



universidad
de león



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015/2016

LA PPRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

(PRE-CONSTITUTED EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS)

Realizado por la alumna Dña. Andrea Jamardo Lorenzo.

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. Piedad González Granda.

SUMARIO

	<u>Página</u>
BLOQUES INTRODUCTORIOS	
2. Abstract y resumen del trabajo	4
3. Objeto del trabajo.....	5
4. Metodología investigadora.....	7
I. NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA PENAL	
1. Cuestiones conceptuales básicas.....	10
1.1. Análisis doctrinal y jurisprudencial.....	10
1.2. Derecho a la presunción de inocencia	18
a) Construcción dogmática	18
b) Distinción con el principio <i>in dubio pro reo</i>	24
2. Principios rectores de la actividad probatoria.....	25
2.1. Principio de contradicción.....	26
2.2. Principio de inmediación.....	27
2.3. Principio de oralidad.....	27
2.4. Principio de publicidad.....	28
II. PROCEDIMIENTO PROBATORIO	
1. Actividad probatoria en el juicio oral	29
1.1. Proposición, admisión y práctica.....	30
1.2. Valoración y carga de la prueba	34
2. Práctica de la prueba en fase de instrucción y fase intermedia.....	37
2.1. La Instrucción penal	37
a) Finalidad de la Instrucción.....	37
b) Principios vigentes en la instrucción	43
c) Eficacia de las diligencias de instrucción	45
d) Fundamento jurídico de la prueba anticipada y preconstituida	46
2.2. Práctica probatoria de la fase intermedia.....	49
a) Finalidad de la fase intermedia	49
b) La prueba anticipada.....	51

III. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

1. Concepto doctrinal y jurisprudencial	57
2. Presupuestos y requisitos para la preconstitución de la prueba y su posterior incorporación en el juicio oral.....	62
2.1. Requisitos para la preconstitución de la prueba	63
a) Prueba preconstituida policial.....	63
a.1. De las diligencias policiales de prevención	65
a.1.1. Métodos de detección alcohólica.....	65
a.1.2. Análisis de estupefacientes	71
a.1.3. Inspecciones corporales: registro corporal externo	72
a.1.4. Grabaciones de videovigilancia.....	74
a.1.5. Geolocalización	75
a.2. De las diligencias ordenadas por la autoridad judicial	78
a.2.1. Identificaciones a través del ADN.....	78
a.2.2. Circulación y entrega vigilada de drogas.....	80
b) Prueba preconstituida judicial.....	82
b.1. Cuerpo del delito	83
b.2. Reconocimiento judicial.....	84
b.3. Entrada y registro	85
2.2. Presupuestos para su posterior incorporación al juicio oral	86
a) Prueba preconstituida policial.....	86
b) Prueba preconstituida judicial.....	89
 CONCLUSIÓN DEL TRABAJO	 91
 BIBLIOGRAFÍA	 94

ABSTRACT Y RESUMEN DEL TRABAJO

Resumen: El objetivo de todo proceso debería ser el de alcanzar la verdad y, mayormente, si el concreto proceso busca proteger el interés público. Dentro del proceso penal, una de las fases clave es la investigación de los presuntos hechos delictivos –la instrucción–, no obstante, los actos realizados en ella, en principio, no gozarán de valor probatorio. Esta resulta una característica fundamental de la jurisdicción penal, cuyo objetivo es romper con el antiguo sistema inquisitivo y asegurar las garantías de defensa del encausado. Con todo, la posibilidad que ofrece la preconstitución probatoria implica la oportunidad de incorporar al juicio oral, como verdaderos actos de prueba, ciertas diligencias de investigación (siempre que se hayan respetado las garantías necesarias, en orden a no perjudicar la defensa del encausado y evitar un acercamiento al sistema inquisitivo). En este sentido, la preconstitución probatoria constituye una de las más eficaces herramientas que nuestro ordenamiento jurídico nos proporciona para alcanzar la verdad. De ahí que la importancia de la prueba preconstituida resulte innegable.

Palabras clave: procedimiento probatorio, instrucción, prueba preconstituida, diligencias de investigación, Policía Judicial, Juez instructor.

Abstract: The aim of any proceedings should be to reach the truth and, ultimately that the concrete proceedings seek to protect the public interest. Investigation is one of the key steps in criminal proceedings. However, investigation does not have probative value at first. This is an essential peculiarity of criminal jurisdiction, in order to break with the old inquisitorial system and guarantee the rights of the accused. However, pre-constituted evidence enables to incorporate at the trial, as true criminal evidences, some investigation acts (keeping necessary guarantees). For that reason, pre-constituted evidence is one of the most effective tools that our legal system gives us to reach the truth.

Keywords: evidence, criminal proceedings, criminal investigation, summary proceedings, pre-constituted evidence, judicial police, investigating judge.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente trabajo no es otro que el de mostrar la realidad acerca de la preconstitución de la prueba en el proceso penal, pues constituye uno de los elementos de mayor relevancia en este proceso.

No se puede negar que la investigación criminal es uno de los pasos clave para el buen desarrollo de todo proceso penal, y es aquí donde la prueba preconstituida tiene una importante presencia. En este trabajo se tratará de desarrollar un estudio acerca de las garantías que han de respetarse en la preconstitución de las pruebas y los presupuestos necesarios para su posterior incorporación en el juicio oral, así como el papel que tienen tanto la Policía Judicial como el Juez instructor en el desarrollo de esta práctica probatoria. Para ello, será necesario profundizar en los tipos de prueba preconstituida que existen en nuestro proceso penal y diferenciarlas en base a las distintas garantías que se han de respetar tanto para su preconstitución como para su incorporación al juicio.

Considero que el fin de todo proceso penal debe identificarse con la propia verdad, entendiéndola como la verdad material. En este sentido, la prueba preconstituida adquiere una enorme importancia, pues proporciona uno de los mecanismos más eficaces para conseguir un mayor acercamiento entre verdad material y verdad formal.

En efecto, la idea esencial que engloba este trabajo se refiere a la ausencia de valor probatorio de las diligencias de instrucción que, no obstante, podrán alcanzar tal valor cuando se preconstituyan como prueba y, posteriormente, se introduzcan en el juicio oral como verdaderos actos probatorios capaces de desvirtuar la presunción de inocencia.

En lo concerniente a la preconstitución probatoria, se debe poner el acento en las garantías que han de respetarse, pues no se debe olvidar que una de las características fundamentales del proceso penal es la separación entre la fase de instrucción y la fase del juicio oral, tan necesaria para asegurar la inviolabilidad de los derechos de los encausados, así como para evitar un posible acercamiento entre el sistema penal actual y el sistema inquisitivo –en el cual las garantías para la persona del encausado eran prácticamente nulas–.

Así, la distinción entre los principios vigentes en la fase de instrucción y la fase del juicio oral, resulta imprescindible que, en el ámbito de la preconstitución probatoria, se tomen las medidas necesarias para garantizar tales principios, con especial mención al principio de inmediación y el de contradicción –pues, en ningún caso, se permitirá la introducción al proceso de un medio de prueba que, por no respetar el principio de contradicción, cause indefensión en la persona del encausado–.

Por tanto, la preconstitución de la prueba se concibe como uno de los procedimientos probatorios atípicos que se manifiestan en nuestro sistema penal. Siendo, sin ningún tipo de duda, totalmente necesaria para facilitar el buen desarrollo de los procesos penales, pues proporciona la herramienta adecuada para que ciertos actos de investigación que no van a poder ser reproducidos en el juicio oral, debido a su propia naturaleza, puedan ser introducidos en él, a través de los documentos que reflejen los resultados obtenidos en su práctica, y, así, evitar que se pierdan las averiguaciones obtenidas mediante las investigaciones.

METODOLOGÍA INVESTIGADORA

Para la realización del presente trabajo, ha sido necesario llevar a cabo una serie de tareas de investigación que me han permitido alcanzar los objetivos en él pretendidos.

En primer lugar, se ha procedido a la **elección del tema objeto del trabajo**. Para ello, y teniendo en cuenta mi intención de ubicar la temática concreta dentro del ámbito de la prueba penal, he valorado las amplias posibilidades que la actividad probatoria penal me ofrecía. Finalmente, me he decantado por el tema expuesto –la preconstitución de la prueba en el proceso penal–, pues considero que esta cuestión resulta un elemento clave de todo proceso penal.

Posteriormente, se siguió un **proceso de búsqueda de información**. Así, para reunir los materiales necesarios para el desarrollo del trabajo me he servido de diversos medios: monografías, manuales, artículos de revistas jurídicas, jurisprudencia, etc..

