características, no permitan diferir la pericia hasta la realización del juicio. Al igual que sucedía en relación con la prueba testifical anticipada, el gran inconveniente que se detecta es la falta de intermediación del jurado con la práctica del peritaje si se lleva a cabo de manera previa, pues el jurado aún no se hallaría constituido. Conforme al art. 46.1 LOTJ, el jurado puede dirigir al perito cuantas preguntas entienda necesarias para aclarar un extremo concreto sobre el que se vea la prueba (siempre bajo el tamiz de pertinencia del Magistrado-Presidente).

De esta manera, con la prueba realizada antes del momento procesalmente previsto, los jurados ven coartada las posibilidades tanto de dirigirse directamente hacia el perito como de presenciar el peritaje en sí, lo que afectará ineludiblemente al conocimiento y a la opinión que se formen del resultado probatorio, por más que quede recogido en acta y en soporte audiovisual. Idénticas conclusiones se extraen en relación con la prueba anticipada de inspección ocular, a la que no podrán asistir los jurados, como sí ocurre en la práctica ordinaria del acto probatorio en el juicio oral (art. 46.3 LOTJ).

Pese a los lógicos inconvenientes derivados de la peculiaridad intrínseca del proceso, la tendencia debería ser aceptar todo medio de prueba que se entienda pertinente, con independencia de que la eficacia o utilidad disminuya inevitablemente en esta sede ante la falta de intermediación de primer grado.

II. EL PROCESO PENAL DE MENORES

Las especialidades procesales del proceso penal de menores se encuentran recogidas en su Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Tal y como indica su Exposición de Motivos, se atribuye al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal, manifestada en la encomendación de la instrucción y en el otorgamiento de amplias facultades a lo largo de todo el procedimiento, lo que supone que el resto de partes personadas (la acusación particular en caso de existir y la defensa del menor) vaya a remolque de las diligencias practicadas o de las medidas cautelares instadas por el Ministerio Público. Esta consideración tiene plena aplicación en la materia que nos ocupa, como expondremos a continuación.

En este tipo de procesos no existen obstáculos para la solicitud y práctica de la prueba anticipada. Su Ley Orgánica no la contempla de manera expresa, rigiéndose por tanto por lo dispuesto en el art. 433 LECrim³⁸², la LEC y jurisprudencia tanto del TS como del TC.

Durante su desarrollo se observarán idénticas garantías que las exigidas en el proceso de mayores, existiendo algunas particularidades propias de la modulación llevada a cabo en este proceso para velar por el interés superior del menor, elemento determinante del procedimiento.

La primera especialidad de la prueba anticipada en el ámbito del Derecho penal de menores la hallamos en la denominación, pues aun cuando -como veremos- cumple con todos los requisitos propios de la auténtica anticipada, se emplea por todos los operadores el término “prueba preconstituida”.

³⁸² El art. 433 LECrim arbitra mecanismos para que el interrogatorio de los menores de edad o personas incapacitadas resulte lo menos agresivo posible. Así, si apreciara falta de madurez del testigo, podrá acordar que la toma de declaración se realice en presencia del fiscal y por expertos, así como limitar la presencia de terceros durante la exploración. En estos casos, y para no perjudicar a las partes, el juez facilitará el traslado de las preguntas que las partes pretendieran hacerle. Asimismo, la declaración quedará grabada para que puedan acceder a su contenido.

Como hemos adelantado, el Ministerio Fiscal ocupa un lugar relevante, otorgándosele función de promotor de la acción de la Justicia y, a la vez, de garante de la salvaguarda del interés superior de los menores. Y es en esta especial posición en la que el fiscal puede valorar la necesidad de practicar una prueba en un estadio anterior al acto de la vista. Previa la valoración de las circunstancias concurrentes, el fiscal solicitará la anticipación (preconstitución) de la prueba de la víctima, perito o testigo. Aun cuando, en puridad, puede interesarse por cualquier parte interviniente, rara vez se insta por la acusación particular o la defensa, asumiendo el papel claramente activo del fiscal y dejándose guiar por la senda marcada por éste. No obstante, su solicitud, insistimos, podría efectuarse por cualquiera de las partes personadas.

Existen asimismo singularidades referentes al momento y la forma en que se realiza la solicitud. Y es que la petición tendrá lugar en cualquier momento de la instrucción, sin que haya de esperarse al escrito de acusación, aunque también podría solicitarse en él. De esta forma, la petición se realiza como si se instara al juez de menores la adopción de una medida cautelar.

El desarrollo, por tanto, se produce en presencia del juez de menores (equivalente al juez de lo penal), órgano unipersonal encargado de la resolución del procedimiento; asistimos, pues, a un adelanto del juicio, ya que la prueba practicada ante el órgano de enjuiciamiento constituye la celebración de una parte del plenario, con plenos efectos como prueba siempre que se hayan cumplido con todas las garantías.

La admisión o denegación de la prueba por el juez de menores revestirá la forma de auto, que podrá ser recurrida tanto en reforma como en apelación. En cualquier caso, ha de señalarse que la práctica forense revela la falta de uso de esta posibilidad por los justiciables, acatando como regla general el criterio del juzgador (quizá en una nueva asunción del control del proceso por el fiscal) que valora las necesidades de su adelanto para el esclarecimiento de los hechos y vela por que se cumplan los preceptos legales y constitucionales en su desarrollo.

En la prueba anticipada testifical se tendrán en cuenta no sólo las razones de urgencia que estudiábamos en relación con el proceso de mayores (peligro de muerte o enfermedad grave, previsión de ausencia...), sino también la especial condición del declarante cuando sea menor de edad (especialmente si es la víctima), por el peligro de

que sufra una victimización secundaria si fuera necesaria su presencia en el acto de la vista, donde se verá sometido directamente a las preguntas de las partes. Pese a ello, incluso cuando el resultado de la prueba anticipada hubiera sido el perseguido, se acostumbra a llevar a juicio a declarar a la víctima mayor de 14 años para lograr mayor intermediación, aunque claramente atenta contra la incolumidad moral del menor y supone una victimización no ya secundaria, sino terciaria.

En contra de lo que pasaba en el “Derecho de mayores”, aquí no se permite que su práctica tenga lugar de oficio; se llevará a cabo siempre bajo petición de parte, aunque se apreciara por el juez la conveniencia o necesidad de adelantar su desarrollo al deducirlo del expediente o del resultado de otras declaraciones testimoniales o del resultado de pruebas anticipadas de distinta naturaleza. El proceso de menores es particularmente sensible por la edad de los sujetos activos, pero siempre que el juez actúe dentro de los límites de la prudencia, no encontramos inconvenientes en que se le reconozca la posibilidad de actuar de oficio.

En la mayoría de las ocasiones, el adelanto de la práctica se producirá en los casos de abusos o agresiones sexuales, con independencia de la edad de la víctima, pues nada impide la toma previa de la testifical de víctima o de testigo mayor de edad, en este caso cuando concurra una razón de urgencia suficientemente justificada, en los mismos casos en que se admitía la anticipación testifical en el proceso de mayores.

El desarrollo de la prueba se efectuará al modo establecido en el art. 433 LECrim que, en suma, establece el mecanismo empleado para la realización de la prueba preconstituida, de ahí su denominación. Sin embargo, recordamos, al ser un procedimiento especial en que se carece de órgano judicial instructor, se admite y se practica por el juez enjuiciador (como en la anticipada), aun cuando su encaje se efectúa vigente la instrucción (como en la preconstituida), de ahí su especialidad.

III. LA JURISDICCIÓN MILITAR

El Derecho procesal de la jurisdicción militar emplea -al igual que sucedía en el procedimiento de menores- la LECrim de forma supletoria para aquellos aspectos que no encuentren regulación expresa en su ley procesal específica: La Ley Procesal

Militar³⁸³. En materia de prueba anticipada ninguna especialidad teórica hallaremos en relación con el procedimiento común, aun cuando la LPM alude expresamente a la posibilidad de su uso.

En puridad, no habría inconvenientes para que, si concurrieran los presupuestos exigidos para la admisión de la prueba en un momento previo al legalmente previsto, se practique. No obstante, la aplicación efectiva de la figura es realmente limitada (en cualquier caso, al igual de lo que sucedía respecto de la jurisdicción común). La forma de proposición es idéntica a la ya estudiada, teniendo lugar en el escrito de conclusiones provisionales de las partes, donde habrá de hacerse especificación expresa del tipo de prueba que se pretende, el objeto sobre el que recae, la situación de urgencia que la motiva y el efecto que su resultado pudiera tener en el pleito. El art. 282 LPM recoge la facultad de las partes (Fiscal Jurídico-Militar, acusadores particulares, actores o responsables civiles y defensa) de solicitar en el escrito de conclusiones provisionales las pruebas de que pretenderán valerse en el acto de la vista, mencionando expresamente las que deban celebrarse con anterioridad por ser imposible su práctica en dicho acto.

Como puede observarse, la regulación de la figura en esta sede es aún más exigua que la encontrada en la LECrim, pues se limita a manifestar la imposibilidad de su realización en el acto del plenario, sin especificar si tal imposibilidad se refiere a que no podrá practicarse por motivos materiales o porque pueda dar lugar a suspensiones de las sesiones del juicio oral durante un plazo excesivo. Ante el silencio de la LPM nos inclinamos por efectuar una interpretación amplia de la imposibilidad que abarcaría ambas hipótesis.

El tribunal lo admitirá a través de auto motivado, con la peculiaridad de que, en este tipo de procedimientos, la admisión de pruebas se realiza por el tribunal sin tener su composición definitiva, pues encontramos la peculiaridad de que el órgano de enjuiciamiento es un tribunal escabinado, formado por dos jueces militares y un vocal militar (vocal de armas), siendo éste un lego en Derecho (y especialista en la materia propia del delito de que se trate) que no será nombrado hasta que resten escasas semanas para la celebración de la vista.

Contra el auto que mande practicar las pruebas que no pudieran efectuarse en el acto de

³⁸³ Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

la vista no cabrá la interposición de recurso alguno. Ahora bien, contra el auto en que se rechace o deniegue la práctica de la prueba, cabrá recurso de casación, previa interposición de protesta (art. 284 LPM). En el mismo auto señalará el tribunal el día en que comenzarán las sesiones de la vista que, en el supuesto de que se admitan y practiquen pruebas anticipadas, será en un plazo no inferior a 15 días desde que finalicen las mismas (art. 284 último párrafo LPM).

De nuevo, los jueces de enjuiciamiento togados podrían proponer el adelantamiento de alguna prueba si, del resultado de las ya efectuadas con anterioridad, se evidenciara la necesidad de anticipación de otras, a modo de propuesta probatoria de oficio.

Las posibilidades que la videoconferencia brinda en materia probatoria hacen que ni siquiera se plantee por las partes el uso de la excepción ante el tribunal. Eso sí, en la jurisdicción militar la conexión a través de este medio bidireccional de imagen y sonido no puede efectuarse con organismos ajenos a la jurisdicción militar, pudiendo conectarse exclusivamente con hospitales militares, unidades desplazadas en misiones internacionales y juzgados militares. Precisamente esta limitación sería causa suficiente para que se optara por anticipar la prueba en los supuestos en que los testigos o peritos, por ejemplo, no pertenecieran al cuerpo militar y se hallaran en situaciones de urgencia, al ser extremadamente difícil, si no imposible, conectar con ellos posteriormente. Sin embargo, en estos casos en que se prevé tal dificultad o imposibilidad se prefiere la preconstitución probatoria como medio de salvar las dificultades.

Ahora bien, el acusado no podrá declarar en ningún caso a través de este medio. Incluso si se solicitara para él pena que permitiera su celebración en ausencia en la jurisdicción ordinaria, la Ley Procesal Militar contempla la obligación de que esté presente para tomarle declaración. Conforme a los arts. 407 y ss, en caso contrario, procederá la suspensión³⁸⁴.

Hemos de advertir que, en realidad, su utilización no es tan excepcional, porque ciertamente no es infrecuente encontrar escritos de acusaciones en que las partes (incluido el fiscal), puede solicitar la práctica anticipada de pruebas que, en realidad, no lo son. Sucede con la proposición de incorporación de prueba documental con carácter

³⁸⁴ Art. 409 párrafo cuarto LPM: “Si al ser declarado en rebeldía el procesado o inculcado se hallare pendiente la vista, se suspenderá ésta y se decretarán los archivos a que se refiere el párrafo anterior”.

previo, sin que reúnan los requisitos y los presupuestos típicos de la prueba anticipada. Pero se ha institucionalizado esta fórmula en todas las jurisdicciones y ha sido admitido por la casi la totalidad de los operadores jurídicos, aun cuando, a nuestro juicio, de forma errónea, al no tener naturaleza realmente de prueba anticipada.

Por último, es necesario indicar que al movernos en una jurisdicción especial tanto por el tipo de delitos que comprende como los sujetos activos que pudieran cometerlos, es habitual que aquellos que puedan declarar como testigos o peritos formen parte, de una u otra forma, del Cuerpo. En estas situaciones, la forma más práctica de garantizar la presencia el día del plenario pasaría por no autorizar su salida ni embarcarles en operaciones hasta celebrada la vista. Con esta solución, se evita tanto la preconstitución como la necesidad de anticipar la prueba.

CAPÍTULO NOVENO: PRUEBA ANTICIPADA CIVIL Y LABORAL. DIFERENCIAS CON LA PENAL

I. LA PRUEBA ANTICIPADA CIVIL

1. Consideraciones generales

Inicialmente, la regulación de la prueba anticipada en el proceso civil era muy restrictiva, atribuyéndose a la LEC 2000 el mérito de ampliar el horizonte de su aplicación. Y es que, ciertamente, en la regulación inmediatamente precedente, sólo se admitía la posibilidad de la prueba anticipada civil con relación a la prueba testifical³⁸⁵, lo que fue duramente criticado por un amplísimo sector doctrinal³⁸⁶.

La práctica de los tribunales (al igual que sucedió posteriormente en el proceso penal) originó la necesidad de ampliar no sólo la regulación en relación con la prueba testifical, sino también aplicarla a otros medios probatorios, como la prueba pericial, que venía exigiéndose en multitud de supuestos. Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que se causara un daño a un objeto y fuera necesaria la pronta actuación pericial para evitar que los perjuicios ocasionados fueran irreparables, o en el supuesto de necesidad de intervención médica de urgencia para tratar de reparar el estropicio ocasionado por una mala praxis médica anterior.

El fundamento de esta excepción probatoria es idéntico al de la prueba anticipada en sede penal que, citando a PICÓ I JUNOY podemos definir como el propósito de garantizar a las partes el derecho a la prueba en toda su extensión, con despliegue pleno de sus efectos, de manera que no se vean privados de la posibilidad de defender o justificar los hechos en que basan sus pretensiones a consecuencia de circunstancias que no les sean atribuibles³⁸⁷.

³⁸⁵ Art. 502 LEC 1881.

³⁸⁶ Entre otros muchos, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El derecho a la prueba en el proceso civil español”, en *Libro Homenaje al Profesor D. Jaime Guasp*, Edit. Comares, Granada, 1984, pág. 56; BUTRÓN BALIÑA, Pedro M., “La prueba anticipada en el proceso civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, NÚM. 2, 1999, págs. 247 y ss.

³⁸⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba anticipada en la nueva LEC”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, NÚM. 2-4, 2001, págs. 121-142.

Con apoyo en esta idea, podemos decir que en el caso de la prueba testifical cuya anticipación se pretende, lo que se trata de proteger es el medio probatorio en sí, mientras que en la pericial y en la prueba de reconocimiento judicial, se busca la protección del objeto de la prueba sobre la que ésta debe versar.

2. Naturaleza

En sede penal llegábamos a la indudable conclusión de que la naturaleza de la prueba anticipada era la de auténtica prueba. Pues bien, en el proceso civil, se ha dudado acerca de su catalogación como medida cautelar.

En el Derecho italiano se entendía que era una medida cautelar que actuaba como instrumento de un proceso principal, pretendiendo el aseguramiento de una prueba futura. Se ha manifestado claramente en contra de esta idea PICÓ I JUNOY, para quien la prueba anticipada carece de la nota de provisionalidad de la medida cautelar al incorporarse al proceso como prueba plena y válida desde el instante de su práctica. La propia LEC contribuye a despejar cualquier duda al regularla en sede de la prueba y no de medidas cautelares, lo que, por otro lado, no podía ser de distinta forma al tender ambas figuras a fines distintos.³⁸⁸

En el modelo italiano, el Codice di Procedura Civile (C.P.C) regula la prueba anticipada dentro de los procedimientos cautelares, regulando en los arts. 692-696 la istruzione preventiva, como mecanismo para adelantarse la práctica de las pruebas testifical, pericial y de reconocimiento judicial.

En el modelo francés, el antiguo art. 145 del Nouveau Code de Procédure Civile, recogía el derecho a la preconstitución de la prueba, siendo muy amplias las posibilidades de celebrar la prueba anticipada siempre que concurren las siguientes notas apreciadas por la doctrina generalizada: el carácter decisivo que lo que se pretende probar tenga para la resolución judicial, la existencia de justificación para asegurar la prueba y la legalidad del acto probatorio que se pretenda practicar.

³⁸⁸ RAMOS MÉNDEZ afirma que el fin de la medida cautelar es la de anticipar provisionalmente la ejecución o asegurar su éxito, siendo un remedio para obviar los riesgos de la duración temporal del juicio, por más que de manera generalizada se le confiera sólo una función asegurativa o conservativa del derecho. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Medida cautelar en el proceso civil español*, recuperado de http://rya.es/articulos/Las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_es.