En primer lugar, he acudido a la doctrina clásica, que me ha permitido afianzar las bases sobre las que se sustenta la prueba procesal y, tras consultar la doctrina actual, analizar la evolución del concepto hasta la actual acepción.

Posteriormente, la selección de diversos manuales que me han proporcionado un primer contacto con el tema de la preconstitución probatoria y, del mismo modo, como punto de partida para, a continuación, profundizar en el tema en cuestión.

Para ahondar en el objeto del trabajo, he reunido información de diversos artículos doctrinales, incluidos en obras colectivas o revistas científicas, obras específicas y tesis doctorales, así como el análisis de la doctrina jurisprudencial.

Seguidamente, se ha procedido al **análisis de la información obtenida**. Este proceso me ha servido para formar mi propia opinión en relación la preconstitución probatoria, así como para advertir la ausencia de uniformidad en torno a esta cuestión y las dificultades que este tema planteaban.

Tras el análisis de la información, se ha llevado a cabo el propio **desarrollo del trabajo**. Para ello, lo he estructurado en tres grandes bloques: nociones generales sobre la prueba penal, procedimiento probatorio y la prueba preconstituida. La decisión de estructurarlo de esta forma obedece a las propias necesidades de la preconstitución de la prueba.

Considero imprescindible establecer unas nociones generales sobre la prueba para tratar el tema, pues, obviamente, como prueba que es, la prueba preconstituida también respeta las características esenciales de esta. En este apartado, ha sido necesario concretar el concepto general de prueba penal, incidiendo en los distintos aspectos que la alejan de la concepción civil, y, asimismo, referenciar los distintos principios que rigen la práctica probatoria y que, sin perjuicio de las especificidades de la preconstitución probatoria, han de ser respetados para que esta pueda ser valorada por el Juez o Tribunal sentenciador.

El apartado de procedimiento probatorio obedece a la necesidad de referirse a los distintos procedimientos, haciendo especial distinción entre el procedimiento probatorio ordinario (el que transcurre en el juicio oral) y las dos modalidades de procedimientos atípicos (el de la prueba anticipada y el de la preconstituida). Una vez dentro del procedimiento atípico, es imprescindible realizar una delimitación conceptual entre la prueba anticipada y la preconstituida, pues aun tratándose de conceptos autónomos, numerosos autores no les proporcionan un tratamiento diferenciado. En cuanto a la preconstitución probatoria se refiere, se debe poner el acento en la fase de instrucción (momento procesal en el que se preconstituirán las pruebas).

El tercer apartado –la prueba preconstituida– constituye el grueso de este trabajo. Una vez aclarados todas las cuestiones anteriores, llega el momento de profundizar en la preconstitución probatoria. Dentro de ella, resulta necesario, primero, concluir el concepto, lo que me permitirá tratar los siguientes epígrafes. Posteriormente, es imprescindible referirse a los requisitos para la preconstitución probatoria y los presupuestos para su posterior incorporación al juicio oral. En este sentido, es necesario diferenciar entre la prueba preconstituida judicial y la policial, pues tanto los requisitos para su preconstitución como para su incorporación serán distintos. Por ello, se ha ofrecido una sistematización de los distintos medios de prueba, basada en diversas clasificaciones doctrinales que toman como eje esta distinción mencionada entre preconstitución judicial y policial.

Una de las mayores dificultades que se me han presentado durante el desarrollo del trabajo es la concreción del concepto de prueba preconstituida, concepto que numerosos autores califican como uno de los más complejos del proceso penal. La complejidad que se desprende de dicho concepto viene derivada del enorme vacío legal que engloba todo el ámbito de la preconstitución probatoria. Esta ausencia de normas reguladoras ha propiciado, asimismo, un desorden doctrinal en torno a la concreción conceptual, existiendo posturas muy diversas.

Al objeto de solventar parte de las dificultades habidas en este punto, he procedido a la separación entre los requisitos para la preconstitución probatoria y los presupuestos para su posterior incorporación al juicio oral. Esta separación constituye una garantía complementaria, teniendo en cuenta que el Juez que va a apreciar de forma directa la prueba (Juez instructor) va a ser distinto del Juez que va a proceder a su valoración (Juez sentenciador). Por esta razón, el haber separado los requisitos necesarios para una y otra fase de la preconstitución probatoria supone un gran acierto, ya que al tratarse de un procedimiento probatorio atípico es imprescindible reforzar los requisitos para, así, asegurar que no se vean vulnerados los principios propios del proceso penal. Esta separación constituye, además, otro de los elementos que se alejan del antiguo sistema inquisitivo, en el que las garantías para el encausado eran prácticamente nulas.

Finalmente, y una vez concluido el desarrollo, se han alcanzado una serie de **conclusiones**, resaltando la enorme importancia que tiene este tipo de prueba en la jurisdicción penal.

I.- NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA PENAL

1.- CUESTIONES CONCEPTUALES BÁSICAS

1.1. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

La prueba constituye uno de los bloques temáticos de mayor relevancia en toda clase de proceso judicial, ya que el resultado que se desprende de la práctica de esta será lo que motive el sentido de la sentencia que dictará el órgano jurisdiccional al finalizar el pleito. Es, por tanto, uno de los pilares básicos sobre los que se sustenta todo proceso.

La doctrina no es unánime a la hora de delimitar el concepto de prueba en el proceso, sino que, aun cuando la esencia del concepto lo conciben en un mismo sentido, discrepan en determinadas características de este. Es importante destacar que este concepto ha evolucionado a lo largo de los años hasta alcanzar el significado actual, siendo numerosos los autores que han escrito sobre el tema. Por ello, el concepto básico de la prueba jurídica ha sido concretado ya por los autores clásicos, quienes han delimitado las bases sobre las que los autores actuales definen la prueba.

En cuanto a la evolución conceptual de la prueba, es necesario reseñar tanto a la doctrina clásica alemana como a la italiana, pues son estas las que han propiciado los antecedentes conceptuales que inciden en el proceso español. Asimismo, hay que tener en cuenta que el concepto de prueba procesal se ha ido construyendo en orden a la jurisdicción civil y, posteriormente, se ha trasladado al resto de jurisdicciones, adaptándolo a sus propias necesidades. En conclusión, han sido numerosas y variadas las acepciones que se le han dado al concepto de prueba procesal antes de lograr la acepción actual de la prueba penal.

La doctrina clásica alemana¹, dada la vinculación entre el objetivo principal del proceso

¹ De entre la doctrina alemana destacan autores como WACH o DÖHRING, quienes recogen una concepción íntimamente relacionada con la búsqueda de la verdad material. En este sentido, ambos discuten si el objetivo del proceso consiste en alcanzar esta verdad o no, entendiendo minoritaria la doctrina que defiende que es mera casualidad alcanzar la verdad pura y no un auténtico objetivo del proceso. Por tanto, la doctrina alemana mayoritaria sostiene como meta esencial de todo proceso judicial el lograr que la verdad material quede debidamente acreditada a través de la actividad probatoria. Insisten, así, en que la actividad procesal no va encaminada únicamente a la comprobación del derecho, sino que la verificación de los

y la actividad probatoria, es pionera al formular la idea de verdad formal, que constituye la base en torno a la cual se erige la concepción de la prueba que defiende. Así, los alemanes entienden que el objetivo de un proceso es lograr la verdad y, dada la dificultad para conseguirlo, distinguen entre verdad formal –la que se desprende del proceso– y verdad material –verdad real–. Por tanto, la prueba está dirigida a acreditar la verdad de los hechos que se discuten, si bien tal verdad no se refiere necesariamente a la verdad material –el proceso habrá concluido adecuadamente cuando se alcance la verdad formal, no obstante, se pretende que esta y la verdad material sean coincidentes–.

Autores como CALAMANDREI, CARNELUTTI², CHIOVENDA o REDENTI, entre

hechos implica una actividad procesal de gran importancia. Así, DÖHRING afirma que «*la finalidad de la labor probatoria es poner en claro si un determinado suceso (o situación) se ha producido realmente o, en su caso, si se ha producido en una forma determinada*», de modo que la convicción del juzgador resulte de un procedimiento probatorio en el que se persiga «*crear una concepción del estado de los hechos que sea segura*». Asimismo, el objeto de la labor probatoria lo identifica con los hechos; entendiéndolos relevantes a este respecto los «*hechos de cuya existencia el legislador ha hecho depender la producción de una consecuencia jurídica*» o aquellos que carecen de dicha consecuencia y, no obstante, proporcionan la fuente para evidenciar la realidad de otros hechos que sí impliquen una infracción normativa –los indicios–. Insiste, igualmente, en lo que denomina la «*conexión entre la labor probatoria y la ponderación jurídica*»; de tal forma que identifica el resultado de la actividad probatoria con la herramienta necesaria para zanjar el aspecto jurídico, lo cual constituye una clara manifestación de que tanto la comprobación de los hechos como la del derecho ostentan un elevado interés para el proceso (DÖHRING, *La prueba. Su práctica y apreciación*, 1972, pp. 6 y ss.).

² CARNELUTTI parte de un concepto en el que no se puede concluir la definición de la prueba judicial sin antes hacer referencia al concepto de hechos controvertidos. Para abordar la temática probatoria, es necesario concretar los hechos objeto del proceso, aquellos sobre los cuales el Juez conocerá y resolverá en la sentencia – hace referencia a los llamados hechos controvertidos: aquellos que son discutidos por las partes procesales–. Entiende que el sistema para fijar el hecho controvertido es ‘la búsqueda de la verdad’, esto supone una cuestión importante en el proceso, pues únicamente se atenderá a la verdad –para la concreción del hecho– cuando este sea objeto de debate entre las partes. Sin embargo, debe matizarse esta cuestión, teniendo en cuenta que el Juez, en su búsqueda de la verdad, no tiene total libertad, sino que debe encauzar esa búsqueda en atención a unas normas.

Estas normas hacen referencia a la teoría de la prueba legal, que constituye el «*conjunto de reglas relativas a la percepción y a la deducción de los hechos por parte del Juez*». La principal cuestión problemática en torno a esto se concreta en la antítesis entre verdad material y verdad formal. Anteriormente, se ha afirmado que el Juez debe concretar los hechos del proceso mediante la búsqueda de la verdad que, no obstante, debe ser limitada en atención al concepto de prueba legal. Pues bien, debe precisarse que la limitación propia de la verdad en el proceso es la verdad formal –la que se desprende de los medios de prueba procesales–, de tal modo que no existe libertad en la aportación de los medios probatorios, sino que estos están limitados por la Ley. Por tanto, los hechos controvertidos no se concretan en relación a la verdad material –verdad pura–, sino que se fijan en virtud del resultado que se haya obtenido en la búsqueda de la verdad formal: solamente son válidos los hechos fijados en el proceso a través de un medio de prueba admitido por el ordenamiento jurídico y que, además, sean propuestos por las partes. Es, entonces, perfectamente posible que los hechos tenidos como ciertos en el proceso –verdad formal– no coincidan con la verdad material.

Una vez aclaradas todas estas cuestiones, concreta el concepto de prueba partiendo del término coloquial del mismo –entendiendo la prueba como la «*comprobación de la verdad de una proposición*»–, y lo complementa dándole un sentido jurídico: «*demonstración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales o demostración de la verdad legal de un hecho*»². Insiste, por tanto, en la confrontación entre verdad jurídica y verdad material y concluye entendiéndolo que «*la prueba en sentido jurídico es la demostración de la verdad formal o judicial*» (CARNELUTTI, *La prueba civil*, 2ª ed., 1982, pp. 15 y ss.).

otros, consagran el concepto de prueba defendido por la doctrina clásica italiana. La generalidad de los autores italianos descartan la diferenciación entre verdad material y verdad formal³, formulada previamente por los alemanes, como medio para atender a la finalidad del proceso, pues consideran que la verdad o es pura o no puede ser considerada como tal⁴. De esta forma, rechazan el pensamiento de que el objetivo de todo proceso sea alcanzar la verdad a través de la prueba de los hechos y construyen un nuevo planteamiento en el que introducen el novedoso concepto de los hechos controvertidos y, así, clasifican los hechos en no controvertidos⁵ –aquellos que son afirmados por la totalidad de las partes procesales y, en consecuencia, se tendrán por ciertos–, controvertidos –sobre los cuales las partes no son coincidentes al admitir su existencia o sus circunstancias– e inexistentes –no son introducidos por ninguna de las partes, por lo que serán tenidos como inexistentes aún cuando sean reales–. Entonces, lo verdaderamente importante en el proceso es determinar los hechos controvertidos entre las partes, pues serán objeto de la actividad probatoria y del debate contenido en la sentencia.

No obstante, la doctrina italiana continúa mencionando la distinción entre verdad formal y verdad material y sostiene que únicamente se deberá acudir a la verdad para solventar los problemas derivados de los hechos controvertidos⁶. Por tanto, esto no implica una ruptura absoluta con el pensamiento alemán, sino únicamente una reinterpretación de los caracteres del proceso que supone, en parte, un complemento para la doctrina alemana.

Más recientemente, los autores italianos no se distancian de la idea defendida por sus antecesores. Así, TARUFFO adopta un concepto que continúa con la línea anterior;

³ ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Vol. II, 1981, p. 8.

⁴ Así lo señaló CARNELUTTI al afirmar «*La verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad*». En efecto, las limitaciones que se configuran en torno a la búsqueda de la verdad material impiden, a su criterio, que la finalidad de las actuaciones sea alcanzar tal verdad, por lo que el objetivo únicamente se corresponderá con una «*fijación formal de los hechos*» (CARNELUTTI, *La prueba...* op. cit., p. 25).

⁵ En este sentido, CHIOVENDA afirma que el objeto de la prueba «*son los hechos no admitidos y no notorios, puesto que los hechos que no pueden negarse sine tergiversatione no exigen prueba*» (CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, 1977, pp. 258 y ss.).

⁶ La principal diferencia con la doctrina alemana se desprende de la postura italiana que distingue entre dos clases de procesos: aquellos en los que el hecho se concreta mediante la verdad y aquellos en los que se hace de forma convencional. Esta situación provoca que el concepto de prueba sea referido exclusivamente a la labor probatoria del primer tipo de proceso, esto es, las pruebas encaminadas a la búsqueda de la verdad material (CARNELUTTI, *La prueba...* op. cit., p. 23).

entendiendo la prueba como aquel «*elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho*». Este concepto se centra, principalmente, en la relación existente entre prueba y verdad; sin embargo, el autor lo asocia, igualmente, a la prueba jurídica. Sostiene que toda prueba consta de dos elementos claramente diferenciados; por un lado, «*la prueba como elemento que fundamenta un juicio*»; y por otro, «*la racionalización de las ideas de la prueba que se tienen en muchos campos de la experiencia*». Por tanto, entiende que lo especialmente relevante en cuanto a la prueba jurídica lo establece su especificidad: aquellos «*elementos que permiten distinguir la prueba jurídica de las pruebas que pueden encontrarse en otros sectores*», siendo así que su propia naturaleza, además de constituir el elemento idóneo para constatar un hecho, deriva de su amplia regulación jurídica, que impide que se puedan servir de los efectos probatorios dimanados de algún elemento no apto para erigirse como prueba⁷.

La concepción de la prueba dada por la doctrina española no es ajena al concepto defendido por los procesalistas italianos, sino que puede apreciarse la clara influencia que la doctrina italiana ha supuesto para los autores españoles a la hora de concretar el término. También son numerosos los juristas españoles que han tratado el tema de la prueba, continuando el camino iniciado por los autores italianos; mantienen intacta la esencia del concepto, si bien es posible que en aspectos concretos de la prueba se aprecien posturas algo distantes.

GÓMEZ ORBANEJA entiende el concepto de prueba en tres sentidos diferenciados; primero, como «*la actividad misma*»; segundo, como el «*medio concreto de prueba*»; y, por último, como el «*éxito o logro de la actividad probatoria*». Estos tres sentidos del concepto enlazan, necesariamente, unos con otros, de tal forma que la prueba consiste en una actividad procesal que, de acuerdo a las normas de valoración legal y al medio de prueba en concreto, se dirige a alcanzar la convicción del juzgador en relación a los hechos alegados o, incluso, a concretar los hechos controvertidos del conflicto⁸.

⁷ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2002, pp. 327-346.

⁸ GÓMEZ ORBANEJA entiende que «*los hechos se prueban dentro y por medio de una fase o actividad del proceso que se llama la prueba, a la cual, podemos definir como aquella actividad procesal encaminada a producir en el juez el convencimiento de la verdad o no verdad de la alegación de un hecho, o bien, a fijar los hechos necesitados de prueba como dados independientemente de ese convencimiento,*

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ entiende la prueba como una actividad y un medio del que se sirven las partes procesales. Sostiene que la prueba «*es un elemento fundamental del proceso*», en tanto que constituye «*la actividad que desarrollan las partes para llevar al Juez a la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso*» destinada, así, a que tal convicción «más o menos intelectual» permita al Juez «*dictar resolución conforme a*» tales hechos. Por tanto, es el medio del que sirven las partes para probar los hechos conflictivos⁹.