En el modelo portugués también se regulaba un procedimiento para el aseguramiento de la prueba en el art. 520 del Código de Processo Civil de 1961, en el que encontramos como peculiaridad la intervención del Ministerio Fiscal en los casos en que se ignore la persona que puede resultar perjudicada por la práctica anticipada de la prueba.

3. Requisitos

El presupuesto para la adopción de la prueba anticipada civil -al igual que sucede en el procedimiento penal- está íntimamente ligado con el transcurso del tiempo. Se basa en el peligro de que la pendencia de la litis provoque la desaparición de la fuente probatoria o la alteración de los hechos objeto de debate. En base a esa consideración, se ha señalado que la *conditio sine qua non* para su práctica reside en el *periculum in mora*.

Un sector de la doctrina civilista considera innecesario acreditar el *fumus boni iuris* o apariencia pertinente de la prueba, sobre la base de que, en ocasiones, puede proponerse incluso con carácter previo a la interposición de la misma demanda, con lo que difícilmente podrá acreditarse su conveniencia. No obstante, sí habrá de justificarse siquiera mínimamente la importancia de su práctica anticipada, bastando, en ocasiones, una argumentación *ex re ipsa*, como la edad del testigo cuya declaración anticipada se insta³⁸⁹. Pero, como suele suceder en asuntos de gran calado, esta consideración no es unánime. Algunos dogmáticos mantienen que el proponente de la prueba anticipada tendrá que indicar en su solicitud los hechos que se incluirán en la eventual demanda pues, únicamente de este modo, podrá valorarse por el juzgador la utilidad, pertinencia y licitud de la prueba. Para GISBERT GISBERT deberán exponerse los fundamentos fácticos que se incluirán en la demanda futurible, por lo que podría entenderse correlativamente que, cuando se solicita la prueba anticipada, en cierta medida estamos anticipando aquella³⁹⁰.

³⁸⁹ Comparten esta idea Joan PICÓ I JUNOY: "La prueba anticipada en la nueva LEC", op. cit., pág. 134 y Lluís MUÑOZ SABATÉ: *Fundamentos de prueba judicial civil, LEC 1/2000*, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 215.

³⁹⁰ GISBERT GISBERT, Antonio, "Aproximación a la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Justicia*, 2000, pág. 375. En este orden de ideas, GARBERÍ LLOBREGAT, en AAVV: *Los procesos civiles*, T.III, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 69; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Edit. CERA, Madrid, 2004, pág. 308.

4. Competencia

La regulación de la prueba anticipada civil es sensiblemente mayor que la penal, dedicándole la LEC los arts. 293 y ss.

El art. 293.1 LEC comienza indicando el primer momento en que puede hacerse uso de la figura, situándolo en un estadio anterior a la iniciación de cualquier proceso. Perfilado como único legitimado para solicitar su práctica en ese instante “el que pretenda incoarlo”, haciéndolo extensible a “cualquiera de las partes durante el curso del mismo”. Ahora bien, en ambos casos, deberá existir un fundado temor de que los actos no puedan hacerse en su momento natural, bien por causa de las personas o por el estado de las cosas.

La primera y llamativa diferencia que encontramos en relación con el proceso penal es que no sólo puede proponerse su práctica anticipada durante el transcurso del procedimiento, sino también con carácter previo, a modo de actos de prueba anteriores a la demanda, cuyo resultado motivará que se interponga, o no, la oportuna reclamación judicial. Se configuran como actos preparatorios que no tienen por qué ir seguidos de aquélla. En el proceso penal, por contra, tal posibilidad no tendría cabida nunca, pues sólo pueden realizarse en el seno del proceso; es más, no sólo se practican en el proceso, sino que se lleva a cabo una vez abierta la fase del juicio oral. De esta manera, de su práctica no depende la presentación del escrito de acusación o el sentido de éste, ya que será en éste (de forma general) donde se plantee. Esta diferencia apreciada en el tratamiento de la excepción en los dos órdenes jurisdiccionales se basa en razones de competencia funcional: en el ámbito penal, no tiene cabida la práctica de la prueba en fase de investigación al no ser el juez instructor, en ningún supuesto, el competente para valorarla y dictar sentencia; en el orden jurisdiccional civil, por el contrario, el juez que conoce de la prueba anticipada solicitada y realizada antes de iniciarse el proceso será aquél que dictará sentencia.

En la LEC se fijan nítidamente las reglas de competencia del Juzgado que tramitará dicha prueba, distinguiéndose si en el momento de su solicitud el proceso se inició o no. En el primero de los casos, si el proceso no se hubo iniciado, se presenta la solicitud ante el tribunal competente para conocer del asunto principal. Si ya hubiera dado comienzo, se altera la competencia, correspondiendo al tribunal que ya estuviera conociendo de la causa.

A este respecto, el art. 293.2 LEC preceptúa que el tribunal vigilará de oficio su jurisdicción, competencia objetiva, y la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la interposición de declinatoria.

En materia penal, esta diferenciación no tiene cabida por motivos obvios, pues se ejecuta la prueba anticipada con carácter previo al momento procesalmente fijado, pero siempre en el seno de un procedimiento iniciado en que se produjo incluso la apertura del juicio oral. Es, por tanto, una diferencia esencial entre la anticipación probatoria penal y civil: en el proceso penal se practica siempre en el proceso con intervención del juez o tribunal de enjuiciamiento y con la exigencia indisponible de someterla a contradicción.

En el proceso civil, se ha planteado por un sector de la doctrina la posibilidad de la alteración de la regla de competencia *ex* art. 293. 2 LEC, de forma que pudiera presentarse la solicitud ante tribunal distinto de aquél que conocería del procedimiento principal en supuestos fundados y tasados de inutilidad del resultado probatorio por el transcurso del tiempo o pérdida o deterioro del objeto de la prueba. Así, en casos de urgencia típicos como la grave enfermedad de algún testigo o la inminencia de su muerte. En tales casos, algún autor (PICÓ I JUNOY)³⁹¹ planteó la posibilidad de que se pudiera solicitar su práctica ante el tribunal del lugar donde se encontrara el objeto de la prueba, evitando retraso en su práctica y el posible deterioro o pérdida del objeto de la misma. Otros doctrinarios, no obstante, abogaron por la solicitud y admisión por el tribunal que conoce del asunto principal, delegando su ejercicio en el tribunal del lugar donde se encuentre el objeto probatorio, a realizar a través del auxilio judicial. Sin embargo, en este caso, los trámites mínimos referentes a la admisión de la prueba por el tribunal *a quo* y su emisión de solicitud de auxilio judicial, y la recepción por el órgano judicial exhortado (tribunal *ad quem* del exhorto) supondrían un transcurso de tiempo excepcionalmentepreciado en los casos de urgencia, cuando precisamente ésta motivara la práctica por tribunal distinto al principal.

Algunos autores han planteado la viabilidad de flexibilizar aún más el precepto, de manera que la solicitud se dirigiera al tribunal con más facilidad de acceso a la materia de la prueba caso de que, en la misma línea de los anteriores, pudiera ponerse en peligro el material probatorio. La excepción de la norma se basa en el propio fundamento de la

³⁹¹ PICÓ I JUNOY, Joan, "La prueba anticipada en la nueva LEC", op. cit., pág. 135 y 136.

prueba anticipada: la necesidad de la realización de la prueba ante el temor de que no pueda practicarse en el instante procesal legalmente previsto.

En cualquier caso, si la prueba se practica ante tribunal incompetente territorialmente para conocer de la demanda no perderá validez por ello. Ciertamente es que el precepto no hace mención expresa de la prueba anticipada y su validez ante esta conjetura, pero nada impide su inclusión.

El art. 296.2 LEC sí se ocupa, por el contrario, del caso en que el juez que conozca finalmente de la causa sea distinto de quien acordó o realizó la prueba anticipada, resolviendo que el que haya de conocer deberá reclamar oficialmente- a instancia de parte- las actas, documentos y demás material.

En el proceso penal ninguna de las opciones expuestas sería factible, aun cuando no dudamos de la practicidad de la realización del acto probatorio por el tribunal donde el objeto de la prueba se hallara, por los motivos comentados. Pero la inmediación probatoria exigida en el proceso penal excluye absolutamente dicha posibilidad. La convicción judicial se forma a través del contacto directo con las pruebas desarrolladas en su presencia sin que pueda suplirse en ningún caso su asistencia por la de otro compañero que no integrara el tribunal con él. Si esta regla se cumple escrupulosamente en relación con los jueces de instrucción y de enjuiciamiento que conocen del mismo asunto, con más razón queda justificada entre órganos de distintas poblaciones sin conexión alguna con el procedimiento de que se trate. En realidad, aun con las claras diferencias existentes entre ambos procesos, en un proceso civil con tendencia a la oralidad podría emplearse idéntico argumento al esgrimido respecto del penal para no admitir la realización de la prueba anticipada por tribunal distinto, pues el principio de inmediación se verá también afectado.

No negamos lo tentador de aplicar la comentada excepción al proceso penal, pues si, conocida la urgencia de la prueba ésta se llevara a cabo por el tribunal que tiene mejor y más rápido acceso al medio probatorio (pongamos por caso la toma de declaración del principal testigo de cargo que se encuentre en peligro inminente de muerte y resida en localidad distinta de la del tribunal), podría sopesarse cuál de los principios tendría más relevancia, si el de inmediación que debe respetarse en la práctica de toda prueba o el de derecho a la tutela judicial efectiva, que incluiría el de utilización de todos los medios de prueba de que se dispusiera. En estos casos, existe la opción de que se haga una

preconstitución probatoria empleando el recurso del auxilio judicial, que adquiriría condición probatoria al introducirse en el juicio oral, eliminándose la posibilidad de que se configure como auténtica prueba *ab initio*, tal y como sucede en todo caso con la prueba preconstituida.

Volviendo a la regulación civil, la prueba previa también podrá solicitarse cuando el proceso ya se hubiese iniciado, en cuyo caso la petición se efectuaría ante el tribunal que ya conociera del asunto (art. 293.2.II LEC).

5. Legitimación

El art. 293 LEC fija el criterio de la legitimación para solicitar la práctica de la prueba anticipada, en el que será clave el momento en que inste su ejercicio: “previamente a la iniciación de cualquier proceso” o “durante el curso del mismo”, siendo distintos los legitimados en uno u otro instante.

Siguiendo esta distinción, en caso de que el proceso aún no se haya incoado tiene legitimidad para solicitar su práctica el que pretenda incoarlo, el actor; cuando el proceso esté incoado, se amplía la legitimación, atribuyéndosele a las dos partes. La diferencia señalada no deja de ser una limitación para el derecho de defensa del futuro demandado, al ver reducida sus posibilidades de proposición de prueba. Y ello difícilmente cuadra con el derecho constitucionalmente recogido en el art. 24.2 CE, conforme al que “todos tienen derecho a (...) proponer los medios pertinentes”.

Precisamente por esa quiebra del derecho constitucional un sector aboga por una interpretación de la letra de la Ley que case con la previsión constitucional. En este sentido, PICÓ I JUNOY estima que pueden solicitar la prueba anticipada antes de interponer la demanda no sólo el futuro demandante, sino también el futuro demandado, y ello, por un lado, porque el propio precepto así lo establece (pueden solicitarlo “el que pretenda incoarlo” y “cualquiera de las partes durante el curso del mismo”) y, por otro, porque el derecho a la igualdad de armas procesales exige que ambos litigantes cuenten con idénticos medios de ataque y defensa, lo que reclama que los dos tengan las mismas posibilidades de alegaciones y pruebas³⁹².

³⁹² PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosh, 2011, pág. 132 y SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús, “De la anticipación y del aseguramiento de la prueba (artículos 293 a 298)”, en

Si nos atenemos a una interpretación estricta del texto de la Ley, lo cierto es que la referencia a que cualquiera de las partes podrán instar este tipo de pruebas queda limitado al supuesto en que el proceso ya se hubiese iniciado, por lo que, con anterioridad a su inicio, sólo podría solicitarla aquél que “pretenda incoarlo”. Pero, si nos decantamos por una lectura más laxa, podríamos incluir en esta posibilidad inicial también a cualquiera que pudiera constituirse como parte durante del curso de las actuaciones. De esta forma, no quedaría limitado su planteamiento al futuro actor, sino a quien en el supuesto eventual de inicio del proceso se constituirá como parte, como el futuro demandado. Aún a riesgo de pecar de excesivamente flexibles, entendemos que es la solución que mejor resuelve el conflicto del eventual atentado contra el derecho constitucional a la igualdad de armas.

Si atendiéramos a la interpretación restrictiva del planteamiento supondría una clara diferencia con la aplicación de la figura en el ámbito penal porque, como no puede ser de otra manera, en un proceso en que se busca la verdad material, la verdad real, no puede privarse a ninguna de las partes de emplear los medios de que pretendiere valerse para reivindicar sus intereses. En aplicación de tal principio y con máximo respeto al ideario de la tutela judicial efectiva, se otorga a ambas partes la oportunidad de proponer la práctica anticipada de la prueba en sus correspondientes escritos (de conclusiones provisionales o de acusación y defensa). En este caso, y por una vez, podemos entender más acertada la regulación del legislador penal en torno a la institución, pues, el fin de cualquier proceso- no sólo el penal- debería ser acercarse en la medida de lo posible a la verdad de los hechos.

Se trata, pues, de que las partes del proceso puedan disponer de todos los medios probatorios que estén a su alcance y que les favorezcan en sus pretensiones, sin que circunstancias ajenas a su voluntad o a su control les impidan realizarlas en el momento naturalmente previsto y esto les suponga una quiebra del derecho de defensa.

6. Admisión

Una vez propuesta la práctica anticipada de la prueba en el ámbito civil, será in/admitida por el tribunal. En caso de que se estime, al igual que en el proceso penal, la

práctica tendrá lugar antes de las sesiones del juicio, diferenciando si la realización es previa o posterior a la presentación de la demanda.

a) Si fuera previa a la presentación de la demanda, la futura parte demandada (caso de estar determinada) deberá ser designada al menos cinco días antes a la fecha de su ejercicio (art. 295.1 LEC). Si no fuera preavisada, la consecuencia lógica será la nulidad del acto probatorio por infracción de norma esencial del procedimiento causante de indefensión.

Pero, ¿qué sucede cuando se desconozca contra quién se dirigirá la demanda o su domicilio? ¿Y si no pueden llevarse a efecto correctamente los actos de citación? En esta ocasión debe ponderarse si prima el derecho de defensa del demandado futuro a participar en un acto de prueba que podrá serle perjudicial a sus intereses o si se protege el derecho del futuro actor a usar los medios de prueba que fuesen conocidos y que tuviera a su alcance. En este debate, nos decantaremos por la segunda opción, por entender que el demandado no queda absolutamente desprotegido, sino que siempre podrá hacer uso de los medios probatorios que considerase en el acto de la vista para refutar o contradecir lo practicado de manera anticipada pues, en otro caso, lo cierto es que podría perderse irremediablemente el medio probatorio propuesto por la futura parte demandante por causas absolutamente ajenas a su voluntad.

Para evitar los problemas que la falta de previsión legislativa podría acarrear en orden a entender o no infringido el derecho de defensa, el legislador podría haber optado por una vía intermedia, adoptada en algunos de los países de nuestro entorno, como es la intervención en estos casos de un representante del aún no determinado (equiparándolo al ausente), como podría ser un representante del Ministerio Público, quien velaría por los intereses de quien, por el propio curso del proceso, aun no puede hacerlo por sí ³⁹³.

PICÓ I JUNOY, por su parte, apunta que, en ulteriores reformas de la Ley, sería favorable la intervención de un tercero que velara por los intereses del demandado en este supuesto, como podría ser un letrado designado de oficio ³⁹⁴.

³⁹³ Así, por ejemplo, en el Derecho alemán (parágrafo 494 ZP.) y en el Derecho portugués (art. 521.2 CPC). En el derecho español PICÓ I JUNOY se mostraba crítico con la regulación sobre este extremo, en “La prueba anticipada en la nueva LEC”, op.cit., págs. 216 y 217.

³⁹⁴ *Ibidem*, págs. 137 y 138.

b) Si la prueba anticipada se realizara cuando el proceso ya estuviera iniciado, las partes podrán tomar participación en ella en los términos establecidos para cada medio probatorio (art. 295.2 LEC).

Como en toda prueba propuesta, cabe la posibilidad de que la prueba anticipada que se inste sea inadmitida. Es curioso que, aunque el art. 294 LEC tiene por rúbrica “Proposición de prueba anticipada, admisión, tiempo y recursos”, se olvida el legislador de regular esto último, careciendo de un sistema reglado de recursos para el caso de que se in/admita la prueba. Haciendo una interpretación extensiva del régimen de recursos general, podríamos aplicar las siguientes posibilidades:

a) En el caso de que la prueba se solicite antes de iniciarse el proceso, contra el auto denegatorio de la prueba podría interponerse recurso de apelación (art. 454 LEC). ¿Podría interponerse la reposición y la posterior protesta que el art. 285.2 LEC prevé de manera general para el rechazo de una prueba ordinaria? Lo más adecuado sería rechazar tal posibilidad, pues la reposición requiere dar audiencia a las partes personadas³⁹⁵ y, en el estadio en que nos encontramos, aún no hay partes en sentido propio. Al igual que sucede con la apelación directa contra la inadmisión en vía penal, debería regularse un procedimiento de tramitación de urgencia para evitar que la estimación posterior resultara meramente virtual y carente de eficacia por haber desaparecido el objeto de la prueba o ser ineficaz la prueba que pudiera ya efectuarse. Este problema llevó a que se prefiriera plantearla nuevamente en el momento oportuno pues, en el caso de que la apelación se resolviera a su favor, el tiempo empleado en su resolución final quizás haría que fuera ya inútil.

b) Si la prueba se solicita en los escritos de alegaciones iniciales o posteriormente, sí cabrá ya recurso de reposición y posterior protesta a efectos de una segunda instancia (art. 285. 1 y 2 LEC)³⁹⁶.