Por su parte, GUASP DELGADO afirma que «*la prueba es el sistema respiratorio del Derecho Procesal, que asegura su contacto con el mundo exterior, y su función consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos*». Además, justifica la vigencia de normas legales que rigen la actividad probatoria, pues configuran una garantía para el acercamiento a la verdad y no suponen, en ningún caso, un entorpecimiento en la adecuación entre los datos procesales y la propia realidad de los hechos. La prueba, en sentido estricto, la concibe como el medio para lograr la convicción del Juez en relación a los datos procesales que motivarán la resolución judicial¹⁰.

ALBALADEJO GARCÍA¹¹ incide en la distinción entre prueba jurídica y prueba en general, entendiendo que se ha de partir del concepto genérico y agregarle las notas que lo caractericen procesalmente y, a mayores, sostiene que las ideas anteriores han de ser completadas. Identifica el objeto de la prueba no con los hechos en sí mismos, sino con las afirmaciones que sobre ellos se hayan pronunciado y, no obstante, coincide en que el objetivo de toda prueba es lograr la convicción del juzgador en relación a las afirmaciones

en virtud de unas reglas de valoración legal: la prueba legal» (GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, Vol. I, 1979, pp. 287 y ss.).

⁹ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, p. 132.

¹⁰ GUASP DELGADO, «La prueba en el proceso civil español», *Revista de la Universidad de Oviedo*, 1944, núm. VI, pp. 21-82.

¹¹ Todo ello lo explica atendiendo a la necesidad de una dualidad de partes que proporcionen las afirmaciones que, posteriormente, se han de probar a través de una comparación realizada con el debido respeto al procedimiento y las garantías establecidas. La idea se traduce en que «*la traslación de los hechos de la realidad a la presencia judicial no puede ser efectuada directamente, sino mediante un modificación formal de los mismos, convirtiéndolos en afirmaciones instrumentales, en cuanto su único valor es el de permitir su comparación con las afirmaciones iniciales de las partes*». (ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y... op. cit.*, Vol. II, 1981, pp. 7 y ss.).

que han de probarse. Así, concluye entendiendo la prueba jurídica como una «*actividad consistente en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del Juez*».

Esta idea tampoco se distancia del concepto que mantienen los procesalistas actuales. En este sentido, BARONA VILAR sostiene que la prueba es una «*actividad procesal, de las partes y del Juez, por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso*»¹². Entiende que es una actividad de las partes en tanto que deben demostrar, mediante las pruebas aportadas, la veracidad de los hechos introducidos en el proceso y, además, es una actividad del Juez pues es el sujeto encargado de realizar una actividad de averiguación. No obstante, GUZMÁN FLUJA sostiene que la prueba no consiste, en ningún caso, en una actividad de averiguación o investigación¹³ y la define como una «*actividad de comparación y verificación [...], para establecer o llegar a una determinada conclusión acerca de unos hechos, elementos o datos, [...] a través de la comparación entre las distintas afirmaciones que se hacen en relación a tales hechos, elementos o datos*»¹⁴.

Asimismo, GIMENO SENDRA estructura un concepto que evidencia la patente influencia de los autores clásicos españoles en relación a la creación del concepto en la actualidad. Justamente, al fijar el término, invoca las ideas planteadas y defendidas por los autores anteriores –GUASP DELGADO o FAIRÉN GUILLÉN, entre otros– y las mantiene presentes a lo largo de su obra. Así, combina las ideas de todos ellos al definirla en distintos sentidos en orden al fin que se pretenda lograr: como la «*demostración material de los hechos según ocurrieron o el establecimiento formal de los mismos para la resolución del litigio*»; la individualización de los distintos medios de prueba de los que pueden valerse las partes; o el resultado de la práctica probatoria. No obstante, identifica el concepto básico con el ofrecido por PIETRO-CASTRO al considerarla la «*actividad procesal que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al Juez a la*

¹² BARONA VILAR, en: MONTERO AROCA (et al.), *Derecho Jurisdiccional III*, 23ª ed., 2015, p. 374.

¹³ Esta postura se ve reforzada por SENTÍS MELENDO, quien defiende que «*averiguar o investigar son actividades anteriores a la prueba, necesarias para ésta pero ajenas y previas a ella*» (GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, 2006, p. 29).

¹⁴ GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., p. 29.

convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso»¹⁵. Así, afianza dos notas esenciales: su identificación como una actividad procesal y su vinculación con los principios de investigación y aportación¹⁶.

De esta forma, se pueden encontrar diversas definiciones doctrinales según qué autor las construya. Sin embargo, a pesar de las diferencias, todos coinciden en la idea básica de la prueba, entendiéndola como aquella actividad procesal dirigida a demostrar la veracidad de los hechos o afirmaciones que se han incorporado al proceso.

El concepto jurisprudencial de la prueba penal lo han ido conformando tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC) como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), debido a que se ha configurado como un derecho constitucional¹⁷. Ambas corrientes jurisprudenciales delimitan el concepto en relación a la presunción de inocencia, pues este derecho conforma las garantías inherentes a la prueba penal, necesarias para alcanzar la capacidad de motivar la condena del acusado. En este sentido, la jurisprudencia ha venido considerando la actividad probatoria como el elemento necesario de todo proceso penal para poder llegar al fundamento de condena, siempre que la práctica de las pruebas se realice en el acto del juicio oral, respetando las garantías intrínsecas a la actividad probatoria, y del resultado de estas se desprenda la convicción acerca de la culpabilidad del acusado.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el concepto de prueba se formula en atención a la jurisdicción civil, por lo que, al definir la prueba penal, se parte del concepto civil y se adapta a las características inherentes a la jurisdicción penal. Dada esta necesidad, son

¹⁵ En su obra, PRIETO-CASTRO añade, además, que el concepto de prueba no solo alude a dicha actividad procesal, sino también al instrumento probatorio y al resultado de la práctica del mismo. Además, a mayores de los propios hechos, considera objeto de prueba las normas y máximas de experiencia, la costumbres y los derechos ajenos al momento y lugar –derecho extranjero, histórico o de las CCAA– (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., 1985, pp. 617 y ss.).

¹⁶ En tanto que la identifica como una actividad procesal, rechaza la inclusión de la prueba material en la definición de prueba procesal. Además, en referencia a los principios de aportación e investigación mencionados, es necesario aclarar que, en materia probatoria, rige el principio de aportación de parte, mientras que el principio de investigación únicamente se manifiesta de forma limitada en esta actividad procesal (GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., 2010, pp. 397-400).

¹⁷ El carácter constitucional del derecho a la prueba se desprende del artículo 24.2 CE, que manifiesta que todos tienen derecho a «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» y, así, se asocia al derecho de defensa del que gozan todas las personas incurso en un proceso penal.

numerosos los autores que se han encargado de perfilar el concepto para adaptarlo al orden penal, pues las diferencias que presenta este proceso con respecto al resto –aquellos que se rigen por el principio dispositivo– configuran, también, diversas peculiaridades en el ámbito probatorio.

En primer lugar, debido al no sometimiento del proceso penal al principio dispositivo, se da mayor libertad de actuación a los jueces en materia probatoria. Con todo, la prueba se mantiene como una actividad esencialmente de parte (aquí, en concreto, de parte acusadora), como se desprende del principio de acusación vigente en el proceso penal¹⁸; así como de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) (art. 728)¹⁹. Excepcionalmente, también será actividad propia del Juez; en aquellos supuestos en los que la Ley posibilita la práctica de oficio de la prueba en el proceso penal (arts. 726²⁰ y 729 1 y 2 LECrim²¹).

En segundo lugar, al tratarse de un proceso tan limitativo de derechos para el encausado –más aún cuando se dicte sentencia de condena con pena privativa de libertad– las exigencias en materia probatoria son mayores, de forma que es necesario que el resultado de la actividad probatoria sea alcanzado a través de la debida celebración de un proceso con todas las garantías –contradicción, intermediación, publicidad y oralidad– y conforme a prueba de cargo suficiente para fundamentar un pronunciamiento de condena. En consecuencia, se vinculan a todo proceso penal dos principios que, en materia probatoria, implican varias especificidades en esta jurisdicción: son el derecho a la presunción de

¹⁸ MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., 2015, pp. 410 y ss. / GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., pp. 34 y ss. / BARONA VILAR, en: MONTERO AROCA (et al.), *Derecho Jurisdiccional III...* op. cit., pp. 374.

¹⁹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 728. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

²⁰ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 726. El Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad.

²¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1.º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2.º 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.

inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

Finalmente, y debido a la propia estructura del proceso penal, resulta indiscutible la importancia de la prueba preconstituida en este proceso. Respecto a esto, cabe señalar que, como regla general, las diligencias de investigación obtenidas en la fase de instrucción no tienen valor probatorio. No obstante, en determinados supuestos, estas diligencias pueden adquirir valor probatorio cuando se configuran como prueba preconstituida.

1.2. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

a) Construcción dogmática

El derecho a la presunción de inocencia constituye una de las peculiaridades más relevantes en torno al proceso penal y, por tanto, configura uno de los elementos que moldean el concepto de prueba para adaptarlo a este proceso. Por ello es indispensable referenciar este derecho al abordar la temática de la prueba penal.

En este sentido, se puede afirmar que el frecuente dicho de ‘se es inocente hasta que se demuestre lo contrario’ no constituye únicamente una manifestación coloquial, sino que entraña una auténtica realidad procesal. La presunción de inocencia –comúnmente conocida como el derecho del que goza todo ciudadano incurso en un proceso penal a ser considerado inocente mientras no se haya probado su culpabilidad– está reconocida, tanto a nivel interno –en la propia Constitución Española (en adelante CE)– como a nivel internacional, como uno de los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Así, a nivel internacional, este derecho se encuentra reconocido en la «Declaración Universal de Derechos Humanos» (1948) –si bien no fue el primer cuerpo normativo en reconocerlo–, en el «Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales» (1966) y, a nivel europeo, en la «Convención Europea para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» (Tratado de Roma, 1950); todos ellos suscritos y ratificados por España. De esta forma, el derecho a la presunción de inocencia

no es algo nuevo que se haya introducido en España a raíz del proceso constituyente, sino que es un derecho que necesariamente debería recoger la CE de 1978, como consecuencia de que el Estado español hubiese respaldado estos acuerdos internacionales²².

La presunción de inocencia –consagrada como derecho fundamental en el art. 24.2 CE²³– constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se estructura todo proceso penal. Debido a su carácter constitucional, el contenido esencial de este derecho se ha ido delimitando por la jurisprudencia del TC; entendiéndolo como el «*derecho a no ser condenado salvo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, producida con todas las garantías procesales y legales, [...] llevada a cabo en el juicio oral regido por los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad, debidamente motivada o razonada; y llevada a cabo por los acusadores, sobre quienes recae la carga material de la prueba*»²⁴. Así, se conforma la regla general; solo tendrán efectos probatorios aquellas pruebas practicadas en juicio oral con las debidas garantías. Implica, esto, que toda prueba de cargo, en principio, se practicará en el juicio oral, sin ser posible que se le otorgue valor probatorio a las diligencias de investigación practicadas en la fase de instrucción. No obstante, y como se verá más adelante, existen ciertas excepciones a esta regla –es el caso de la prueba preconstituida, que podrá convertirse en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia cuando respete sus propias garantías–.

Como anteriormente se ha señalado, debido a su carácter constitucional, este derecho ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del TC que han ido delimitando su contenido. En este sentido, revierte gran importancia la STC 31/1981²⁵, de 28 de julio, que supuso

²² VÁZQUEZ SOTELO, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, 2006, pp. 32 y ss..

²³ Constitución Española, 1978.

Artículo 24. 2. Asimismo, 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.

²⁴ GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., p. 101.

²⁵ Esta STC resuelve un recurso de amparo en el que se alega una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por parte de una AP, al dictar una sentencia condenatoria fundada, únicamente, en la confesión del acusado ante la Policía. En ella, se afirma que el derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y cuya aplicación es inmediata y, para estimar si se ha desvirtuado esta presunción, entiende que ha de hacerse respetando el principio de libre valoración de la prueba –recogido en la LECrim–, según el cual, los distintos elementos de prueba son ponderados libremente por el Tribunal, que valorará su significado y trascendencia en relación a la fundamentación del

un hito de gran trascendencia pues, a raíz de ella, se produce una verdadera vigencia de este derecho²⁶, con aplicación práctica, y no una mera ficción normativa²⁷.

fallo contenido en la sentencia. El Tribunal Constitucional, no obstante, opina que para poder desvirtuar la presunción de inocencia en relación a la libre valoración de la prueba, es necesario, previamente, la existencia de una mínima actividad probatoria –prueba de cargo– producida con las mínimas garantías procesales y de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado, teniendo en cuenta que las únicas pruebas que vinculan al Tribunal son las practicadas durante el juicio oral –pues son estas las que respetan los principios procesales exigidos–.

En el caso analizado en la STC 31/1981, la única prueba con capacidad para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia es la confesión del denunciado ante la Policía. Sin embargo, esta confesión, contenida en el atestado policial, no tiene, en principio, valor probatorio, pues únicamente se le reconoce valor de denuncia. Hay que tener en cuenta que el atestado policial podría revestir valor probatorio, como prueba preconstituida, cuando sea reiterado y ratificado ante el Tribunal durante el juicio oral; requisito que no ha concurrido. Asimismo, la declaración efectuada por el condenado ante la Policía se realizó sin la presencia de su abogado, lo que conlleva la ausencia de las garantías procesales reconocidas en la Constitución Española. Es por esto, que el Tribunal entiende que la sola declaración del procesado ante la Policía sin el respeto de las garantías procesales recogidas en la Constitución y sin que esta haya sido, posteriormente, ratificada ante el órgano judicial, no puede ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia reconocida constitucionalmente. Por tanto, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la sentencia recurrida en aplicación del derecho a la presunción de inocencia.

También revierte importancia el voto particular formulado por el Magistrado Ángel ESCUDERO DEL CORRAL. La posición adoptada por este Magistrado se asienta en la separación del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia en dos manifestaciones distintas: por un lado, «*que el acusado no haya de ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, excluyendo, pues, la presunción inversa de culpabilidad del acusado durante todo el desarrollo del proceso*»; por otro, el «*criterio de atribución de una carga material de la prueba en el proceso penal, que comporta, que el que sostiene la acusación deba lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma subsumibles en la previsión del tipo y su atribución culpable al sujeto pasivo del proceso*». En este sentido, entiende que el derecho a la presunción de inocencia impone la obligación, al tribunal a quo, de examinar las actuaciones «*comprobando la existencia material y objetiva de una actividad probatoria*» y, asimismo, la prohibición de que sea el TC el que realice tal examen, pues «*el recurso de amparo no es una nueva instancia que posibilite al Tribunal Constitucional subrogarse en la posición de un Tribunal a quo*». En efecto, sostiene que «*La valoración de la prueba y, por tanto, el pronunciamiento sobre si ha quedado desvirtuada la presunción iuris tantum de inocencia del acusado en un proceso concreto, es una operación necesaria para la fijación de la premisa fáctica de la sentencia penal, que al formar parte del juicio es de la exclusiva competencia del Tribunal llamado a fallar sobre los hechos del proceso*» y que «*nadie puede sustituir su íntima convicción psicológica en la formación de su estado de conciencia*». Así, concluye que el TC, para respetar la libre valoración de la prueba del Tribunal a quo, no puede más que «*comprobar la existencia formal de una actividad probatoria*» (STC 31/1981, de 28 de Julio).

²⁶ Y así reconocen la relevancia de la STC 31/1981 numerosos autores al tratar el derecho a la presunción de inocencia (PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial, La prueba en el proceso penal*, C.G.P.J., 1992, p. 98 / ASECIO GALLEGOS, «Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el Proceso Penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015 / HENRÍQUEZ SALIDO; ALAÑÓN OLMEDO; ORDÓÑEZ SOLÍS; OTERO SEIVANE; RABANAL CARBAJO, «La fórmula ‘in dubio’ en la jurisprudencia actual», *Revista de llengua i dret*, núm. 62, 2014, pp. 5-22 / TOMÁS Y VALIENTE, «‘In dubio pro reo’, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, pp. 9-34 / VÁZQUEZ SOTELO, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba... op. cit.*, pp. 36 y ss. / VEGAS TORRES, «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal: STC 31/1981, de 28 de julio», *Persona y derecho: revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2006, núm. 55, pp. 741-770).