³⁹⁵ Efectivamente, el art. 453.1 LEC prevé que, una vez que el Letrado de la A.J. admita a trámite el recurso de reposición, se otorgue al resto de partes personadas el plazo de cinco días para impugnarlo de entenderlo necesario.

³⁹⁶ El tribunal deberá resolver sobre la admisión o rechazo de todas las pruebas propuestas. Contra su decisión podrán las partes interponer recurso de reposición, que se resolverá en el acto. Si la parte a quien perjudicara la resolución no estuviera conforme, podrá hacer constar su protesta a los efectos de la segunda instancia (art. 285 LEC).

7. Práctica

Cuando la prueba anticipada se hubiera propuesto por la parte y admitido por el tribunal, el proponente deberá hacer constar la persona o personas a quien/es pretenda demandar, que deberán ser citados con una antelación mínima de cinco días a la práctica del acto probatorio, con la finalidad de propiciar(o no impedir) su intervención en el acto (art. 295.1 LEC). En caso de que el proceso ya estuviera pendiente cuando ha de desarrollarse la prueba, la intervención de las partes en cada medio probatorio en concreto se hará de la forma estipulada por la LEC (art. 295.2 LEC).

Se diferencian perfectamente los dos momentos en que su realización es posible, estableciendo, para el caso de que se inste y se acuerde su realización antes del proceso que se cite al futuro demandado para que pueda participar en la prueba realizada anticipadamente. Con esta fórmula, se busca dar cumplimiento al principio de contradicción. Para el caso de que se produzca una vez ya iniciado el proceso, las partes, continúa el precepto, “podrán intervenir en ella según lo dispuesto en esta Ley para cada medio de prueba”.

En el primero de los casos, lo actuado únicamente tendrá valor probatorio si la demanda se interpone en un plazo de dos meses desde su práctica, salvo concurrencia de fuerza mayor o cualquier otra circunstancia impeditiva, lo que deberá ser debidamente acreditado. Se trata, por tanto, de un plazo preclusivo, transcurrido el cual no adquirirá valor de prueba el acto realizado inicialmente con pretensiones de constituirse en una prueba válida a los efectos de ser valorada por el juzgador (art. 295.4 LEC).

A diferencia de lo que sucedía en el marco de la prueba anticipada penal, aquí sí se fija expresamente la consecuencia de que si una vez que se practique la prueba previa en el ámbito civil pudiera practicarse de nuevo en el momento procesalmente oportuno, afirmándose que se dispondrá lo necesario para ello, pero no quedará anulada el resultado de la primera.

De hecho, el art. 295.4 LEC contempla la posibilidad de repetir el acto que se efectuó como anticipado si fuera materialmente posible realizarlo en el instante de proposición de prueba y lo requiriera alguna de las partes. Si se diera esta situación y llegara a practicarse de nuevo, el juez deberá valorar tanto la practicada con carácter anticipado como la realizada en segundo lugar.

Como vemos, se faculta al juzgador para que valore y emplee para originar su convencimiento no sólo la última de las diligencias practicadas, sino también la primera. No obstante, algún autor ha incidido en la innecesariedad de la práctica de la segunda prueba si la primera se llevó a cabo correctamente y con respeto de todas las garantías, por entender que podría ir en contra del principio de economía procesal³⁹⁷. En una postura opuesta situamos al TC que, en varias ocasiones, ha manifestado la prevalencia del derecho a la prueba sobre los principios de celeridad o de economía procesal.

En la jurisdicción penal tampoco encontramos uniformidad en la doctrina en torno a qué sucedería en tal situación. Con fundamento en el carácter excepcional de este tipo de diligencias cuya razón de ser sólo se sostiene para el caso de la concurrencia de la razón de urgencia, si pudiese practicarse la prueba ya efectuada como anticipada en el momento legalmente previsto por haber desaparecido la razón excepcional que la justificó, la consecuencia podría ser que se “borrara” el resultado de la primera, pues quedó eliminada la causa que la motivó. Aunque esta afirmación también puede resultar controvertida, pues es posible, por ejemplo, que las manifestaciones que los coacusados realizan durante un careo se modifiquen, distanciándose de las realizadas durante la inicial prueba anticipada si hubieran tenido conocimiento del resultado de otras pruebas (anticipadas o no) efectuadas con posterioridad a ellas. El segundo intento estaría viciado, perdiendo la espontaneidad del primero.

En cualquier caso, en sentido opuesto a lo que sucede en la ley procesal civil, el legislador penal no aborda siquiera la cuestión, siendo objeto de polémica dogmática, como tuvimos ocasión de comprobar.

8. Valoración de la prueba anticipada civil

Al igual que en el ámbito penal, el efecto principal de la prueba anticipada civil será el de configurarse como una auténtica prueba, de manera que desplegará efectos idénticos

³⁹⁷ Iñaki ESPARZA LEIBAR por ejemplo, entendió que “Desde la perspectiva de la economía procesal y la incidencia en la efectividad de la tutela, entendemos que para que la posibilidad a la que se refiere el art. 295.4 de la nueva LEC se materialice, deberá valorar el Juez la circunstancia de que la segunda práctica pueda añadir algo, pertinente o útil, para el proceso a la ya realizada. En caso contrario, la mera repetición, carece de lógica y, por tanto, no debería autorizarse”: *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000*, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 149. En la misma línea, MONTERO AROCA, Juan, en *AAVV: Derecho Jurisdiccional*, T. II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 277.

a los de la prueba practicada en sede de juicio oral. La diferencia entre ambos órdenes jurisdiccionales, como ya apuntamos en relación con la anticipada penal reside en la posibilidad (no en la obligación) del juzgador de valorar ambos actos, el realizada antes del juicio y el efectuado en el seno de éste, en la hipótesis de que se repitiese. En cualquier caso, si no se reprodujese en el acto del juicio por no haberse solicitado por ninguna de las partes o devenir imposible su reproducción, el demandado podrá defenderse del acto probatorio realizado con carácter anticipado a través de su contradicción en el acto del juicio oral, como ya expusimos.

Veámos que en el proceso penal no cabe la práctica de una prueba previa al inicio del procedimiento en sí. En vía civil, no sólo se admite, sino que se le concede un plazo de caducidad a la prueba practicada con carácter previo, de manera que si en el plazo de dos meses desde su celebración no se interpone demanda, aquélla pierde toda su validez, salvo concurrencia de fuerza mayor u otro motivo que deberá ser acreditado(art. 295.3 LEC).

Se ha criticado debidamente el establecimiento de un plazo determinado para privar de validez a la prueba realizada adelantadamente pues, con independencia de que se quiera evitar un uso fraudulento de anticipaciones para obtener material probatorio enfocado a ulteriores y distintos procesos, lo cierto es que las pruebas preconstituidas no cuentan con plazo alguno de caducidad. Podrían además, plantearse situaciones en las que, tras la práctica de la prueba anticipada, no se interponga finalmente la demanda por haberse llegado a un acuerdo extrajudicial y, llegado el momento de su cumplimiento, una de las partes incumpla unilateralmente, habiendo ya transcurrido el plazo máximo de vigencia de la prueba. Si la prueba anticipada, por su carácter excepcional, no fuera susceptible de ser realizada de nuevo, privaríamos al posible actor de los medios adecuados de defensa, resultando especialmente gravoso cuando la prueba que se había practicado resultaba favorable a sus intereses³⁹⁸.

A salvo algunas de estas sombras existentes en la regulación de la prueba anticipada civil, en general resulta mucho más completa que su predecesora de 1881 y, por supuesto, infinitamente mejor que la minúscula regulación penal. Ello no quita que, como vimos, merezca una más completa previsión el régimen de los recursos contra la

³⁹⁸ Comparte esta visión Joan PICÓ I JUNOY, en "La prueba anticipada en la nueva LEC", op. cit., pág. 141.

resolución por la que se in/admita el medio probatorio, las posibilidades de defensa del futuro demandado o, incluso sostiene la doctrina, que se le otorgue competencias para su conocimiento excepcionalmente al tribunal del lugar donde se halle el objeto litigioso, y no al que conozca del asunto principal. Por lo demás, como decimos, no podemos sino reconocer el mérito debido al legislador civil por haber concedido a la institución la importancia que merece, aun con las lógicas penumbras que en toda regulación podemos encontrar.

II. LA PRUEBA ANTICIPADA LABORAL

1. Consideraciones generales

Una de las máximas del orden jurisdiccional social, como en el resto de órdenes, es que la convicción del juzgador se apoya en las pruebas practicadas, como regla general, en el acto del juicio. Sin embargo, al igual que sucedía en los procesos penal y civil, cabe la posibilidad de que, una vez iniciado el juicio oral, la prueba, por algún obstáculo difícil de superar, no pueda ya practicarse o se presuma fundadamente que no podrá practicarse en el seno del juicio oral. En este caso, podrá solicitarse del órgano judicial la práctica anticipada de la misma.

Es decir, al igual que en el resto de ámbitos, la anticipación probatoria no tiene otro fin que prevenir la pérdida de la información contenida en la fuente de prueba o inutilidad del medio probatorio o la dificultad o problemática de su realización en el momento procesalmente oportuno. De nuevo, deberán asegurarse el cumplimiento de todas las garantías que, en ocasiones normales, habrían de respetarse en la práctica de la prueba. Y ello, obviamente y como ya hemos puesto de relieve, aun sabiendo que se producirá un lógico quebranto del principio de unidad de acto.

En la línea con lo expuesto en materia penal, existe también la necesidad de delimitar la prueba anticipada laboral de la preconstituida social, ya que la tradicional confusión entre ambas instituciones ha tenido también reflejo en el ámbito de la jurisdicción social. Y, al igual que indicábamos entonces, reiteramos, en línea con lo defendido por ALEMAÑ CANO, el erróneo empleo de la expresión “prueba preconstituida” al tratarse de términos antagónicos uno y otro.

En el ámbito de la jurisdicción social la prueba anticipada tiene mayor reflejo legal que

en la penal, incluso siendo menor en esta sede la importancia real o práctica de la excepción³⁹⁹. No obstante, los operadores jurídicos también reclaman una regulación de la prueba anticipada en el ámbito laboral más ordenada y cómoda de aplicar, sin entender justificada la excesiva remisión de la normativa laboral a la LEC como norma supletoria.

Siendo la prueba el instrumento con el que cuentan las partes para lograr en el juez el convencimiento sobre la veracidad o falsedad del hecho que se defiende, se comprende el interés de aquéllas para que pueda llevarse a efecto.

2. Naturaleza

Si mantenemos que es la actividad realizada con carácter previo al momento procesalmente oportuno y se realiza con el fin de lograr la íntima convicción del juzgador, la consecuencia inmediata será la consideración del acto anticipado como auténtica prueba, en los términos analizados en relación con los anteriores órdenes jurisdiccionales y que damos aquí por reproducidas.

3. Regulación

La regulación de la figura en el ámbito social, pese a ser más extenso que en la LECrim es bastante limitada (le dedica exclusivamente dos artículos a la anticipación y aseguramiento de la prueba y a las medidas cautelares) pero, dentro de lo limitado, bastante completo, pues comprende los sujetos legitimados para su solicitud, la forma de resolverse, los supuestos en que se pueden pedir, las razones por las que se interesaría e incluso supuestos concretos en que se puede instar la anticipación probatoria.

De esta forma, el art. 78 LRJS queda circunscrito exclusivamente a la anticipación y aseguramiento de la prueba, cuyo contenido es el que sigue:

“1. Quien pretenda demandar o presuma que va a ser demandado podrá solicitar previamente del juez o tribunal la práctica anticipada de algún medio de prueba cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o del estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto o cuya

³⁹⁹ El art. 78 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, aun cuando incurre en múltiples lagunas y remisiones a la LEC, resulta de lejos bastante más completa la LECrim.

realización presente graves dificultades en dicho momento, incluido el examen de testigos cuando por la edad avanzada de alguno de éstos, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia o estancia en un lugar con el que sean imposibles o difíciles las comunicaciones o cualquier otro motivo grave y justificado, sea presumible que no va a ser posible mantener su derecho por falta de justificación.

2. Cualquiera de las partes una vez iniciado el proceso, pero en todo caso sin dar lugar a suspensión del acto de juicio, podrá solicitar la práctica anticipada de pruebas que no puedan ser realizadas en el acto del juicio, o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento. El juez o tribunal decidirá lo pertinente para su práctica en los términos previstos por la norma que regule el medio de prueba correspondiente y con sujeción en lo demás, en cuanto resulte aplicable, a lo dispuesto en los artículos 293 a 297 y apartado 1 del artículo 298 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Contra la resolución denegatoria no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia”.

A continuación, partiremos del precepto transcrito para analizar las peculiaridades de la anticipación probatoria en el proceso laboral.

Con carácter previo, anticiparemos que el legislador laboral tampoco acierta en los términos empleados, empleando como sinónimos en su enunciado las expresiones prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba, cuando no son términos de la misma condición⁴⁰⁰. Partiendo de esta consideración parecería que el legislador los confunde y utiliza indistintamente a lo largo de su regulación, pero, sorprendentemente, de la lectura del precepto no se concluye tal cosa, pues ninguna se alusión hace a lo largo del artículo relativo a las formas de asegurar las fuentes de prueba.

4. Legitimación

A la hora de determinar quién está facultado para solicitar la prueba social anticipada, la LRJS distingue dos momentos: por un lado, expresa quién puede instarla antes de la interposición de la demanda, fijando un segundo momento en que el proceso ya se encuentra pendiente. En el primero de los escenarios, podrá solicitar su práctica aquél que pretenda demandar o que presuma que va a ser demandado (art. 78.1 LRJS), ampliando la legitimación respecto de la prueba anticipada civil y distanciándose

⁴⁰⁰ KISCH, Wilhelm, *Elementos del Derecho procesal civil*. Traducción de L. Prieto Castro. EDERSA, Madrid, 1940, pág. 215.

evidentemente de la prueba penal, en que la prueba anticipada sólo podrá solicitarse por los que ya son parte del procedimiento a la vista del resultado de las actuaciones investigadoras.

En el segundo de los casos, si el proceso ya hubiera comenzado, estarán legitimados cualquiera de las partes del mismo, pero sin que sea motivo de suspensión del acto de juicio (art. 78.2 LRJS).

De nuevo, el legislador opta por la igualdad de armas y permite a todos los litigantes solicitar la práctica anticipada de pruebas. Sin embargo, esta igualdad de armas se vería quebrada en la primera de las hipótesis si, practicada la actuación, no pudiera comunicarse al futuro oponente por cualquier circunstancia. En este caso, se vería quebrantado tanto el principio de contradicción como el de inmediación y el derecho a la defensa, lo que podría dar lugar a la nulidad de lo actuado. Se ha planteado como solución la reproducción en juicio del acto para que pudiera ser sometido a contradicción e, incluso, adoptar la solución de los países de nuestro entorno (Alemania, Italia y Portugal) de intervención del fiscal en representación del ausente a quien pudiera perjudicar durante su práctica y la reproducción de la prueba en el juicio oral para garantizar el principio de contradicción. Esta solución resultaría completamente impensable en el ámbito penal, en que, al poder verse afectados bienes jurídicos fundamentales, no podría practicarse prueba anticipada alguna sin comunicación e intervención (o posibilidad de intervención) de todas las partes, y sin que exista la posibilidad de que el Ministerio Fiscal adopte tal posición de garante de los derechos del ausente al quedar perfectamente definida su intervención en la causa como parte acusadora.

En cualquier caso, debemos reconocer en materia de legitimación un mayor afán esclarecedor del legislador laboral frente al civil.

5. Requisitos

Como salvedad a la regla general que es, los supuestos de admisión están restrictivamente fijados; sólo podrá solicitarse la práctica anticipada de algún medio de prueba con carácter previo a la interposición de la demanda cuando exista el temor fundado de que -por causa de las personas o del estado de las cosas- la prueba no podrá

realizarse en el momento procesal ordinario, o bien cuando se estime que su desarrollo encontrará graves inconvenientes en dicho momento.

Una vez iniciado el proceso, para su admisión se requerirá que no puedan ser realizadas en el plenario o que su práctica presente graves dificultades en este momento (art. 78.1 y 2 LRJS).

6. Admisión

De lo establecido en el apartado segundo de la mentada Ley se presume que será de aplicación supletoria la normativa del LEC en lo relativo a la admisión y denegación de las pruebas.

Contra la resolución denegatoria no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia. Pero, en principio, ni la regulación laboral ni la civil, plantean la posibilidad de recurrir la negativa a practicar la prueba anticipada, pese a lo prometedor del título del art. 294 LEC ("proposición de prueba anticipada, admisión, tiempo y recursos")⁴⁰¹.

Una vez admitida la prueba previa, el Letrado de la A.J. efectuará el señalamiento cuando "lo considere necesario", pero previamente a la celebración del juicio oral.

7. Práctica

En torno a la práctica (al igual que en los supuestos de prueba anticipada anteriormente analizados) serán de aplicación las normas relativas al medio probatorio respectivo, haciéndose una remisión expresa a lo señalado en los artículos 293 a 297 y apartado 1 del artículo 298 de la LEC.

La LRJS contempla una serie de hipótesis que, entendemos, no deben interpretarse como un *numerus clausus* ("testigos cuando por la edad avanzada de alguno de éstos, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia o estancia en un lugar con el que sean imposibles o difíciles las comunicaciones o cualquier otro motivo grave y justificado, sea presumible que no va a ser posible mantener su derecho por falta de

⁴⁰¹ Para ALEMAÑ CANO, lo más resolutorio sería admitir que se pudiera plantear recurso de reposición contra la resolución denegatoria (arts. 186.2 LJS y 451 a 454 LEC).

justificación”).

Al igual que comentábamos en relación con la prueba anticipada civil, en sede laboral existe la posibilidad de que pueda realizarse a través del auxilio judicial. El art. 275 LOPJ autoriza a los jueces y tribunales a realizar pruebas fuera del territorio de su jurisdicción cuando no altere la competencia del juez correspondiente y esté justificado por razones de economía procesal, mientras que la LEC contempla el auxilio judicial cuando por la distancia, dificultad del desplazamiento o circunstancias personales de los que hayan de intervenir en el juicio, o por cualquier otra causa de análogas características, se prevea imposible o muy gravosa su presencia en la sede del órgano judicial (art. 169.4 LEC). Con este criterio, el legislador civil parece no haber acogido en su justa medida el principio de inmediación, o haberlo acogido de manera atenuada, lo que resulta cuanto menos desconcertante dada la relevancia extraordinaria del principio en materia de prueba en todo el ordenamiento español, como hemos tenido ocasión de comprobar. Y es que el fin de cualquier proceso- no sólo el penal- debería ser acercarse en la medida de lo posible a la verdad de los hechos.

La doctrina se ha mostrado muy crítica con la aplicación de tal previsión en el ordenamiento laboral por más que la LEC pudiera actuar con carácter supletorio, pues la propia regulación social contempla alternativas a esta solución prestada por el legislador civil, que no sólo es contraria a los principios rectores, sino contraria al respeto debido al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y decimos esto-en línea con lo defendido por ALEMAÑ CANO- porque podría surgir, por ejemplo, la imposibilidad de algún testigo de comparecer en la sede del juzgado y hacerlo en la sala de otra jurisdicción; en este caso, resultaría muy difícil apreciar por el órgano exhortado en una declaración aislada la influencia que en su declaración pudieron tener las palabras de otro testigo, por ejemplo. Además, se rebajaría la tensión propia a la que se somete el testigo que ha de declarar ante el órgano de enjuiciamiento, y éste quedaría privado de percibir los pequeños matices en los gestos, tono de voz, rotundidad en sus afirmaciones y demás elementos que debe apreciarse como un todo en relación con los demás actos probatorios efectuados⁴⁰².

Las soluciones que ofrece el ordenamiento al problema de las pruebas que deben

⁴⁰² ALEMAÑ CANO, Jaime, *Actos preparatorios, pruebas anticipadas y medidas cautelares (...)*, op. cit., pág. 71.

llevarse a cabo fuera de la sede del tribunal, si bien no resultan perfectas, vienen, al menos, a evidenciar, una clara alternativa a la respuesta civil.

Así, en primer lugar, la LRJS, en su art. 87.1, autoriza la admisión de pruebas que, de ser imprescindibles, precisen del traslado del órgano judicial fuera de la sede del tribunal, suspendiéndose el acto de la vista por el tiempo imprescindible. En esta fórmula, obviamente, se ve afectado el principio de unidad de acto (por el menor tiempo posible), pero se salvaguarda con éxito el principio de inmediación. La segunda opción la expone la propia Ley Orgánica del Poder Judicial a través del sistema de videoconferencias. El art. 229, en sus apartados segundo y tercero indica que se podrá usar videoconferencias u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

En estos casos, el Letrado de la A.J. que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

Es de resaltar, en similitud con el proceso civil y en divergencia con el penal, la posibilidad de que se solicite y se practique antes del inicio del proceso.

De hecho, resulta aplicable el art. 295.1 LEC conforme al que quien pida la práctica de la prueba deberá designar el sujeto o sujetos a quien pretenda demandar, a quien/es se le citará a la práctica de la prueba anticipada con una antelación mínima de cinco días para no privarles de la oportunidad de participar en su desarrollo de la manera que la ley contemple. No obstante, el resultado del acto perderá el valor de prueba si en un plazo de dos meses desde que se realizó no se interpusiera la demanda, a menos que se acredite suficientemente el motivo por el que no pudo presentarse en plazo (art. 295.3).

Ahora bien, ¿podría entenderse que un sujeto ha pedido la práctica de una prueba anticipada de forma temeraria por no tener intención de interponer demanda posterior desde un principio o por conocer de antemano la ineficacia de la prueba propuesta, por ejemplo? ¿Cabría la imposición de sanciones ante tal situación? Ni el ordenamiento civil ni laboral aborda la cuestión. En cualquier caso, parece que, caso de contemplarse

la posibilidad de la temeridad en la solicitud y la correlativa imposición de sanción, habría que analizar el supuesto de manera pormenorizada y estudiar dicha posibilidad restrictivamente, a partir de las normas generales y supletorias de la buena fe.

La solicitud y práctica podrá hacerse pendiente ya el proceso, siendo el órgano competente el que esté conociendo del asunto⁴⁰³. Las partes intervendrán en su desarrollo conforme a lo señalado para el tipo de prueba de que se trate, con la peculiaridad en el proceso laboral (a diferencia del civil, que nada dice en este punto) de que no se producirá la suspensión del juicio oral.

De nuevo, no podrá recurrirse la eventual resolución denegatoria de la prueba, con independencia, otra vez, de que pueda interponerse recurso contra la sentencia por este motivo (art. 78.2 LJS).

En el proceso civil y en el laboral, al igual que sucede en el penal, pueden darse las circunstancias idóneas para que la prueba practicada inicialmente como anticipada se pueda realizar en el acto del juicio oral. Cuando esto sucedía en el ámbito penal no existía unanimidad en cuanto a la solución que había de darse a la situación: recordemos que existían dos líneas argumentativas: unos entendían que si desaparecía la situación de urgencia lo hacía la situación justificativa de la anticipación probatoria, de manera que la realizada antes del momento procesal establecido carecía automáticamente de valor por pérdida de presupuestos y de fundamento. A tal conclusión llegaban a través de una interpretación teleológica del precepto, sin encontrar soporte legal respecto de tal extremo. Así, de poder practicarse durante las sesiones de la vista, únicamente la prueba efectuada en el seno del juicio oral podía entenderse entonces como prueba.

Para otros, en cambio, la prueba practicada de forma anticipada no viene sino a “adelantar” una parte del juicio que no debe ni puede anularse si se desarrolló con respeto de todas las garantías legales. Eso sí, siempre que -v.gr.- la nueva posible intervención del testigo o perito en juicio no verse sobre hechos o aspectos distintos de aquellos respecto de los que ya intervinieron.

En materia civil y laboral, como decimos, sí se afrontó la respuesta a la premisa, siendo radicalmente distinta a la conclusión penal. Así, el art. 295.4 LEC (que recogía la

⁴⁰³ Art. 293.2.II LEC.

posibilidad de la nueva práctica en el seno de la vista si podía llevarse a cabo y era solicitada por alguna parte), actúa de nuevo como norma supletoria en sede social.

Los operadores jurídicos, no obstante, advierten del peligro inherente a la posibilidad (ciertamente frecuente en materia social) de que se tome declaración anticipada en un concepto (por ejemplo, como testigo) y, a lo largo de la tramitación del procedimiento, se modifique la cualidad en la que participe por ser, por ejemplo, demandado. En este caso, para evitar la nulidad de actuaciones, lo más sensato sería que el órgano decisorio no pudiera acoger en la sentencia datos obtenidos de la inicial prueba anticipada⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ A modo de ejemplo, se citan por ALEMAÑ CANO los procesos donde se debe demandar conjuntamente a trabajadores y empresarios o a los representantes de los trabajadores (arts. 124.4, 125.d, 130 LJS, por ejemplo): *Actos preparatorios, pruebas anticipada (...)*, op. cit., pág. 81.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos abordado los problemas teóricos y prácticos que el operador se puede encontrar en la aplicación de la prueba anticipada.

Dedicaremos las siguientes líneas a las soluciones que, a través de la labor de investigación realizada, se han obtenido para salvar los obstáculos que puedan surgir durante su desarrollo.

PRIMERA.- La normativa procesal española prevé como momento ordinario para la práctica de la prueba ex art. 741 LECrim- la celebración del juicio oral, de manera que el tribunal sólo puede fundamentar su sentencia en la prueba practicada bajo su inmediación en el juicio. Ahora bien, pueden concurrir distintas vicisitudes que propicien la necesidad de alterar dicha máxima cuando se prevea que la prueba no podrá efectuarse o reproducirse en el momento del plenario, pudiendo entonces tener lugar en un estadio anterior al legalmente previsto.

De manera generalizada, se han denominado a las excepciones a la práctica de la prueba en el acto del juicio prueba anticipada y prueba preconstituida y, a menudo, se han confundido ambos términos -por la doctrina, la jurisprudencia y los distintos operadores jurídicos- a través de un empleo indiscriminado y poco ajustado a la naturaleza real de cada una de ellas.

SEGUNDA.- La prueba anticipada es prueba *ab initio*, y se practica concluida la fase de investigación y abierta la de juicio oral- pero con carácter previo al inicio de sus sesiones- ante el órgano unipersonal o colegiado de enjuiciamiento. Se justifica por la concurrencia de una situación de urgencia que, de no atenderse, podría imposibilitar la práctica posterior de la prueba o hacer que devenga ineficaz por no poderse practicar o no en las condiciones óptimas. Constituye un instrumento procesal excepcional.

La prueba preconstituida tiene lugar ante el órgano de instrucción, y no adquiere tintes probatorios hasta que no se introduzca en el juicio oral mediante la lectura del acta que recoge la diligencia y sus conclusiones o mediante la reproducción del soporte en que haya quedado recogida, con el fin de que se someta a contradicción. Se funda en la necesidad de proteger la fuente de prueba y la información que ésta contenga.

Es ya tradicional la falta de uniformidad en la jurisprudencia y la doctrina en cuanto al uso de las dos excepciones.

TERCERA.- El órgano de enjuiciamiento cuenta con la facultad de acordar la realización de pruebas anticipadas no propuestas expresamente por las partes cuando observe la concurrencia de una causa de urgencia que pudiera motivar la suspensión del posterior juicio oral o la imposibilidad o dificultad real de llevarla a cabo en condiciones óptimas. Tal facultad rara vez es empleada, pues suelen ser las partes las que conocen de primera mano la causa de urgencia y la ponen de relieve. Ahora bien, cabría incluso que la acordara a la vista de la información obtenida durante la realización de cualquier otra prueba anticipada, siempre que se adopte con el fin de complementar o contrastar la información ya adquirida a través de otra prueba anticipada, para evitar así el riesgo de que actúe a modo de parte buscando elementos dirigidos a obtener o justificar determinada convicción.

CUARTA.-El Derecho procesal español contiene una parca y manifiestamente insuficiente previsión normativa de la prueba anticipada. No contiene una regulación unitaria, dedicando el texto legal artículos dispersos en sede tanto de procedimiento ordinario (arts. 657 III LECrim) como abreviado (arts. 781.1 apartado 3º y 784.2 LECrim). Asimismo, se alude a ella con respecto al proceso de Jurado en la LOTJ (arts. 24, 29.1º y 37 d) LOTJ).

El TS comenzó dando tumbos en cuanto a la concepción de la figura, mostrándose más acorde con aquellos que empleaban los términos anticipada y preconstituida indiscriminadamente. No obstante, en los últimos tiempos corrigió su trayectoria rumbo a una distinción más acorde con nuestro criterio.

El TC actuó empleó indebidamente ambas figuras *ab initio*, indicando en reiterada jurisprudencia los requisitos que debían cumplirse para que la “prueba sumarial preconstituida y anticipada” pudiera entenderse válidamente realizada y fuera valorable por el tribunal. No obstante, a pesar de que confunde la naturaleza de ambas instituciones, no puede dejar de reconocérsele el haber sentado el germen del estudio - más o menos acertado- de las dos excepciones generalmente reconocidas.

QUINTA.- La regulación procesal penal relativa a la prueba es insuficiente y obsoleta. Se hacía necesaria una renovación integral de la normativa, para lo que se pusieron en

marcha dos proyectos sin que, finalmente, ninguno llegara a aprobarse. El Anteproyecto para un nuevo proceso penal (2011) diferenció claramente las dos fases del proceso penal y fijó los supuestos en los que debía practicarse la prueba de forma anticipada, a modo de lista cerrada. Por su parte, el Borrador de Código Penal Procesal Penal (2013) dedicó un título completo a la prueba anticipada en el que confundió de nuevo las dos excepciones; además, incurrió en una vaga regulación de los requisitos y dotó de un protagonismo desproporcionado a la fase sumarial.

Finalmente, se aprobó la modificación de la LECrim sin abordar ninguna de las cuestiones que hemos ido tratando, perdiendo una oportunidad de oro para actualizar las instituciones.

SEXTA.- Puede suceder que, tras practicarse la prueba anticipada, llegue el día del juicio oral y se advierta que el acto probatorio puede realizarse por haber desaparecido la causa que la motivó. Ante esta contingencia, surge la duda de si debe practicarse de nuevo. Si se practicó correctamente debería dársele plena validez a la efectuada con carácter previo, pues al realizarse adquirió naturaleza de prueba y esta condición no puede ostentar un carácter provisional o temporal, pues forma parte del juicio.

Pero, si lo que se pretende es interrogar al testigo o practicar la pericial en lo relativo a puntos distintos, sí podría sostenerse la necesidad de efectuar de nuevo la prueba durante el plenario, sin que signifique privar de valor a la ya realizada. En esta hipótesis, el juez deberá valorar las dos y apreciar si se han producido discordancias entre la prueba inicialmente practicada y la segunda.

SÉPTIMA.- Como en toda prueba han de respetarse en su ejecución una serie de principios interconectados para que tengan validez. Dichos principios se infieren del texto constitucional: publicidad y oralidad, inmediación, contradicción de parte, concentración, presencia física de los acusados y comunidad de la prueba.

El principio de inmediación se respeta íntegramente en la práctica de la excepción probatoria al llevarse a cabo ante el órgano de enjuiciamiento. Cuando se realice fuera de la sede del tribunal basta con que uno de los miembros se desplace y la presencia. Tampoco quiebra porque se altere la composición del tribunal tras su realización.

En el principio de contradicción lo relevante no será tanto la participación de las partes

en el acto como la posibilidad de su intervención. En sede de prueba anticipada, el emplazamiento deberá hacerse con la mayor celeridad posible, pues el transcurso del tiempo puede correr tanto en contra de su realización como de su resultado.

OCTAVA.- La excepción se propondrá en el escrito de calificación (en el procedimiento ordinario) o en los escritos de acusación o defensa (en el abreviado). Si las partes conocieran la causa justificadora del adelantamiento con posterioridad a este instante no habría obstáculo para solicitarlo en cuanto lo supieran y pudieran justificar de forma suficiente su concurrencia. Ahora bien, el plazo precluye con el inicio de las sesiones del juicio oral.

La proposición tendrá que tener un contenido mínimo: el tipo de prueba, su relevancia, la indicación de los participantes, la justificación de su adelantamiento y la acreditación suficiente de la concurrencia de la causa de urgencia. La omisión de alguno de estos elementos podría considerarse un defecto subsanable.

NOVENA.- La resolución por la que se admite o deniega la prueba anticipada tendrá forma de auto. Para ser admitida deberá contener los requisitos propios de toda prueba y al menos uno de los requisitos especiales: la imposibilidad de su realización durante el juicio oral, la dificultad extrema para su práctica o la posibilidad de que pueda ser la causante de la suspensión de la vista.

Contra el auto de inadmisión en el caso del procedimiento ordinario cabrá recurso de casación. En el procedimiento abreviado la LOPJ contempla la oportunidad de reiterar la petición al inicio del juicio oral como cuestión previa, pese a que, precisamente por el carácter excepcional, pudiera ya devenir ineficaz. Lo razonable sería permitir una apelación directa para que el tribunal superior pudiera apreciar la concurrencia de la excepcionalidad y practicar la prueba, sin la exigencia de la nueva solicitud como cuestión previa al comienzo de la vista.

DÉCIMA.- El desarrollo práctico del acto probatorio adelantado se ajusta a las normas generales de toda prueba, con algunas especialidades. Deben realizarse sucesivamente todas las pruebas anticipadas propuestas y admitidas y en el menor tiempo posible, para evitar que actúen los efectos negativos de la causa de urgencia.

El TS ha admitido como válida la realizada en presencia de uno solo de los miembros

del tribunal, aun cuando es innegable que el hecho de que solo un componente de la Sala aprecie la prueba directamente afecta al principio de inmediación. El resultado deberá quedar consignado en soporte videográfico o en acta levantada y firmada por el LAJ, sin que se admita la introducción en el juicio a través de la vía del art. 730 LECrim, al no estar prevista.

UNDÉCIMA.- Si durante la realización de la excepción probatoria no se observaron las garantías estudiadas, debe considerársele prueba irregular por haberse realizado con infracción de la normativa procesal. Si bien el efecto general de la prueba irregular es la ineficacia de la misma, en esta ocasión, los principios omitidos suponen la inobservancia de normas esenciales del procedimiento que originan indefensión, por lo que el efecto inmediato debe ser el de nulidad del acto probatorio.