²⁷ En este sentido, VÁZQUEZ SOTELO simboliza la presunción de inocencia como «*una ‘bella durmiente’ en el bosque de los derechos constitucionales*», afirmando que se trataba de «*un derecho que no pasaba de ser simple ‘flatus vocis’ carente de todo contenido normativo y vinculante*», circunstancia que se alargó

Los numerosos pronunciamientos del TC²⁸ en relación a la presunción de inocencia, han evidenciado una auténtica construcción dogmática de tal derecho. Con todo, esta construcción no ha sido inmediata, sino que ha resultado de una evolución doctrinal a la luz de la jurisprudencia del TC, que ha delimitado una serie de características inherentes a este. Así, el elemento de partida de esta evolución doctrinal lo constituye la STC 31/1981²⁹ y, a partir de la misma, son diversos los pronunciamientos del TC que han completado y matizado el derecho.

En primer lugar, se construye como un derecho fundamental, lo que le concede una especial y mayor protección ante su vulneración. Además, es reconocido como una norma constitucional de aplicación directa con vinculación a todos los poderes públicos³⁰ –tal como se ha manifestado en la STC 31/1981–; esta característica reviste gran importancia, pues significa que no es necesario el desarrollo de una norma posterior que regule el derecho a la presunción de inocencia, sino que su vigencia se presenta desde el momento en que la CE es aprobada. También, supone una exigencia hacia las pruebas penales, que requieren una mayor calidad y requisitos para poder ser consideradas pruebas de cargo.

Asimismo, este derecho se manifiesta desde el mismo instante en el que se inicia el proceso penal y se mantendrá vigente en tanto que no sea desvirtuado. Como presunción *iuris tantum* que es, sus efectos desaparecerán en tanto que se produzca una mínima actividad probatoria de cargo, siempre que se hayan respetado a las oportunas garantías procesales. Sin embargo, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del TC, que la presunción de inocencia quiebre no implica que se le considere como culpable, sino que entra en juego la libre valoración de la prueba. Esto es, una vez practicada cierta prueba

desde 1978 –con su reconocimiento constitucional– hasta 1981 –con la ya citada STC 31/1981– (VÁZQUEZ SOTELO, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba... op. cit.*, pp. 34-35).

²⁸ Vid. STC 31/1981; STC 55/1982; STC 145/1985; STC 105/1986; STC 137/1988; ATC 837/1988; STC 29/2009; STC 56/2010; STC 199/2013; etc..

²⁹ «Su importancia doctrinal es innegable no sólo por su valor de precedente, como ocurre con las demás sentencias de los primeros años de funcionamiento del TC, sino también por su propio contenido» (PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial, La prueba... op. cit.*, p. 98).

³⁰ (VÁZQUEZ SOTELO, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba... op. cit.*, p. 49).

de cargo, será el Tribunal quien valore si esta es suficiente para motivar una sentencia de condena³¹.

La propia esencia del derecho a la presunción de inocencia lo vincula a la valoración de la prueba³². Significa, esta vinculación, que el efecto decisivo derivado de esta presunción se manifiesta en el momento de la valoración³³. Por tanto, al valorar la actividad probatoria practicada en el caso concreto pueden derivarse dos situaciones contrapuestas: por un lado, que exista una mínima actividad que revista la condición de prueba de cargo; por otro, que de las pruebas practicadas no se deduzca ninguna prueba de cargo suficiente. Ante tales situaciones el efecto de la presunción de inocencia también estará diferenciado: cuando exista actividad probatoria de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el proceso continúa otorgando libertad al juzgador para la valoración de las pruebas; en caso contrario, el efecto será la absolución del acusado debido a la inexistencia de pruebas aptas para dejar sin efecto la presunción.

Otra de las manifestaciones que se han vinculado a la presunción de inocencia se refiere al derecho de defensa. En efecto, los derechos a guardar silencio y a no confesarse culpable (que, además, implican que el acusado no tiene obligación de decir verdad en sus declaraciones, sin que pueda incurrir en la comisión de un delito de falso testimonio) que configuran una de las manifestaciones de su derecho de defensa, están íntimamente

³¹ PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial, La prueba... op. cit.*, pp. 105 y ss..

³² No obstante, un número considerable de autores no vincula la presunción de inocencia a la valoración, sino que la conectan con la carga de la prueba (SANZ HERMIDA, «Hacia la consolidación del Estatuto Jurídico de los sospechosos y acusados en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Los últimos instrumentos: presunción de inocencia, derecho a estar presente en el juicio y protección de derechos de menores sospechosos o acusados», *Revista General de Derecho*, núm. 39, 2016).

Asimismo, otros la vinculan tanto a la valoración como a la carga de la prueba (ASENCIO GALLEGO, Presunción de inocencia y presunciones *iuris tantum* en el Proceso Penal, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015 / PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial, La prueba... op. cit.*, pp. 104 y ss.).

³³ La propia jurisprudencia constitucional expresó esta vinculación, pues como se ha reflejado anteriormente, ligan la presunción de inocencia a la libre valoración de la prueba, de forma que el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar si las pruebas practicadas son suficientes y ostentan la condición de prueba de cargo para poder enervar la presunción *iuris tantum* de inocencia. No obstante, esto no impide que dicha presunción influya, a mayores, en la carga de la prueba, pues también el TC ha expresado que tal derecho engloba dos manifestaciones distintas: por un lado, la consideración de inocencia mientras no se demuestra la culpabilidad; y por otro, la necesidad de que sea la acusación quien destruya esta presunción.

relacionados con la presunción de inocencia³⁴, pues bajo ninguna circunstancia el uso de sus derechos podrá perjudicar al acusado e ir contra el derecho a la presunción de inocencia. Asimismo, cabe destacar que, si bien en muchas ocasiones se ha entendido que nace en el momento en que se formaliza la acusación, este principio, en realidad, está vigente desde el mismo momento en que una persona se configura como sospechoso. De este modo, el encausado gozará de tal derecho ya desde el momento en que esté siendo investigado –en la misma fase de instrucción–, sin perjuicio de una mayor despliegue de efectos desde el momento en que se formalice la acusación.

De igual forma, la presunción de inocencia se configura como un «*status provisional*» que «*quiebra tan pronto como consta en autos una mínima actividad probatoria de cargo desarrollada con el debido respeto a las garantías procesales, y a partir de ahí todo queda en la apreciación discrecional del órgano jurisdiccional*». Esta afirmación constata la vinculación entre la presunción de inocencia y la valoración de la prueba, pues, implica la necesidad de que exista una mínima actividad probatoria de cargo para valorar las pruebas practicadas y, asimismo, declara «*imprescindible para dictar una resolución condenatoria, la certeza jurídica de culpabilidad, obtenida a través de la valoración de la prueba*³⁵».

Finalmente, se puede afirmar que el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* están ampliamente conectados, circunstancia que desarrollaré más adelante.

Así, se puede concluir con que la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental, consagrado en el artículo 24 CE, que se le reconoce a toda persona incurso en un proceso penal desde el mismo instante en que adquiere la condición de investigado –por tanto, su vigencia se adelanta a la formalización de la acusación– y que conlleva la exigencia de que toda sentencia condenatoria se fundamente en base a una actividad probatoria suficiente y adecuada, desarrollada con atención a todas las garantías

³⁴ SANZ HERMIDA, «Hacia la consolidación del Estatuto Jurídico de los sospechosos y acusados en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Los últimos instrumentos: presunción de inocencia, derecho a estar presente en el juicio y protección de derechos de menores sospechosos o acusados», *Revista General de Derecho*, núm. 39, 2016.

³⁵ PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial, La prueba... op. cit.*, pp. 105.

procesales, y que ostente la condición de prueba de cargo.

b) Distinción con el principio 'in dubio pro reo'

Como ya he adelantado previamente, la presunción de inocencia es un derecho íntimamente relacionado con el principio *in dubio pro reo*, si bien ambos son conceptos claramente diferenciados. Con todo, existen distintas posturas ante esta cuestión siendo evidentes las opiniones que niegan tal relación entre un y otra figura³⁶.

En efecto, estos dos principios tienen cierta vinculación, en cuanto que ambos pueden considerarse como «*manifestaciones de un genérico favor rei*»³⁷ –según el cual se ha de optar por la norma jurídica que otorgue mayor beneficio al reo cuando se presenten varias posibilidades–. Sin embargo, continúan siendo figuras jurídicas completamente diferenciadas e independientes la una de la otra. Una de las principales diferencias entre ambas, se desprende de la naturaleza jurídica de cada una; ya que mientras el derecho a la presunción de inocencia se consagra como un derecho fundamental en nuestra Constitución, el principio *in dubio pro reo* no tiene tal consideración.