DUODÉCIMA.- La utilidad práctica de la anticipación probatoria se ha cuestionado desde la invención de la videoconferencia y demás medios tecnológicos de comunicación. Pero, sin obviar sus ventajas (la evitación del traslado de presos, facilita su práctica en el seno del juicio oral, respeta el posible alejamiento que pudiera estar acordado...), hemos de admitir los inconvenientes que supone (la dificultad de establecer correctamente las conexiones en un momento concreto del juicio oral, la necesidad de efectuar una inversión económica en material electrónico tanto en la sede del emisor como del receptor, la intermediación de segundo grado, la necesidad de que en el país en que se encuentre existan convenios de colaboración en tal sentido, la dificultad de la práctica de los reconocimientos y de la práctica de ciertas periciales...).

Asimismo, dudamos de que sea una alternativa real a la anticipación probatoria cuando se realice algún acto en que sea imprescindible el uso de los sentidos, o cuando se trate de la declaración de los coacusados.

DÉCIMA TERCERA.- Puede que llegado el día de su práctica, pese a estar admitida, a la vista del resultado de las demás el Juez la considere innecesaria y no la practique. Esta situación será excepcional al celebrarse antes que las ordinarias. De igual forma, cabe que en el momento de practicar la prueba se aprecie que las personas a declarar no se hallen ya en estado óptimo para ello o el objeto sobre el que recaerá la inspección o pericia no conserve unas mínimas condiciones, de forma que el resultado devendrá inútil. En estas ocasiones, cuando la imposibilidad sea absoluta o muy alta, carece de

sentido realizarla.

DÉCIMA CUARTA.- Pese a su enorme potencial práctico la prueba anticipada apenas es empleada por los tribunales. Para algunos, únicamente se ampara en motivos de comodidad. Nada más lejos de la realidad. Puede resultar incómoda, pues supone una dedicación excepcional por parte de todos los intervinientes. En los casos en que fuera presenciado por uno solo miembro del tribunal colegiado, deberá trasladar sus impresiones al resto del tribunal y, caso de que exista una grabación videográfica de aquélla, podrá reproducirse si fuera preciso durante la vista.

Una manifestación de las molestias que supone es su escaso uso por los tribunales, quienes, especialmente si tienen conocimiento de que se ha realizado una preconstitución, tienden a no admitirla dando por válido como prueba lo practicado ante el instructor, aun conociendo las ventajas que le reportaría la presencia inmediata de las pruebas. La propia LECrim ha aludido a esta nefasta tendencia de conceder un valor excesivo a lo efectuado durante la instrucción, diluyendo las diferencias principales entre ambas fases y restando importancia a lo realizado durante la vista.

DÉCIMA QUINTA.- La prueba testifical anticipada se produce por el riesgo de que no pueda el testigo declarar en juicio o de que no pueda hacerlo en óptimas condiciones, por estar en peligro inminente de muerte o aquejado de grave enfermedad; debe propugnarse la realización previa cuando el testigo tenga una edad avanzada, pues el paso del tiempo siempre provoca que se confundan recuerdos o se diluyan en la memoria, lo que se acentúa en sujetos de cierta edad. Resulta también de utilidad para los procedimientos en que haya testigos que estén de paso en nuestro país por ser extranjeros o que, siendo españoles, pretendan salir del territorio nacional en la fecha prevista para juicio, así para las hipótesis en que no tengan domicilio conocido, residan en un país con nefastas comunicaciones, sean extranjeros no regulares, manifiesten su intención de no acudir a declarar en el momento del juicio o se conozca que el testigo sea o pueda ser objeto de amenazas y/o presiones para que no deponga o lo haga en determinado sentido, al modo de los delitos contra la Administración de Justicia contemplados en los arts. 463 y ss CP.

DÉCIMA SEXTA.- El careo puede también convertirse en un medio de prueba anticipada cuando uno de los participantes se encontrara inmerso en algunas de las

situaciones excepcionales de riesgo previstas para los casos de testifical anticipada. Pese a su potencial como medio probatorio se emplea muy poco en la práctica, limitándose a las situaciones en que se apreciara alguna contradicción evidente entre declaraciones.

DÉCIMA SÉPTIMA.- La prueba anticipada pericial puede tener lugar bien por el objeto mismo del peritaje (que pueda destruirse o mutar en el tiempo intermedio hasta la celebración del juicio) o por las propias circunstancias personales del perito (cuando no pueda acudir a practicar o a ratificar la pericia en el acto del juicio oral o esté siendo sujeto a presiones). Incluye la previsión de que la realización del medio probatorio pudiera dar lugar a la suspensión del juicio por la complejidad del trabajo en sí o por la imprecisión del tiempo que emplearían en emitir el informe, si excediera del plazo legal de 30 días.

En la solicitud deberá indicarse el objeto del examen y el técnico que la realizará, de forma nominativa. El perito designado podrá ser recusado, pero el incidente de recusación deberá tramitarse y resolverse lo más rápidamente posible ante la existencia de un riesgo cierto de destrucción, mutación o eliminación del objeto de la pericia o riesgo derivado de sus circunstancias personales.

DÉCIMA OCTAVA.- Podría llevarse a cabo la prueba anticipada en el caso de los delitos informáticos, pues puede el tribunal acordar la visualización directa de la cibernavegación de oficio o a instancia de parte; si bien puede practicarse en el acto del juicio oral, podría surgir la necesidad de realizarse con carácter previo cuando fuera imprescindible la participación de tercera persona en quien concurra alguno de los supuestos de urgencia reseñados con respecto a los testigos o se prevea la posible suspensión de la vista por motivos técnicos o personales.

DÉCIMO NOVENA.- El reconocimiento físico del autor y el reconocimiento de voces podrían realizarse anticipadamente abierta la fase de juicio oral si concurriese una causa que exigiese la premura en su realización. Para ello, habrá que fijar día y hora al que deberá acudir el/los acusados con sus representaciones legales, el resto de partes y el sujeto a reconocer. No debe entenderse como una puerta abierta a los reconocimientos de rueda previos en masa, pero sí como alternativa razonable cuando el que haya de reconocer se halle sumido en alguna de las causas de prueba testifical anticipada y se apreciara algún defecto de la rueda realizada en la fase de instrucción o cuando no se

dispusiera de alguna otra prueba.

De igual forma, es posible realizar un reconocimiento de objetos previo en la hipótesis de que haya riesgo de destrucción o mutación si se dilatara su realización al momento del juicio oral. Podrá adelantarse por los motivos propios de la prueba testifical y pericial anticipada, incluso por la mera influencia del tiempo en la memoria, que puede ocasionar dificultades en la retención de detalles.

VIGÉSIMA.- En el caso de que fueran varios los acusados y algunos declararan en contra de los demás, dicha declaración puede ser tomada como prueba de cargo en conjunción con otras, no de forma exclusiva. Si el que ha de declarar se hallara en peligro inminente de muerte, enfermedad psíquica o física grave que impidiera declarar el día del juicio oral en condiciones óptimas, puede tomársele declaración con carácter previo a las sesiones de la vista.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Se ha cuestionado la utilidad de fijar un *numerus clausus* de las situaciones que supusieran la necesidad de adelantar la prueba. El elaborar una lista orientativa pudiera ser beneficioso siempre que no se limite la facultad discrecional del juez que, por el contrario, tiene una libertad casi absoluta para admitir las pruebas ordinarias.

La tenencia de una lista cerrada de posibles pruebas anticipadas resulta tentadora pero, vista la rapidez con la que avanza la realidad, rápidamente quedaría obsoleta y, en caso de que se pretendiera su actualización a través de figuras de la misma naturaleza, se correría el riesgo de que se incluyeran figuras análogas que desvirtuaran la naturaleza de auténtica prueba. La elaboración de una lista ejemplificativa abierta podría ser la solución, utilizando una fórmula a modo de cajón de sastre, aun cuando a buen seguro que ocasionaría no pocos problemas de interpretación, que justificaría todo tipo de pretensiones y avalaría la denegación de las mismas por parte del juzgador.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Existen discrepancias en torno a la posibilidad de que ciertas diligencias puedan efectuarse con el carácter de prueba anticipada, tales como las intervenciones corporales. Nos inclinamos por inadmitirlo por ser un acto exclusivo de la instrucción.

Distinta respuesta merecen las declaraciones de las víctimas menores de edad o

necesitadas de especial protección, que si bien se llevan a cabo generalmente como prueba preconstituida, podría sostenerse su práctica como prueba anticipada respetando ciertas cautelas, siempre que exista un dictamen médico que avale la necesidad de adelantar la declaración para no dejar secuelas, concediéndoles la oportunidad de comenzar antes el proceso de cicatrización. En estos supuestos debe valorarse la existencia de un riesgo cierto para la incolumidad psíquica de la víctima menor o necesitada de especial protección.

VIGÉSIMA TERCERA.- En el proceso ante el Tribunal del Jurado el problema práctico que se plantea en relación con la prueba anticipada viene dado por la no presencia de los jurados durante su desarrollo. Como estos se constituyen en el momento de la celebración del juicio oral, se practicaría únicamente ante el Magistrado-Presidente. En consecuencia, si la composición del jurado variara a lo largo del juicio no afecta a la prueba practicada como anticipada.

La lógica crítica a este sistema se produce porque se eliminó la intermediación directa de los jurados al realizarse en un momento anterior al de su propia composición. No faltan quienes pretenden dar solución a este inconveniente a través de su introducción mediante el empleo de la fórmula contemplada en el art. 730 LECrim, pero supondría una quiebra del principio de intermediación, privándoseles además de la facultad de dirigir cuantas preguntas estimaran oportunas, a pesar de que rara vez hacen uso de ello. En este tipo de procesos, se elige entre priorizar la obtención de información por el Magistrado-Presidente o garantizar la intermediación directa de todas las pruebas.

Cabe la oposición a la denegación de la excepción como base para la interposición de un eventual recurso a través de la protesta, sin que exista oportunidad de interponer recurso directo contra la resolución por la que se in/admita.

VIGÉSIMA CUARTA.- El origen de la prueba anticipada penal se halla en el proceso civil. Mientras que la excepción penal es claramente probatoria, la civil se asemeja bastante a la naturaleza cautelar. En ambas el *periculum in mora* juega un papel fundamental, pero en la prueba anticipada civil puede solicitarse antes de la interposición de la demanda o durante el pleito, algo impensable en la penal, donde sólo podrá practicarse una vez abierta la fase de juicio oral. En el orden jurisdiccional penal sólo se podrá solicitar y realizar ante el órgano de enjuiciamiento, y podrá solicitarla

tanto la acusación como la defensa; en la civil dependerá de que el proceso haya dado o no comienzo: antes de iniciarse sólo lo solicitará el actor, pudiendo hacerlo también el demandado una vez comenzado. En este punto resulta más acertado y conforme a la Constitución el planteamiento del legislador penal, al potenciar la igualdad de armas.

En la LEC (aplicable al ámbito laboral) se admite la repetición de la prueba si fuera posible llevarla a cabo una vez llegado el día del juicio y alguna de la partes lo solicitara. En este caso el tribunal valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad.

La prueba anticipada propia del orden jurisdiccional social permite su planteamiento y práctica con carácter previo a la interposición de la demanda, empleando la regulación civil de forma supletoria, aun cuando se aprecia en la primera mayor interés por la defensa de la igualdad de armas que en el proceso civil.

ANEXO I: LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL ITALIANO: EL INCIDENTE PROBATORIO Y LOS ACTOS URGENTES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El legislador italiano, en sentido contrario a lo que sucedió en nuestro Derecho patrio, reconoció rápidamente la necesidad de dar cobertura a través del Codice di Procedura Penale a una figura sumamente importante por la trascendencia que podía suponer para la práctica ordinaria de los tribunales: la prueba anticipada. Precisamente por lo acertado de su regulación (en términos generales), lo situamos en muchos aspectos como faro para el legislador penal español de cara a afrontar una eventual regulación futura de la materia.

De la misma manera que en el proceso español, el sistema penal italiano se articula sobre la base genérica de que la prueba como elemento de convicción del juzgador debe desarrollarse con todas las garantías en el seno del juicio oral, pero, simultáneamente, reconoce la importancia de arbitrar mecanismos que den respuesta a nuevas necesidades, entre los que se incluye la prueba anticipada. De ahí precisamente su mérito, no tenerle miedo a plasmar por escrito soluciones que, a la postre, se acaban aplicando a golpe de jurisprudencia, precisamente por razones de necesidad.

Ahora bien, hemos de anticipar que el concepto de prueba anticipada italiano no se corresponde exactamente con el español o, mejor dicho, con el modelo español que desde estas líneas defendemos. Y ello porque emplea el término “prueba anticipada” como el género de la excepción que, a su vez, abarca dos especies: el incidente probatorio y los actos (probatorios) urgentes. El primero de ellos resulta ser una modalidad parecida a la “prueba preconstituida” española, que tiene lugar durante la fase de investigación, mientras que los actos urgentes se corresponderían plenamente con nuestra prueba anticipada, ejercitándose una vez abierta la fase del juicio oral pero antes de que comiencen sus sesiones, de ahí su carácter anticipado.

En el régimen italiano se tiene en consideración que el hecho de que el acto probatorio sea improrrogable al momento del juicio es presupuesto suficiente para el adelantamiento del escenario natural. Sin embargo, el legislador tampoco definió que se entendía por inaplazabilidad, aunque sí fijó una lista cerrada de hipótesis probatorias en

las que debía entenderse que su práctica era urgente, especificando si el peligro de pérdida de la información quedaba presumido o debía ser justificado. LOZZI resumió las distintas posibilidades en cuatro categorías:

- a) Pruebas cuya práctica no puede ser aplazada al momento del juicio por pérdida de información probatoria,
- b) Pruebas susceptibles de ser manipuladas o desvirtuadas.
- c) Pruebas cuyo objeto es susceptible de modificación o alteración.
- d) Pruebas incompatibles con el principio de concentración⁴⁰⁵.

Por tanto, en el Derecho italiano, el fundamento del incidente probatorio (figura análoga a la definida como prueba anticipada en sentido amplio) descansa en el hecho de que la espera entre el descubrimiento de la fuente de prueba y la práctica probatoria en el momento del juicio oral pueda hacer imposible, muy improbable o inútil la práctica de la prueba en juicio, o comprometa su idoneidad representativa⁴⁰⁶.

La institución ha adquirido una importancia extraordinaria en el ordenamiento jurídico del país vecino. En ocasiones, se ha extendido la denominación a todos los actos probatorios anticipados -con independencia del momento exacto en que se produjeron- lo que no llega a ser exacto, en los términos que acabamos de exponer⁴⁰⁷.

Una línea doctrinal mayoritaria lo ha definido como un instrumento procesal excepcional que fija en qué casos y de qué forma pueden practicarse medios de prueba previamente a la celebración del juicio oral⁴⁰⁸. Se ha definido también como “el instituto mediante el cual se procede, en presencia judicial, en el curso de la investigación preliminar, de la audiencia preliminar o en la fase de actos previos al juicio, a la práctica anticipada de medios de prueba”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 370.

⁴⁰⁶ MOLARI, “L’incidente probatorio”, *Indice Penale*, 1989, pág.564.

⁴⁰⁷ Al modo español de denominación de prueba anticipada por un sector doctrinal para referirse a las diligencias practicadas con carácter previo a la vista, abarcando también lo sucedido durante la instrucción como prueba preconstituida.

⁴⁰⁸ TRANCHINA, Giovanni, *Diritto processuale*, 2 vol, Giuffrè, Milán, 2004, págs, 152 y ss.

⁴⁰⁹ DALIA, Andrea; FERRAIOLI, Marzia, *Manuale di diritto processuale penale*, 5ª ed., Cedam, Padua, 2003, pág. 564.

Tres son las notas características que extrae la doctrina italiana de dicha definición de incidente probatorio: la necesidad, la excepcionalidad y la jurisdiccionalidad.

La nota de la necesidad la fundamentan en la propia naturaleza y concepción del proceso acusatorio, en que la fase sumarial o investigadora actúa como fase recopilatoria de datos que permite obtener las fuentes de prueba, tenidas en cuenta para valorar la oportunidad de sostener la acusación en base a los datos indiciarios de los que se disponga, así como el contenido de aquélla. Esta fase inicial, se ha dicho, es por tanto, la encargada de obtener la información suficiente como para valorar la solicitud y posterior apertura del juicio oral, pero en su seno no tendrá lugar la actividad probatoria en sí, no sólo por llevarse a cabo en la fase siguiente, en el juicio oral, sino porque, caso de que se hiciera así, existiría una merma de las garantías propias del proceso penal, no dándose cumplimiento a los principios generales de inmediación, concentración y contradicción⁴¹⁰.

La institución del incidente probatorio surge para los casos en que el paso del tiempo transcurrido hasta el día de la práctica de la prueba en el acto de la vista pudiera conducir a que la fuente de prueba (o, más bien, la información contenida en dicha fuente) se debilite, se diluya o pierda fiabilidad⁴¹¹.

En relación con la nota de la excepcionalidad, el Derecho italiano, al modo de los sistemas comparados, sólo admite alterar la regla general de celebración probatoria en la vista cuando la imposibilidad surja por causas ajenas a la voluntad de las partes y cuente la fuente de prueba con información relevante para obtener la íntima convicción⁴¹². Exclusivamente en estos casos quedaría justificada.

La excepcionalidad en el caso de la figura italiana se evidencia también en el hecho de que el Código efectúa una lista legal y tasada⁴¹³ de los supuestos en que será posible la

⁴¹⁰ FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada (...)*, op.cit., pág. 39.

⁴¹¹ TRANCHINA, Giovanni, *Diritto processuale*, op. cit., págs.152 y ss.

⁴¹² Vid. LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 367

⁴¹³ Art. 392 CPP italiano:

En el transcurso de las investigaciones preliminares, el Ministerio Público y la persona objeto de la investigación podrán pedir al juez que se proceda con incidente probatorio:

A la práctica de la prueba testifical, cuando exista fundado motivo para creer que el testigo no podrá ser examinado en el juicio oral por enfermedad u otro impedimento grave.

anticipación probatoria, reduciendo así en lo posible la discrecionalidad del juez a la hora de llevarlo a cabo, con la consiguiente seguridad jurídica para los operadores del Derecho. Siendo como es el incidente probatorio en sentido estricto una figura que se lleva a cabo en la fase instructora, actúa como flexibilización del rígido principio de separación entre la fase investigadora y la de enjuiciamiento, eso sí, moviéndose siempre dentro del margen que el *numerus clausus* ofrece.

La última de las notas a las que hacíamos alusión anteriormente la conforma la obligatoria intervención judicial. De esta manera, se garantiza la imparcialidad tanto en su admisión como en su desarrollo, y el respeto a los derechos y principios propios de toda práctica probatoria. Complementando este rasgo el anteriormente explicado, no queda duda alguna del profundo control que existe en torno a la figura, delimitándose perfectamente los límites y eliminando las posibilidades de un uso indiscriminado. El papel del juez en este sentido no es sino el de controlador de las garantías legales y de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, tratando que las diferencias existentes entre las pruebas practicadas durante el juicio oral y el incidente probatorio se reduzcan al mínimo.

Como dijimos, el incidente probatorio es una figura semejante a la prueba

A la práctica de la prueba testifical cuando, en virtud de datos concretos y específicos, exista fundado motivo para creer que el testigo se halla coaccionado por violencia, amenaza o promesa de dinero, o por otra utilidad, para que no conteste o lo haga con falsedad.

Al interrogatorio de la persona sometida a la investigación, sobre los hechos relativos a la responsabilidad de otros, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en los apartados a) y b).

Al interrogatorio de la persona indicada en el art. 210, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas por los apartados a) y b).

Al careo entre las personas que en otro incidente probatorio o ante el Ministerio Público han realizado declaraciones discordantes, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en los apartados a) y b).

A la pericia o reconocimiento judicial, si la prueba se refiere a una persona, cosa o lugar, cuyo estado pudiese quedar sometido a modificaciones inevitables.

Al reconocimiento judicial, cuando particulares razones de urgencia no permitan remitir el acto al juicio oral.

bis. En los procedimientos por delitos previstos en los arts. 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies del Código Penal, el Ministerio Público o la persona sometida a la investigación pueden pedir que se proceda conforme a los trámites del incidente probatorio para tomar declaración al menor de dieciséis años, con independencia de que concurran o no los presupuestos previstos en el número 1 del presente artículo.

El Ministerio Público y la persona objeto de las investigaciones podrán además solicitar que se practique una pericia, cuando de remitirse su práctica al juicio oral, pudiera originar la suspensión del juicio por tiempo superior a sesenta días.

preconstituida. Para alcanzar a entender su trascendencia, hemos de conocer un poco el proceso penal italiano. Éste se estructura en tres fases: la fase de investigación preliminar, la fase de audiencia previa y la del juicio oral, pudiendo, con carácter general, practicarse la prueba anticipada (en sentido amplio, abarcando tanto el incidente probatorio como los actos urgentes) a lo largo de todas ellas. Pero, aunque el hecho de que se extienda durante todo el proceso puede hacer pensar que ostenta la naturaleza de prueba ordinaria, no es así, se trata de una forma de celebración de la prueba excepcional en cuanto al momento en que tiene lugar, como comprobaremos. Siendo la prueba anticipada italiana el género, puede dividirse en dos especies: el incidente probatorio propiamente dicho y los actos urgentes.

La primera de las especies, el incidente probatorio, tiene lugar ante el juez investigador (equivalente a nuestro juez instructor) en las dos primeras fases del proceso, resultando - como sostenemos- afín a nuestra “prueba preconstituida”.

La segunda, los actos probatorios urgentes, lo conforman las pruebas celebradas durante la fase del juicio oral, pero antes del plenario. Esta última modalidad sería similar a nuestra prueba anticipada pura, al practicarse ante el órgano sentenciador y confiriéndole a éste la potestad de apreciar tanto las notas ordinarias de toda prueba como el requisito de urgencia imprescindible e inherente a ellas.

Como sucede en el Derecho español (donde el régimen jurídico aplicable a la prueba anticipada y a la preconstituida no es el mismo), el régimen del incidente probatorio y de los actos de urgencia tampoco coincide, por más que se emplee de forma genérica la expresión “incidente probatorio” o “prueba anticipada” para abarcar ambos.

En cuanto al límite temporal de ambas, el incidente probatorio podrá solicitarse desde el inicio de la investigación preliminar y hasta el momento en que se cierra el debate de la audiencia preliminar en que el juez dictará resolución por la que se acuerde el archivo o la apertura del juicio oral. Matiza FLORES PRADA esta idea, diferenciando a su vez entre dos momentos: el incidente probatorio puede proponerse:

- a) Desde que se inicia hasta que concluye la investigación preliminar.
- b) Desde que se inicie y concluya la fase de audiencia previa.

El interés de la matización radica en el hecho de que las partes no podrán proponer

incidente probatorio desde que concluya la investigación preliminar hasta que se abra la fase de audiencia preliminar. La Corte de Casación, sin embargo, en sentencia de 9 de mayo de 1997, permitió la comunicación de ambas fases a través del canal de la prueba anticipada propuesta y admitida en fase de investigación preliminar pero no practicadas en esa fase, de modo que podrían practicarse en fase de audiencia preliminar.

Los actos urgentes, por su parte, encuentran también delimitados el momento de su petición y práctica, pudiendo proponerse desde la recepción del decreto de apertura del juicio en la secretaría del tribunal sentenciador, tomando como límite temporal máximo el momento previo al juicio pues, una vez llegado a dicho instante, desaparecerán los presupuestos de admisión y se practicará en el momento ordinario.

Los presupuestos de los actos que deben realizarse bien bajo la forma de incidente probatorio bien como acto urgente (recordemos, el equivalente a nuestra prueba anticipada) son idénticos: que el acto o diligencia de prueba sea inaplazable o que resulte irreplicable. Ambos presupuestos dan lugar en el Código Procesal Italiano a tres tipos distintos de actos: actos urgentes, actos no aplazables al momento del juicio y actos irreplicables. El art. 467 autoriza al presidente del Tribunal o de la Corte di Assise a admitir la práctica anticipada de pruebas no aplazables, observando, eso sí, las formas previstas para el juicio oral. Por tanto, se podría decir que los supuestos tasados legalmente en relación con el incidente probatorio podrían resultar de aplicación a los actos urgentes. En este sentido no resulta descabellado considerar el acto urgente como una modalidad de incidente probatorio producida durante la fase del juicio oral, con la diferente tramitación derivada del órgano ante el que se desarrolla.

En resumidas cuentas, en el Derecho italiano se admite que en el proceso determinados actos probatorios se produzcan fuera del momento procesalmente previsto como sede natural de la prueba, siempre que forme parte de un elenco tasado y que concurren alguno de los presupuestos dichos: que se trate de actos inaplazables al momento del juicio o irreplicables.

En el caso de que el presupuesto sea la inaplazabilidad del acto, éste puede llevarse a efecto a través del incidente o a través de los actos urgentes, según la fase en que concorra el presupuesto y se solicite y practique el acto. Si los presupuestos se dan durante la fase de preparación del juicio, serán denominados actos urgentes y se

desarrollarán ante el Presidente del tribunal o de la Corte di Assise pero, en puridad, participan de la misma naturaleza del incidente probatorio. En el Derecho español, en cambio, sí hallamos amplias diferencias de base entre la erróneamente llamada “prueba preconstituida” y la prueba anticipada, sin que podamos concluir que la prueba anticipada es una manifestación más de la preconstituida o viceversa.

Hemos visto cómo en el sistema italiano se diferencia, en base al presupuesto concurrente, entre los actos irrepetibles y los actos inaplazables. Los actos inaplazables son los que pueden practicarse como incidente probatorio o como acto urgente por un peligro real de pérdida de la fuente de prueba o de la información que ésta contiene. Los actos irrepetibles, por su parte, son los que no pueden practicarse de nuevo en el acto del juicio oral por no poder llevarse a cabo con idéntico resultado, bien por causas originarias bien por causas sobrevenidas. Tal y como expone FLORES PRADA, la distinción excede del plano teórico, pues los actos inaplazables sólo entrarán a valorarse junto con la prueba practicada en juicio si se practicó como incidente probatorio o como acto urgente, mientras que los actos irrepetibles practicados en fase de investigación por el Ministerio Fiscal o por la policía judicial despliega su eficacia aunque no se hayan practicado como prueba anticipada⁴¹⁴.

Los actos irrepetibles no han sido objeto de lista tasada por el legislador italiano, dejando en manos del tribunal el admitir o no en juicio como prueba los practicados durante la instrucción. Por contra, decíamos, los actos inaplazables sí han sido especificados en art. 392 CPP.

De acuerdo con el art. 392 CPP son actos inaplazables:

1. La práctica de la prueba testifical, cuando exista fundado motivo para creer que el testigo no podrá ser examinado en el juicio oral por enfermedad u otro impedimento grave.
2. La práctica de la prueba testifical cuando, en virtud de datos concretos y específicos, exista fundado motivo para creer que el testigo se halla coaccionado por violencia, amenaza o promesa de dinero, o por otra utilidad, para que no conteste o lo haga con falsedad.
3. El interrogatorio del imputado sobre los hechos relativos a la responsabilidad de otros.
4. El interrogatorio de imputados en procedimientos conexos.

⁴¹⁴ SAU, Silvio, “L’incidente probatorio”, en *Codice di procedura penales commentatto*, Giuffrè, Milán, 2001, pág. 117.

5. El careo entre las personas que, en otro incidente probatorio o ante el Ministerio Público, han realizado declaraciones discordantes, cuando exista peligro de que no puedan declarar en juicio por enfermedad o impedimento grave, o concurra igualmente peligro de que puedan modificar su testimonio como consecuencia de amenazas, violencia o promesa económica.
6. La pericia o reconocimiento judicial, si la prueba se refiere a una persona, cosa o lugar, cuyo estado pudiese quedar sometido a modificaciones inevitables.
7. La identificación de personas, cuando particulares razones de urgencia no permitan remitir el acto al juicio oral.
8. El testimonio de testigos menores o de ofendidos (sean o no menores), cuando se proceda por delitos contra la libertad sexual.
9. La pericia, cuando de remitirse su práctica al juicio oral, pudiera originar la suspensión del juicio por tiempo superior a seis días.

Al contrario de lo que sucede en nuestra regulación, la relación detallada en el artículo transcrito deberá interpretarse de forma restrictiva, de manera que no podrá celebrarse como incidente probatorio o acto urgente acto distinto a los señalados. Algunas de las diligencias no aplazables serán también irrepetibles, como sucede en el supuesto número 6, pues, cuando la cosa, lugar o personas sufran una modificación derivada del paso del tiempo (de manera natural o provocada por el hombre), el análisis pericial que se pudiera hacer en el momento del juicio oral no ofrecerá los mismos resultados que se obtuvieron en una primera pericia. Se hace tal especificación al entender que la práctica de la prueba pericial cuenta con dos momentos: uno inicial en que se lleva a cabo la pericia en sí, y otro segundo que consiste en la explicación y debate del resultado obtenido.

Encontramos también un acto no aplazable y no repetible en la identificación reseñada en el número 7, cuando concurre riesgo de alteración o modificación del objeto de la identificación. En esta ocasión, la irrepetibilidad puede ser originaria (cuando la concurrencia del riesgo se conozca con carácter previo) o sobrevenida (por ejemplo, cuando se trate de identificar a una persona entre varias y el sujeto a identificar sufra una enfermedad repentina).

Entre los casos de actos inaplazables e irrepetibles por irrepetibilidad inesperada se han englobado los casos previstos en los números 1 (La práctica de la prueba testifical,

cuando exista fundado motivo para creer que el testigo no podrá ser examinado en el juicio oral por enfermedad u otro impedimento grave) y 5 (careos en los que uno de los sometidos al careo no puedan comparecer por alguna causa grave, como la enfermedad).

En el Derecho italiano, el incidente probatorio, afirma la doctrina, refleja a la perfección el espíritu del nuevo proceso penal italiano⁴¹⁵, al facilitar la coexistencia de las exigencias del puro proceso penal acusatorio con los beneficios que se le reconocen a algunas técnicas inquisitivas. Para IGNACIO FLORES, la figura recupera en los modernos sistemas de justicia penal el viejo debate entre libertad y seguridad, entre garantías y eficacia⁴¹⁶.

En las situaciones en las que, tras la práctica de la excepción, desaparece la nota de urgencia y se cuenta con la posibilidad material de repetición del acto durante la vista, el Derecho italiano se muestra partidario de reiterar en juicio la prueba si desaparece el motivo que la justificó. No obstante, plantea dos salvedades claramente marcadas: la primera, establecida en el art. 190-bis CPP, exime de la obligación de declarar nuevamente a los testigos en asuntos por delitos de asociación delictiva, de asociación mafiosa, de sometimiento a esclavitud o de trata de personas. La segunda, fijada en el art. 190-bis.1-bis CPP, alude a los casos en que el deponente es testigo o víctima en procedimientos por delitos contra la libertad sexual. En ambos casos, se justifica la innecesariedad en la intención de evitar daños psicológicos a los intervinientes. La doctrina, no obstante, extiende la previsión a todos los testigos y víctimas psicológicamente vulnerables, sin establecer una lista cerrada de delitos en los que quedan exentos de declarar de nuevo, precisamente con el fin de proteger su indemnidad psicológica⁴¹⁷.

Cuando hayan de declarar sobre hechos distintos de aquellos que fueron objeto de la primera declaración sí tendrán obligación de comparecer aun cuando se den estos supuestos. Asimismo, también habrán de hacerlo cuando el juez crea ineludible la

⁴¹⁵ CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, 7ª ed., Giuffrè, Milan, 2003, pág. 865, así como GUZMÁN FLUJA, Vicente, "La anticipación y preconstitución de la prueba (...)", op. cit.

⁴¹⁶ FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada (...)*, op. cit., pág. 20, quien se remite en cuanto al presupuesto ideológico del nuevo modelo italiano de justicia penal del cpp de 1989 a Gustavo PANSINI, "Chiarezza nelle ideologie del nuovo processo penale", *L'illusione accusatoria, Edizione Scientifiche Italiane*, Nápoles, 1998, págs. 39 y ss.

⁴¹⁷ Al respecto, BIONDI, Giuseppe, *L'incidente probatorio nel processo penales*, Giuffrè, Milan, 2006, citado por FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada (...)*, op. cit., pág. 248.

presencia del testigo en el juicio oral.

Precisamente, la hipótesis de que deban declarar sobre hechos distintos a aquellos sobre los que fueron interrogados ante el órgano decisor sí podría admitirse en nuestro derecho como fundamento de la repetición de la declaración en los casos no tan excepcionales en se haya eliminado la causa que, en principio, hacía presagiar la imposibilidad o extrema dificultad de su práctica durante el juicio.

II. UNA AUTÉNTICA PRUEBA

Del estudio de los efectos de la prueba anticipada se concluye, por tanto, la naturaleza intrínsecamente probatoria de la prueba adelantada. Ello queda patente, además, en su propia configuración: se lleva a cabo ante el órgano de enjuiciamiento, las partes activa y pasiva están presentes durante su ejecución, las partes ya se han posicionado inicialmente a través de sus correspondientes escritos (de calificaciones provisionales en el procedimiento ordinario y de acusación y defensa en el proceso abreviado) sobre la base de la información recopilada durante la instrucción... Aun cuando se practica fuera del juicio oral, no cabe duda de que constituye un auténtico acto de prueba. Y como prueba que es, deberá ser evaluada por el juzgador conforme a la regla de libre valoración establecida en el artículo 741 LECrim⁴¹⁸. Ello significa que, acogiendo las conclusiones de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ en torno a la libre estimación de la prueba⁴¹⁹, le serán de aplicación las reglas del criterio racional, las normas de la lógica, las máximas de experiencia común o de las especializadas que proporcionen los peritos. De esta forma, con aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia, deberá ser valorada en sentencia su significación y relevancia en el asunto, exponiendo su razonamiento de forma comprensible, lo que no podrá cuestionarse ante una instancia superior, a salvo la posibilidad contemplada en el art. 849. 2 LECrim en relación al recurso de casación, planteando la posibilidad de recurrir cuando “haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”.

⁴¹⁸ El art. 741 LECrim da entrada en la normativa procesal al principio de libre valoración de la prueba, facultando al juzgador a dictar sentencia tras apreciar según su conciencia los actos probatorios que se hubieran practicado en su presencia. Eso sí, como hemos analizado, este principio no puede dar cabida a arbitrariedades, de ahí la obligación de motivar razonadamente la sentencia dentro de los límites legales.

⁴¹⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 8487, *Sección Doctrina*, 24 de febrero de 2015.