Asimismo, el TC se ha pronunciado en cuanto a esta distinción³⁸. En efecto, el Tribunal configura como la diferencia básica el motivo según el cual uno u otro principio conlleva la absolución del acusado. En este sentido, considera que la presunción de inocencia produce tal resultado cuando de las actuaciones se desprenda una tajante carencia de

³⁶ «El principio de presunción de inocencia, que no tiene la menor conexión con el principio *pro reo*, ni menos cabe amalgamarlos, puesto que este último supone sólo un principio auxiliar que se ofrece al juzgador, a la hora de valorar la prueba» (PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial, La prueba... op. cit.*, p. 104).

³⁷ STC 44/1989, de 20 de Febrero.

³⁸ El TC, en cuanto a la diferencia entre uno y otro, ha manifestado lo siguiente: «*existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurren propiamente con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia 'subjetiva' del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso*» (STC 44/1989, de 20 de Febrero).

pruebas o las practicadas vulneren las garantías procesales, mientras que el principio *in dubio pro reo* lo vincula a la apreciación de la prueba, de modo que existe actividad probatoria adecuada, y sus efectos se producen cuando las pruebas practicadas no consigan la convicción del juzgador, sino que subsistan dudas en cuanto a la culpabilidad del acusado.

Así, el *in dubio pro reo* impone la obligación de absolver al acusado cuando, una vez practicadas todas las pruebas, tras su valoración, subsisten dudas razonables sobre su culpabilidad. Por tanto, es un principio que enlaza en parte con la valoración, pero sobre todo con la carga de la prueba; enlaza con la carga de la prueba, pues, de esta forma, se entiende que quien tiene obligación de probar los presuntos hechos delictivos es la parte acusadora, sin que el acusado se vea obligado a probar su inocencia. En relación al contenido de cada uno de estos principios, se distinguen en cuanto la presunción de inocencia exige una mínima actividad probatoria para poder enervar dicha presunción, por lo que, cuando no haya esa mínima actividad probatoria, no se puede condenar al acusado, mientras que el *in dubio pro reo* implica que sí se han practicado suficientes pruebas –existe prueba de cargo–, no obstante, tras la valoración de las pruebas practicadas el Tribunal no ha conseguido alcanzar la convicción de culpabilidad del reo³⁹. Así, la presunción de inocencia se manifiesta desde el mismo instante en que se inicia el proceso penal y opera hasta que no haya sido desvirtuada mediante prueba de cargo suficiente y practicada en el juicio oral respetando todas las garantías procesales; en cambio, el principio *in dubio pro reo* se manifiesta en el momento de dictar sentencia y, únicamente, cuando subsistan importantes dudas sobre el sentido que esta ha de presentar tras la valoración de las pruebas practicadas.

2.- PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Como anteriormente se ha señalado, la práctica de la prueba durante el juicio oral debe realizarse respetando todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico –principios de contradicción, intermediación, publicidad y oralidad– así como los derechos

³⁹ NIEVA FENOLL, «La razón de ser de la presunción de inocencia», *Indret: revista para el análisis del Derecho*, 2016, núm. 1, pp. 1-23.

fundamentales del inculpado⁴⁰.

2.1. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción se reconoce en un triple nivel: internacional –Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴¹ (en adelante CEDH)–, constitucional –art. 24.2 CE– y a nivel de legislación ordinaria.

Se trata de un principio con vigencia en todas las fases del proceso penal, si bien no siempre con la misma fuerza, pues sus efectos se suavizan en algunas etapas del proceso; por ejemplo, en la instrucción⁴².

Este principio coincide con otra de las manifestaciones del derecho de defensa, puesto que su finalidad es la de evitar que se produzca indefensión, al imponer como obligatoria la presencia y participación del acusado –junto a su abogado– en toda actividad probatoria. Su apreciación es tal, que, de no estar presente el acusado en la práctica de las pruebas, estas carecerán de valor y serán declaradas nulas. Con todo, esta exigencia se entenderá cumplida, en aquellos casos en los que la ausencia del acusado no sea óbice para la continuidad del proceso, con la mera presencia de su abogado.

La vigencia de este principio debe producirse, en palabras de MORENO CATENA tanto *«en la identificación del material probatorio, como en el control de la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas»*⁴³.

⁴⁰ BARONA VILAR, en: MONTERO AROCA (et al.), *Derecho Jurisdiccional III...* op. cit., p. 378.

⁴¹ El art. 6 CEDH recoge, con carácter general, el derecho a un proceso equitativo y engloba una serie de manifestaciones a este: derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, principio de publicidad, etc.. El principio de contradicción también se encuentra recogido como una de las manifestaciones del derecho a un proceso equitativo (art. 6.3 d CEDH) cuando, en relación a los derechos de los que dispone todo acusado, expresa: *«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»* (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950).

⁴² GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., p. 118.

⁴³ MORENO CATENA, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 414.

2.2. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Este principio se ha de analizar desde una doble perspectiva: objetiva y subjetiva. Desde el punto de vista subjetivo, se entiende que la inmediación judicial sirve al Juez para realizar un análisis directo de las pruebas a través de su propia apreciación; mientras que desde el lado objetivo, la inmediación respalda un análisis más razonable de las pruebas en relación con el hecho a probar, como consecuencia de esa apreciación directa⁴⁴.

La inmediación judicial constituye el soporte del juicio oral, que únicamente se habrá respetado plenamente cuando el Juez o Tribunal que presencie el juicio oral coincida con el que dicte sentencia, pues, en caso contrario, la finalidad prevista para este principio no se vería cumplida.

2.3. PRINCIPIO DE ORALIDAD

Su fundamento se encuentra en el art. 120.2 CE⁴⁵, que establece el carácter oral predominante en los procesos, especialmente en el penal. El principio de oralidad está íntimamente relacionado con el principio de concentración o unidad de acto, que supone que las pruebas sean practicadas oralmente en un solo acto, de forma concentrada. Por tanto, se configura un proceso en el que toda prueba, a excepción de aquellas que su propia naturaleza lo impidan, será practicada de forma oral. Esto se relaciona, también, con el principio de inmediación, pues al exigirse la práctica oral y concentrada de las pruebas se facilita la inmediación judicial.

⁴⁴ MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 415.

⁴⁵ Constitución Española, 1978.

Artículo 120. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.

2.4. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Este principio se recoge en los arts. 24.2 y 120.1 CE⁴⁶, al reconocer el derecho de toda persona a un proceso público. Implica la necesidad de que el juicio se celebre de forma pública, siendo nulos los actos que se realicen sin la debida publicidad⁴⁷. Con todo, es posible restringirlo en determinados supuestos, tal como prevé el art. 120.1 CE. En efecto, las leyes prevén la posibilidad de que el juicio se desarrolle a puerta cerrada, total o parcialmente, por razones morales, de justicia o en interés del orden público.

Así, también la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) recoge este principio y, además, establece ciertas excepciones a él⁴⁸. Así, es la propia LECrim la que establece, en su art. 680⁴⁹, la nulidad como efecto propio de la ausencia de nulidad en los debates del juicio oral, recogiendo en los siguientes artículos las excepciones a este.

Además, hay que tener en cuenta, como se verá más adelante, que este es un principio ausente en la fase de instrucción, de modo que su vigencia comienza con la apertura de la fase del juicio oral.

⁴⁶ Constitución Española, 1978.

Artículo 120. 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

⁴⁷ GIMENO JUBERO, en: *Manuales de Formación Continuada: La prueba en el proceso penal*, C.G.P.J., 2000, p. 172.

⁴⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial, 1985.

Artículo 323. 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.

⁴⁹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 680. Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

II.- PROCEDIMIENTO PROBATORIO

1.- ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL JUICIO ORAL

No supone ninguna novedad afirmar que el procedimiento probatorio tiene lugar en la fase del juicio oral, pues esta característica del proceso penal se evidencia mismamente en la Exposición de Motivos de la LECrim⁵⁰. Esta exigencia constituye una de las mayores y más importantes garantías de las que dispone todo encausado, pues, además, implica la necesaria separación entre la fase de instrucción y la fase del juicio oral, haciendo hincapié en que las diligencias instructorias no tienen valor probatorio y facilitando una vigencia real del derecho de defensa, que, en caso contrario, se vería ampliamente desprestigiado. No obstante, en determinados casos, se posibilita que actos realizados previamente al juicio oral alcancen valor probatorio (como es el caso de la prueba anticipada y la prueba preconstituida).