Los medios de prueba practicados de forma anticipada, al igual que el resto de las pruebas desarrolladas en el juicio oral, deberán tratar sobre los hechos punibles y la participación del acusado en él, pudiendo configurarse bien como prueba de cargo directa bien como indirecta. Si adquiriera la primera cualidad, bastará por sí sola para destruir la presunción de inocencia a la que nos referíamos. Pero es posible que no alcance por sí sola esa categoría y se convierta meramente en una prueba indiciaria (también llamada circunstancial o por indicios), en la que el hecho probado no coincide con el hecho tipificado penalmente, pero se encuentra lógicamente conectado con él. En este supuesto, nada impedirá que contribuya a conformar la convicción del juez siempre y cuando se cumplan los requisitos de la prueba indiciaria. Estos, siguiendo a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, pueden resumirse en los siguientes:

- a) Que los hechos básicos o indicios estén plenamente demostrados y directamente acreditados.
- b) Que el indicio no sea aislado, sino que exista una concatenación de ellos.
- c) Que entre el indicio y el presunto hecho se aprecie, conforme a las reglas del criterio humano, un enlace preciso y directo.
- d) Que se explique en la sentencia el razonamiento lógico que llevó al juez o tribunal a deducir la culpabilidad partiendo de los hechos indiciariamente probados⁴²⁰.

Por tanto, la prueba anticipada, aun la indirecta, siempre que sea pertinente, esté justificada su práctica anticipada y se efectúe con todas las garantías legales, será válida para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Hemos visto, a la luz de las consideraciones expuestas, cómo la prueba anticipada adquiere el estatus de prueba plena. Ahora bien, al contar con presupuestos tasados y ciertas peculiaridades lógicas en cuanto a su producción adaptada a las especiales circunstancias en las que se encuadran, podría tenderse a catalogarla como una institución procesal autónoma. Sin embargo, nos inclinamos por negarle cualquier independencia. Seguimos la estela de FENOCHIETTO, quien la concibe como una forma excepcional de ofrecer y producir prueba. Idéntica conclusión es la obtenida, entre otros, por GARDELLA, para quien la naturaleza jurídica que debe atribuir a la

⁴²⁰ *Ibidem*.

excepción es la del carácter probatorio, con todas las consecuencias derivadas de dicha consideración. La clasificación de la figura no resulta cuestión baladí, toda vez que de la naturaleza que se le atribuya derivará el régimen jurídico que le será de aplicación.

Lo cierto es que, por la complejidad del concepto, no resulta sencillo su encuadre natural en el conjunto de instituciones procesales, pues podemos hallar importantes analogías con otras figuras, tales como la medida cautelar o la prueba preconstituida. VIGNA, al estudiar el incidente probatorio italiano, efectúa una interesante reflexión que entendemos extrapolable a la prueba anticipada de nuestro ordenamiento, entendiéndolo como un "concepto compuesto, complejo o poliédrico". Y así debe tenerse también la prueba anticipada, como una figura compleja que, pese a ostentar naturaleza plena de todo acto probatorio y tener todos los efectos de éste, actúa como mecanismo protector de la información en ella contenida, a modo de medida cautelar, aún sin reunir todas las exigencias de éstas. Por tanto, debemos concluir que la naturaleza de la prueba anticipada es probatoria con un cierto matiz aseguratorio.

ANEXO II: FORMULARIOS

I FORMULARIOS DE SOLICITUD DE PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA

DILIGENCIAS PREVIAS N° (...)

PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° (...)

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° (...) DE (...)

D. (...), Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. (...), según tengo debidamente acreditado en las diligencias referenciadas, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que mediante el presente escrito y según permite el artículo 797.2 LECrim intereso que se admita y practique la siguiente prueba anticipada:

- Que se tome declaración en calidad de testigo a D. (...), con domicilio en (...), teléfono (...) y DNI número (...)
- La solicitud de la práctica anticipada de la prueba se fundamenta en las siguientes razones:

El testigo ha tenido conocimiento directo de los hechos porque (...), y, en consecuencia su declaración resultará fundamental.

La solicitud de la anticipación probatoria se justifica porque:

- D. (...) tiene su domicilio en esta ciudad, pero cursa(o cursará) estudios en la ciudad de (...), donde reside(o residirá) durante todo el período docente.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos que acompaño y copia de todo ello, lo admita a trámite y acuerde admitir y practicar la prueba anticipada que se propone, citando a tal efecto a D. (...) y a las partes y documentando debidamente la diligencia a los efectos de su reproducción íntegra en el acto del juicio oral.

Es justicia que pido en (...), a (...) de (...) de (...)

DILIGENCIAS PREVIAS N° (...)

PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° (...)

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO (...) DE (...)

D. (...), Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. (...), según tengo debidamente acreditado en las diligencias referenciadas, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que mediante el presente escrito y según permite el artículo 797.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal intereso que se admita y practique la siguiente prueba anticipada:

- Que se tome declaración en calidad de testigo a D. (...), con domicilio en (...), teléfono (...) y DNI número (...)

La justificación de la solicitud reside en que:

- D. (...) se encuentra en esta ciudad por motivos familiares (laborales, personales u otros) donde permanecerá hasta el día (...), debiendo regresar el día (...) a su domicilio, sito fuera del territorio español, en (...). Resulta indispensable tomarle declaración con carácter previo para evitar que tenga que desplazarse hasta esta localidad el próximo día (...).

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos que acompaño y copia de todo ello, lo admita a trámite y acuerde admitir y practicar la prueba anticipada que se propone, citando a tal efecto a D. (...) y a las partes y documentando debidamente la diligencia a los efectos de su reproducción íntegra en el acto del juicio oral.

Es justicia que pido en (...), a (...) de (...) de (...) (lugar y fecha)

DILIGENCIAS PREVIAS N° (...)

PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° (...)

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° (...) DE (...)

D. (...), Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. (...), según tengo debidamente acreditado en las diligencias referenciadas, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que mediante el presente escrito y según permite el artículo 797.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal intereso que se admita y practique la siguiente prueba anticipada:

- Que se tome declaración en calidad de testigo a D. (...), con domicilio en (...), teléfono (...) y DNI número (...)

La siguiente pretensión se fundamenta en las siguientes razones:

El testigo ha conocido directamente de los hechos enjuiciados porque (p.e., resultó perjudicado en su patrimonio por las consecuencias del delito) y, en consecuencia su declaración se hace imprescindible.

La justificación de la solicitud radica en que:

- D. (...) deberá marcharse de esta ciudad por un período de (...) días por motivos (familiares, laborales, académicos...) y, al encontrarnos ante unas diligencias que pueden desembocar en juicio rápido, la fecha del señalamiento recaerá previsiblemente durante los días en que se conoce que estará ausente, imposibilitando su presencia al acto de la vista.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos que acompaño y copia de todo ello, lo admita a trámite y acuerde admitir y practicar la prueba anticipada que se propone, citando a tal efecto a D. (...) y a las partes y documentando debidamente la diligencia a los efectos de su reproducción íntegra en el acto del juicio oral.

Es justicia que pido en (...), a (...) de (...) de (...) (lugar y fecha)

AL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N°

EL FISCAL, en el procedimiento arriba referenciado, al amparo del artículo 800.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal formula el siguiente escrito de

ACUSACIÓN

1.- Sobre las (...) horas del día (...) de (...) de (...), el acusado (...) -mayor de edad y (...) antecedentes penales- se encontraba en compañía de su esposa, (...), en el domicilio (...), sito en esta ciudad –piso (...) del número (...) de la calle (...)-. Comoquiera que entre ambos se entabló una discusión, el acusado golpeó a (...), con la intención de menoscabar su integridad física y su dignidad como mujer. Como consecuencia de ello, (...) sufrió lesiones consistentes en (...), para cuya curación sólo precisó primera asistencia facultativa, empleando en tal curación (...) días, (...) de los cuales quedó impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales.

(...) (...) reclama ser indemnizada por las lesiones causadas.

2.- Los hechos narrados son constitutivos de un delito de malos tratos en el ámbito familiar del apartado 1 del artículo 153 del Código Penal, en relación con el apartado 3 del mismo precepto legal.

3.- De los hechos narrados responde el acusado en concepto de autor del artículo 28 del Código Penal.

4.- (...) concurren en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

5.- Procede imponer al acusado la pena de (...) DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS POR el TIEMPO DE (...), PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON (...) POR EL TIEMPO DE (...), Y PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A ÉSTA, A SU DOMICILIO Y/O A SU LUGAR DE TRABAJO O ESTUDIO EN UNA DISTANCIA DE 300 METROS POR UN TIEMPO DE (...). Costas.

El acusado indemnizará a (...) en la cantidad de (...) euros por las lesiones causadas.

Por todo lo anterior, el Fiscal interesa la inmediata citación del acusado para la celebración del juicio oral, se tenga por evacuado el presente trámite y, en su caso, proceda a remitir las actuaciones al JUZGADO DE LO PENAL competente para su enjuiciamiento.

OTROSÍ I: Para el acto de la Vista Oral, el fiscal propone los siguientes medios de prueba, a fin de que por el órgano de enjuiciamiento, y de acuerdo con el apartado 1 del artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se admitan todos ellos previa declaración de su pertinencia:

A) CON CARÁCTER ANTICIPADO:

Testifical.- Que se tome declaración en calidad de perjudicada a D^a. (...), con domicilio en (...).f

La siguiente pretensión se fundamenta en las siguientes razones:

(...) resultó perjudicada como consecuencia de la agresión sufrida, estando aquejada de enfermedad física degenerativa que, presumiblemente, le imposibilitará para declarar en óptimas condiciones en la fecha del juicio oral.

B) PARA EL ACTO DEL JUICIO ORAL:

1. Interrogatorio del acusado.

2.- Testifical, con examen de los testigos que a continuación se enumeran y que deberán ser citados a través de la oficina judicial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 781.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, solicitando se tenga por cumplimentado lo requerido en el artículo 656.2 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones:

- (...), cuyo domicilio se cita al folio (...) de las actuaciones.

- Agentes de (...), con carné profesional (...), que habrán de ser citados a través de su superior jerárquico.

3.- Documental, por lectura de todos los folios de las actuaciones, y en particular, del

atestado, de la declaración del imputado en sede judicial, de la declaración de la víctima en sede judicial, del informe forense de sanidad, la cual deberá practicarse en las sesiones del Juicio Oral por medio de la íntegra lectura de los folios correspondientes, salvo que la defensa del acusado, por entenderse informada de su contenido, renuncie expresamente a ella, de lo cual se tomará oportuna nota en el acta, y todo ello sin perjuicio de la obligación impuesta al órgano judicial en el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

OTROSÍ II: El fiscal, de conformidad con los artículos 589 y siguientes y 764 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesa se acuerde la apertura inmediata de pieza separada de responsabilidad civil, requiriendo al acusado para que preste fianza en cuantía suficiente para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, puedan resultar procedentes.

OTROSÍ III: El fiscal interesa se le confiera traslado de copia del escrito de calificación que presente la defensa del acusado en el trámite del artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

OTROSÍ IV: El fiscal, conforme al artículo 801.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, caso de que se imponga al acusado pena privativa de libertad, (...) se opone a su suspensión por un plazo de (...) años por (...) concurrir los requisitos previstos en los artículos 80 y 81 del Código Penal, siempre que, al amparo del artículo 83.1.1º, 2º y 5º del mismo cuerpo legal, el acusado cumpla efectivamente con la prohibición de aproximarse y comunicarse con (...) que le hayan sido impuestas y se someta efectivamente a un programa de formación en materia de prevención de conductas de violencia de género.

En (...), a (...) de (...) de (...).

EL FISCAL

II FORMULARIOS DE SOLICITUD DE PRUEBA PERICIAL ANTICIPADA

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° (...) DE (...).

EL FISCAL, en el Procedimiento Abreviado n° (...) dimanante de las Diligencias Previas n° (...), dando curso al traslado que le ha sido conferido, interesa la apertura de Juicio Oral ante el JUZGADO DE LO PENAL y formula escrito de ACUSACIÓN contra (...), conforme a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El día (...), el acusado (...), mayor de edad, DNI (...) y sin antecedentes penales, denunció ante el Juzgado de Instrucción n° (...) en funciones de Guardia que sobre las 02'00 h del mismo día conducía un vehículo de su propiedad por la carretera A-94 dirección Sevilla cuando se encontró con unos agentes de la Guardia Civil de Tráfico que le dieron el alto y le amenazaron de muerte con una pistola, golpeándole repetidamente con las linternas que portaban, a sabiendas de que los hechos denunciados no se habían producido en realidad.

Como consecuencia de la denuncia se incoaron el día (...) por el Juzgado de Instrucción n° (...) de Sevilla las Diligencias Previas n° (...) que fueron archivadas por no entenderse justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa.

SEGUNDA: Los hechos narrados son constitutivos de delito de denuncia falsa del artículo 456 .1.2º del Código Penal.

TERCERA: De tales hechos responde el acusado en concepto de autor conforme el art. 28 del Código Penal.

CUARTA: No concurren en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTA: Corresponde imponer al acusado una pena de multa de 20 meses, cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y costas.

OTROSÍ 1) El Fiscal interesa que se notifique al acusado el Auto de Procedimiento Abreviado y el presente Escrito de Acusación.

OTROSÍ 2): Para el acto del Juicio Oral, el fiscal propone valerse de los siguientes medios de PRUEBA:

A. CON CARÁCTER ANTICIPADO:

1. Pericial.- Para que por Médico Forense especializado en Psiquiatría, se examine a D (...) para determinar si tiene alteradas sus facultades psicológicas, y en caso de ser así, indique si dicha patología puede provocar la interposición de denuncias falsas.

B. PARA EL ACTO DEL JUICIO:

1ª.- Interrogatorio del acusado.

2ª.- Testifical, con examen de los testigos que a continuación se enumeran y que deberán ser citados a través de la Oficina Judicial, a tenor de lo dispuesto en el art. 781.1º de la LECrim, solicitando que se tenga por cumplimentado lo requerido en el art. 656.2 de la citada ley en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones:

- Agentes de la Guardia Civil con TIP (...), que deberán ser citados a través de su superior jerárquico.

3ª.- Documental por lectura de los folios (...), la cual deberá practicarse en las sesiones del Juicio Oral por medio de la lectura íntegra de los mismos, salvo que la defensa del acusado, por entenderse informada de su contenido, renuncie a ella expresamente, de lo cual se tomará oportuna nota en el acta, y todo ello sin perjuicio de la obligación impuesta al órgano judicial en el art. 726 de la LCErim.

Lugar y fecha

EL FISCAL

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° (...) DE (...)

EL FISCAL, en el Procedimiento Abreviado n° (...) dimanante de las Diligencias Previas n° (...), dando curso al traslado que le ha sido conferido, interesa la apertura de Juicio Oral ante el JUZGADO DE LO PENAL y formula escrito de ACUSACIÓN contra (...) conforme a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Sobre las (...) horas del día (...), el acusado, (...), DNI (...), sin antecedentes penales, con ánimo de enriquecimiento ilícito, se dirigió a un chalet deshabitado sito en la (...) propiedad de (...) y, una vez allí, accedió al recinto interior escalando por las rejas metálicas de la parte trasera, apoderándose de una puerta de aluminio color blanco, dos marcos de puerta, varios listones y una chapa de aluminio.

Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía sorprendieron al acusado portando los objetos sustraídos, que fueron reconocidos por su propietario sin ningún género de dudas. El perjudicado no reclama al haber recuperado todos los objetos.

SEGUNDA: Los hechos relatados son constitutivos de un delito de ROBO CON FUERZA, previsto y penado en los artículos 237, 238.1º, y 240 del Código Penal.

TERCERA: Del mencionado delito responde el acusado en concepto de AUTOR, conforme a los arts. 27 y 28 del Código Penal.

CUARTA: No concurre circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

QUINTA: Procede imponer a al acusado la pena de 3 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el período de la condena. Costas.

OTROSÍ 1º) El fiscal interesa que se notifique al acusado el Auto de Procedimiento Abreviado y el presente Escrito de Acusación.

OTROSÍ 2º): Para el acto del Juicio Oral, el fiscal propone valerse de los siguientes medios de PRUEBA:

A. CON CARÁCTER ANTICIPADO:

Pericial.- Para que por el Sr. Médico Forense adscrito a los Juzgados, se examine al acusado a fin de determinar si en el momento de los hechos reunía la condición de toxicómano, el grado de adicción, el tiempo de evolución de la misma, y si tal afectación influyó en su capacidad intelectual y/o volitiva al tiempo de los hechos.

B. PARA EL ACTO DEL JUICIO ORAL:

1ª.- Interrogatorio del acusado.

2ª.- Testifical, con examen de los testigos que a continuación se enumeran y que deberán ser citados a través de la Oficina Judicial, a tenor de lo dispuesto en el art. 781.1º de la LECrim, solicitando que se tenga por cumplimentado lo requerido en el art. 656.2 de la citada ley en cuanto a la expresión de sus domicilios o residencias mediante la indicación de los folios de la causa donde constan sus direcciones:

- Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con TIP (...), que deberán ser citados a través de su superior jerárquico.

3ª.- Documental por lectura del atestado, declaración del acusado, declaraciones testificales y demás de las actuaciones, la cual deberá practicarse en las sesiones del Juicio Oral por medio de la lectura íntegra de los mismos, salvo que la defensa del acusado, por entenderse informada de su contenido, renuncie a ella expresamente, de lo cual se tomará oportuna nota en el acta, y todo ello sin perjuicio de la obligación impuesta al órgano judicial en el art. 726 de la LECrim.

Lugar y fecha

EL FISCAL

III FORMULARIO DE SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO DE MENORES

FISCALÍA DE MENORES

R.G.

MENOR:

En virtud de lo acordado en las actuaciones que arriba se citan, libro el presente a fin de que a la vista del informe de ADIMA relativo al Testimonio de ... y de la recomendación realizada por dicho organismo de realizar la toma de declaración judicial a través de una prueba preconstituida, se practique con carácter de prueba preconstituida, la exploración del menor víctima de los hechos objeto del presente expediente, en las dependencias de ADIMA, con la asistencia del Ministerio Fiscal y del Letrado del menor Imputado ..., con videgrabación del resultado de la prueba sometida al principio de contradicción, a fin de evitar la presencia del menor víctima en el acto de la audiencia minorando en lo posible la victimización de los mismos por estos hechos; se adjunta a la presente Informe de ADIMA ya elaborado.

En Sevilla, a ... de ... de ...

EL FISCAL

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, Ana, *La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (realidad y futuro de la administración de justicia. la aplicación de las tics)*”, pág.19, recuperado de: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7504/1/AD_13_art_1.pdf, última visita el 17.8.16.

ABEL LLUCH, Xabier, en *La prueba de reconocimiento judicial* (Dir. Xavier Abel Lluch y Joan Picó I Junoy), Bosh Editor, Barcelona, 2012.

AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid: Reus, 1924.

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, *Guía práctica de la prueba penal. Jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad. Formulario*, Dijusa, Madrid, 2005.

ALEMAÑ CANO, Jaime, *Actos preparatorios, prueba anticipada y medidas cautelares en el proceso laboral*, Edit. Bomarzo, Albacete, 2014.

ALEMAÑ CANO, Jaime, *El procedimiento simplificado francés y su posible introducción en el ordenamiento jurídico español. Problemas que plantea*, RCAA, núm. 1, 1989.

ALEMAÑ CANO, Jaime, “La prueba de testigos en el Proceso Penal”, *Publicaciones de la Universidad de Alicante*, Murcia, 2002.

ALMAGRO NOSETE, José, “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1992, Madrid.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1989.

ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida y a la prueba

anticipada”, *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2180, julio 2015, recuperado de www.mjusticia.es/bmj, última visita 21.7.17.

ANADÓN JIMÉNEZ, Miguel Ángel, “La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la policía judicial”, *La Ley*, Sección Doctrina, T. V, 1999.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Teoría/Práctica de la Jurisdicción. Sobre el valor de la inmediatez (Una aproximación crítica)*, recuperado de <https://es.scribd.com/document/357216113/ANDRES-IBANEZ-Sobre-El-Valor-de-Inmediacion>.

ANGOSTO AGUDO, Rosa María, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, T. IV, 1996, recuperado de laleydigital.es 22584/2001.

ARAGONES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, El autor, 1976.

ARAGONESES ALONSO, Pedro, “Proceso y Derecho Procesal”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1960.

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, 9ª ed., Madrid, 2016.

ASENCIO MELLADO, José Mª, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ASENCIO MELLADO, José Mª, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

BARGIS, M., “Incidente probatorio”, *Revista Italiana Diritto di Procedura Penale*, 1990.

BARONA VILAR, SILVIA, en AA.VV: *Derecho Jurisdiccional*, TIII, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BAUMAN, Jurgen, *Derecho procesal penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*, Ediciones De Palma, Buenos Aires.

BERNAL VALLS, Jesús, “Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba

testifical del proceso penal (sumarias consideraciones sobre su problemática actual)”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, 1987.

BIONDI, Giuseppe, *L'incidente probatorio nel processo penales*, Giuffrè, Milán, 2006.

BUJOSA VADELL, Lorenzo, MARTÍN GARCÍA, Antonio Luis, *La obtención de prueba en materia penal en la UE*, Atelier, 2016.

BUJOSA VADELL, Lorenzo, “Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global: Liber Amicorum II”, en *Laudatio a la obra científica de la Prof. Dr. “D. “María del Carmen Calvo Sánchez* (Coord. PÉREZ-CRUZ MARTÍN; Agustín/BUJOSA VADELL, Lorenzo; CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen (hom)), Atelier, 2013.

BUJOSA VADELL, Lorenzo, *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal* (Dir. NIEVA FENOLL, Jordi/BUJOSA VADELL, Lorenzo), Atelier, Barcelona, 2016.

BUJOSA VADELL, Lorenzo, “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 9, 2004.

BUJOSA VADELL, Lorenzo, “Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal”, *Diario La Ley*, núm. 5627, Año XXIII, 7 de octubre de 2002.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “Prueba de oficio y proceso con todas las garantías. Análisis comparativo de Derecho español y colombiano”, en *Rigor doctrinal y práctica forense* (VÁZQUEZ SOTELO. Liber Amicorum), Barcelona, 2009.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro M., “La prueba anticipada en el proceso civil”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1999.

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

CAFFERATA NORES, Ignacio José, *La Prueba en el Proceso Penal*, 3º Edición actualizada y ampliada, Edit. De Palma, Buenos Aires- Argentina, 1998.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “El juicio oral”, *La Reforma del proceso penal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1990.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “Las líneas inspiradoras de la Reforma de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista del Poder Judicial*, 1ª época, núm. 4, septiembre 1982.

CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, 7ª ed., Giuffrè, Milán, 2003.

DALIA, Andrea; FERRAIOLI, Marzia, *Manuale di diritto processuale penale*, 5ª ed., Cedam, Papua, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Edit. CERA, Madrid, 2004.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, *El juicio de faltas: la prueba y otras cuestiones procesales*, Edit. Colex, Madrid, 1998.

DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, Emilio, *Derecho procesal penal (Manual para Criminólogos y Policía)*, Valencia, 1997.

DE PABLO, José María, *Comentarios al Proyecto de Reforma de la LECrim(I): el nuevo límite temporal de la instrucción*, recuperado de <https://josemariadepablo.com/2015/03/15/comentarios-al-proyecto-de-reforma-de-la-lecrim-i-el-nuevo-limite-temporal-de-la-instruccion>

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Derecho y deber de jurisdicción, y la igualdad de la personas ante aquélla y en el proceso”, *RIDP*, núm. 4, 1972.

DÍAZ CABIALE, José Antonio, “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1991.

DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

DÍAZ CABIALE, José Antonio, “Prueba, deliberación, veredicto y sentencia”, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión provisional*, Edit. Comares, Granada, 1996.

DÍAZ CABIALE, José Antonio, “Prueba documental y documentación de actividades en el procedimiento abreviado”, *El juicio oral en el proceso penal (con especial*

referencia al procedimiento abreviado), (Coord. Jaime Moreno Verdejo), Edit. Comares, 1995.

DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Bosh, Barcelona, 2004.

DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, “La voz como elemento identificador del delincuente”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003.

DIGES, Margarita, *Los falsos recuerdos: sugestión y memoria*, Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1997.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús (Dir.); FIGUEROA NAVARRO, Carmen (Coord.) con AA.VV.: *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid, 2012.

DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal*, Tesis Doctoral (Dir. CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013).

ESCUSOL BARRA, Eladio, *El procedimiento penal para las causas ante el Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid, 1996.

ESCUSOL BARRA, Eladio, *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, 1993.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000*, Tirant lo Blanch, 2000.

ETXEBERRIA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. (Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales)*, Trivium, Madrid, 1999.

ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y su aplicación en el proceso penal*, Edit. Comares, Granada, 2000.

FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, Juan Manuel, “Aspectos procesales de la delincuencia en zonas turísticas”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 2/1998(diciembre).

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la

prueba ilegítimamente obtenida”, en *La prueba en el proceso penal II*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

FERRUA, P., “Imputato e difensore del nuovo processo penale”, en AA.VV: *Profill del nuovo processo penale*, Papua, 1988.

FLORES PRADA, Ignacio, *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Bogotá, 1982.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, con AA.VV: *Los procesos civiles*, T. III, Edit. Bosch, Barcelona, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas Ediciones, 1981, Madrid.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, Vicente; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor: “Derecho Procesal”, en *El Proceso Penal*, T.II (Vol.I), Tirant lo Blanch, 6ª edic., Valencia, 1992.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Civitas Ediciones, 2ª ed, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Edit. Colex, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente, "La prueba preconstituida de la policía judicial", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna Ed. Jurídicas, Madrid, 2015.

GISBERT GISBERT, Antonio, “Aproximación a la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Justicia*, 2000.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Civitas, Madrid, 1996

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso penal. Tratamiento jurisprudencial*, Edit. Forum, Oviedo, 2004.

GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, *La prueba en el proceso penal*, Edit. Forum, Oviedo, 1991.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, Vol.1º, 8ª ed., Madrid, 1976.

GUTIÉRREZ CARBONELL, Miguel, “Tratamiento procesal de la pericia médica en el procedimiento penal. Diligencias de instrucción y pruebas: preconstituidas, anticipadas y plenarias”, *Medicina Legal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993.

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

GUZMÁN FLUJA, Vicente C., “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal”, *Prueba y Proceso Penal, Análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (AAVV), Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008.

HERCE QUEMADA, Vicente; GÓMEZ ORBAJENA, Emilio: Derecho Procesal, vol.II, en *Derecho procesal penal*, Edit. Los autores, Madrid, 1948.

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

HERNÁNDEZ GIL, Francisco y otros, Centro de Estudios Jurídicos, 1993, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco, “La prueba preconstituida”, *La Prueba en el Proceso Penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993.

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

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

IGLESIAS CANLE, Inés Celia, “La denominada “prueba pericial preconstituida”: La nueva redacción del art. 788.2 LECrim”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 605, 2003.

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

IGLESIAS CANLE, INÉS CELIA: “Los límites de la información judicial: Secreto de sumario y filtraciones”, en *Comunicación y Justicia en Violencia de Género* (Coords. Inés Celia IGLESIAS CANLE, y María LAMEIRAS FERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_16.pdf.

JUANES PECES, Ángel, *El proceso penal*, recuperado de www.tirantonline.com, última visita el 7/8/16.

KISCH, Wilhelm, *Elementos del Derecho procesal civil*. Traducción de L. Prieto Castro, EDERSA, Madrid, 1940.

LANCE STRATE, *El medio y el mensaje de McLuhan*, recuperado de http://www.infoamerica.org/icr/n07_08/strate. Mc LUHAN, M., *The médium is the message: an inventory of effects*. Nueva York, 1962

LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, *Genética y Derecho. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36, 2001, Madrid.

LÓPEZ JIMENEZ, Raquel, *La prueba en el juicio por jurado*, Tesis elaborada por la Licenciada Raquel López Jiménez, bajo la dirección del Prof Dr. D. Víctor Moreno Catena, Catedrático de Derecho Procesal, y depositada en el Departamento de Derecho

Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III Madrid, en septiembre de 2000.

LORCA NAVARRETE, Antonio M^a, “La diligencia de reconocimiento de voz”, en *La Ley*, 1987.

LOZZI, Gilberto, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Turín, 2004.

MADDALENA, M., en “L’incidente probatorio”, en AA.VV: *Profili del nuovo processo penale*, Padua, 1989.

MAGRO SERVET, Vicente, “Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal,” en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 92.

MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, T. I, febrero 1998.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos, “La prueba anticipada en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2001.

MARTÍN DIZ, Fernando, “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 23, 2014(*Ejemplar dedicado a: Tutela judicial efectiva en el siglo XXI: un análisis interdisciplinar*).

MARTÍN DIZ, Fernando, “Derechos y libertades en la sociedad actual”, *El derecho a la tutela efectiva de la justicia* (Coord. LEÓN ALONSO, Marta; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela), Edit. Comares, 2014.

MARTÍN DIZ, Fernando, “Real Decreto 1109/15, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/15, de 27 de abril, del Estatuto de Víctima del Delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol.4, núm. 1, 2016.

MARTÍN OSTOS, José de los S., “La prueba en el proceso penal acusatorio”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, recuperado de [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20de%20la%20prueba%20en%20el%20proceso%20penal%20acusatorio.pdf)

20LA%20%20PRUEBA%20%20EN%20%20EL%20%20PROCESO%20%20PENAL
%20%20ACUSATORIO%20%28Dr%20%20Mart%C3%ADn%20Ostos%29%20Modu
lo%20V.pdf , última visita el 20.3.17.

MARTÍN OSTOS, José de los Santos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Edit. Astigi, Sevilla, 2016.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994.

MIRA, José Joaquín; DIGES, Margarita: “Teorías intuitivas sobre memoria de testigos: un examen de metamemoria”, *RSS*, 1991, núm. 6.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2008.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Valor probatorio de las diligencias de instrucción”, en *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal*, (Dir. NIEVA FENOLL, Jordi/BUJOSA VADELL, Lorenzo), Atelier, Barcelona, 2016.

MOLARI, “L´incidente probatorio”, en *Indice Penale*, 1989.

MONTERO AROCA, Juan, en AA.VV: *Derecho Jurisdiccional*, TII, Edit. Tirant lo Blach, Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Derecho Jurisdiccional*, T. I, Bosch, Barcelona, 1993.

MONTERO AROCA, Juan, “El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Justicia*, 1983, núm. 2.

MONTÓN GARCÍA, María Lidón, *La Admisión y Práctica de la Prueba en el Proceso Penal*, Edit. Trivium, Madrid, 1999.

MONTÓN REDONDO, Alberto y AA.VV en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MORAL GARCÍA, Antonio del, “La fase intermedia en el proceso ante el Jurado”, en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*, Edit. Comares, Granada, 1996.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CUESTA, Javier, “Proposición, admisión y práctica de la prueba en los procesos ordinarios. Prueba anticipada y preconstituida”, *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, núm. 1, 2003, pág. 77-78.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, LEC 1/2000, Edit. Bosch, Barcelona, 2001.

NAPPI, Anielli, *Guida al Codice di Procedura Penales*, Edit. Giuffrè, Milano, 1996.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El período intermedio del proceso penal*, S.A. MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA DE ESPAÑA, Aravaca, 1997.

ORTEGA, M^a del Pilar, *La víctima: Aspectos Sustantivos y Procesales. Tesis Doctoral en Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, 2003, pág. 153

ORTELLS RAMOS, Manuel, “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECrim”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1982, núm. 2-3.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional*. T. III. Proceso Penal, Valencia, 1997.

PANSINI, Gustavo, “Chiarezza nelle ideologie del nuovo processo penale”, *L'illusione accusatoria*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998.

PAZ RUBIO, José M^a y AA.VV: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida”, *Cuadernos de Derecho Judicial, (Ejemplar dedicado a: La instrucción del sumario y las diligencias previas)*, CGPJ, Madrid, 1988.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús, “La instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado”, en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*; Edit. Comares, Granada, 1996.

PÉREZ DE GREGORIO, José J., “La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente”, *Diario La Ley*, 1994, recuperado de laleydigital.es, última visita el 31.8.16.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *La prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, Segunda edición aumentada y actualizada, Vadell Hermanos Editores, Caracas-Venezuela, 2005.

PICÓ I JUNOY, Joan, “La prueba anticipada en la nueva LEC”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 2-4, 2001.

PICÓ I JUNOY, Joan, “Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites”, Vol.I (Dir. Xabier ABEL LLUCH y Manuel RICHARD GONZÁLEZ), *La Ley*, Madrid, 2010.

PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosh, 2011.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, con AA.VV: *Derecho procesal penal*, Tecnos, 1978.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. Lectura constitucional*, Edit. Bosch,

Barcelona, 1993.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Medida cautelar en el proceso civil español*, recuperado de http://rya.es/articulos/Las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_es. Última visita el 18/10/17.

RIFÁ SOLER, José María, “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, en *Estudios sobre prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia objeto y límites*, V.I (Dir. Xavier ABEL LLUCH y Manuel RICHARD GONZÁLEZ), Edit. La Ley, Madrid, 2011.

RIFÁ SOLER, José M^a, VALLS GOMBAU, José Francisco; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *El proceso penal práctico*, 6^a ed., Edit. La Ley, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 8487, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2015, La Ley 1175/2015.

ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, Edit., C.H., Beck, Manchen, 1995.

RUIZ VADILLO, Enrique, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, *Poder Judicial*, Justicia Penal, núm. especial II.

RUIZ VADILLO, Enrique, “La actividad probatoria en el proceso penal”, *La prueba en el proceso penal*, Madrid, CGPJ, 1992.

SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús, “De la anticipación y del aseguramiento de la prueba (artículos 293 a 298)”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II (Coord. José M^a LORCA NAVARRETE), Lex Nova, Valladolid 2000.

SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, “La acción como derecho a la tutela judicial efectiva”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1-2, Bosh Editores, 2010.

SÁNCHEZ BARRIOS, M^a Inmaculada, “La prueba ilícita, la conexión de antijuridicidad y las reglas de desconexión. Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global: Liber Amicorum II”, en *Laudatio a la obra científica de la Prof. Dr.^a D.^a María del Carmen Calvo Sánchez*(Coord. PÉREZ-CRUZ MARTÍN; Agustín/BUJOSA VADELL, Lorenzo; CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen (hom)), Atelier, 2013.

SAU, Silvio, “L’incidente probatorio”, en *Codice di procedura penales commentatto*, Giuffrè, Milán, 2001.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El derecho a la prueba en el proceso civil español”, en *Libro Homenaje al Profesor D. Jaime Guasp*, Edit. Comares, Granada, 1984.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El Tribunal del Jurado: competencia, composición y procedimiento*, Edersa, Madrid, 1996.

TRANCHINA, Giovanni, *Diritto processuale*, 2 vol, Giuffrè, Milán, 2004.

VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio, *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, 1981.

VARELA CASTRO, Luciano, “Investigación y preparación del juicio oral”, en *La reforma del Proceso Penal (AA.VV)*, Tecnos, Madrid, 1990.

VEGA TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VILA MAYO, J.E., “Consideraciones en orden a la práctica de la prueba en el Juicio oral”, en *Actualidad Penal*, núm. 13, 1990.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco 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.

ZARZALEJOS NIETO, Jesús; BANACLOCHE PALAO, Julio: *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2015.