Por tanto, la separación que se produce entre el sumario y el juicio oral tiende a asegurar que no se vean vulneradas las garantías procesales del encausado. Esto se debe a la clara diferenciación entre los principios que rigen una y otra fase procesal, dada la discordancia entre la finalidad que se persigue en cada una de ellas, que bien se ha explicado en la propia Exposición de Motivos de la Ley. Es indudable que la instrucción va encaminada a la preparación del futuro juicio, de modo que los actos que se practiquen únicamente serán actos de investigación que permitan decidir sobre la necesidad de abrir o no el juicio

⁵⁰ Uno de los problemas que vino a solventar la LECrim era el de la desigualdad que se producía entre las partes incurso en un proceso penal, así, la propia Ley, en su Exposición de Motivos afirma que «*nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales*» y, es indiscutible, que tal circunstancia producía una desventaja para el encausado, que llegado el juicio oral –y así mismo lo expresa también la Ley– ya no tenía posibilidades reales de defensa, pues estas habrían sido anuladas por las actuaciones practicadas en el sumario. Ante tal situación, la Ley pretendía instaurar un sistema en el que se protegiesen ciertas garantías procesales, incluyendo, aquí, la garantía del derecho de defensa para el encausado –que tan abiertamente había sido anulado en épocas anteriores–. De esta forma, prevé una serie de medidas que aseguren el respeto a las garantías pretendidas y, entre ellas, establece la necesidad de que las pruebas sean practicadas en el juicio oral y su necesaria separación de la fase de instrucción: «*Las investigaciones de Juez instructor no serán sino una simple preparación de juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte*», «*Mirando las cosas por este prisma y aceptada la idea fundamental de que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario*».

oral, así como al aseguramiento de las pruebas. En cambio, el juicio se abrirá cuando existan indicios suficientes para considerar la culpabilidad del encausado, por lo que las actividades practicadas en este ya no tendrán la consideración de investigaciones, sino que serán auténticos actos probatorios tendentes a dilucidar la inocencia o culpabilidad del acusado.

Es obvio, entonces, que la actividad probatoria y la de investigación no precisan de los mismos principios, pues esto perjudicaría el buen desarrollo de cada una de ellas. Así, los principios rectores de la actividad probatoria (oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) constituyen las garantías necesarias para la práctica de la prueba.

1.1. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Proposición, admisión y práctica de la prueba se conciben como las tres fases en las que se divide el procedimiento probatorio ordinario, sin perjuicio de las especificidades procedimentales que se puedan derivar de los concretos medios de prueba⁵¹.

En cuanto a la proposición de las pruebas, ya se ha mencionado con anterioridad que también en el proceso penal rige, con carácter general, el principio de aportación de parte en materia probatoria. No obstante, y debido a la propia esencia de este proceso, resulta inevitable que sean mayores las facultades para actuar de oficio en este ámbito, y así lo permite la Ley en relación a las pruebas no propuestas por las partes y que el Tribunal estime oportunas para la verificación de los hechos (art. 729.2º LECrim).

En consecuencia, como norma general, serán las partes las que propondrán las pruebas de las que pretendan servirse para el desarrollo de la defensa y acusación, en espera de que el Juez o Tribunal las admita. Con todo, el medio formal de proposición de las pruebas será distinto en orden al procedimiento en que se propongan. Así, el cauce para proponer los medios de prueba son los escritores de calificaciones provisionales de las partes –en el procedimiento ordinario común–; los escritos de acusación y defensa –procedimiento

⁵¹ MORENO CATENA, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 422.

abreviado—; o en el mismo juicio oral —en el nuevo procedimiento por delitos leves—⁵².

Sin embargo, el derecho a la utilización de los medios de prueba se ha configurado como un derecho constitucional y, en consecuencia, el cauce para la proposición de las pruebas no ha de interpretarse de forma estricta, de modo que se posibilite su proposición en tanto no se haya procedido a la apertura de las sesiones del juicio oral⁵³. Y justamente así se prevé para el procedimiento abreviado (art. 786.2 LECrim⁵⁴), en el cual se posibilita una nueva proposición de pruebas al comienzo de las sesiones. Son varios los autores que defienden que el momento de proposición de las pruebas ha de entenderse abierto, de modo que la posibilidad prevista en el art. 786.2 en relación al procedimiento abreviado sea extensiva a otros procedimientos⁵⁵.

Es importante tener presente que el proceso penal garantiza la igualdad de las partes procesales —a través de los principios de contradicción e igualdad de armas—, sin embargo, en la práctica, la iniciativa en la proposición de las pruebas la suele llevar la parte acusadora⁵⁶. Es evidente la relación que se desprende entre este hecho y el derecho a la presunción de inocencia y, asimismo, la carga de la prueba, ya que, precisamente por ser la parte acusadora sobre la que recae la carga de la prueba, será la parte que mayor interés tenga en la proposición de las pruebas⁵⁷. Esto no perjudica de ninguna manera el principio

⁵² BARONA VILAR, en: MONTERO AROCA (et. al.), *Derecho Jurisdiccional III...* op. cit., p. 385.

⁵³ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal...* op. cit., p. 369.

⁵⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 786. 2. El juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión del juicio oral, nulidad de las actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.

⁵⁵ «Negar la admisión de dicha posibilidad implicaría una concepción excesivamente formalista del proceso». (MARTÍN OSTOS, «La prueba en el proceso penal acusatorio», *Justicia: revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2013, pp. 25-68).

⁵⁶ No significa, en ningún caso, que el principio de igualdad se haya visto desprestigiado, sino que, debido a las garantías de las que goza el acusado —presunción de inocencia, principalmente— no requieren de tantas pruebas como los acusadores, pues es la parte acusadora quien debe demostrar la veracidad de los hechos denunciados y no el acusado quien deba probar su inocencia.

⁵⁷ Justamente, así lo señala MARTÍN OSTOS: «la defensa podría incluso adoptar una pasividad absoluta, amparada en su presunción de inocencia, que habrán de destruir los acusadores con sus aportaciones

de contradicción o el derecho de defensa, sino que las partes acusadas podrán proponer las pruebas que estimen oportunas –pruebas de descargo– para desmentir los hechos que la parte contraria intenta acreditar.

En cuanto a la admisión de las pruebas, como bien se ha adelantado, constituye una de las facultades del Juez o Tribunal sentenciador que, tras examinar los medios propuestos deberá decidir si son admitidos o rechazados⁵⁸. Esta decisión la tomará el órgano judicial en forma de auto, debidamente motivado siempre que sea denegatorio, atendiendo a los criterios de legalidad, pertinencia y utilidad⁵⁹.

El criterio de legalidad implica la necesidad de que la prueba se haya conseguido de forma lícita, sin vulneración de ningún tipo de norma legal, y tal circunstancia puede ser puesta de relieve, también, por la oposición de las partes. Asimismo, el Tribunal debe controlar de oficio este aspecto y deberá rechazar la prueba ilícita y la prohibida –ambas se caracterizan por la vulneración de alguna norma procesal, no obstante, la norma procesal infringida en el caso de la prueba prohibida es de carácter constitucional–. Los criterios de pertinencia y utilidad, en cambio, hacen referencia no a la forma en que se obtenga la prueba, sino al provecho que de ellas se pueda obtener en relación a los hechos que han de ser probados. Así se desprende, por ejemplo, de la STS 7 de julio de 2010 al afirmar que puede ser rechazada toda prueba cuyo «*contenido carece de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final*». También el TC se ha pronunciado en este sentido: «*Respecto a la presunta indefensión por haberse rechazado ciertas pruebas propuestas por la solicitante hay que tener en cuenta que el art. 24.2 de la Constitución, al reconocer el derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no otorga el de que se acepten indiscriminadamente todos los que se propongan. La opinión contraria no sólo iría contra el texto constitucional que se refiere a pruebas*

probatorias» (MARTÍN OSTOS, «La prueba en el proceso penal acusatorio», *Justicia: revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2013, pp. 25-68).

⁵⁸ Asimismo, el TS manifiesta que «*el derecho a la prueba no es un derecho absoluto o incondicionado, de modo que «no se produce vulneración del derecho constitucional cuando la prueba rechazada, aún siendo pertinente, carece su contenido de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final*» (STS de 7 de julio de 2010).

⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal...* op. cit., p. 369 / MORENO CATENA, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 423 / BARONA VILAR, en: MONTERO AROCA [et. al.], *Derecho Jurisdiccional III...* op. cit., pp. 386-387.

«pertinentes», es decir, a las que vengan a propósito para resolver las cuestiones planteadas en el juicio, sino que conduciría a que a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad⁶⁰».

En cuanto a la posible impugnación del auto que resuelve sobre la admisión de las pruebas las posibilidades son distintas en orden a la resolución que contenga. Podrá recurrirse únicamente cuando se trate de un auto denegatorio, si bien esta posibilidad no se permite en todos los procedimientos. Así, será recurrible en casación en el procedimiento común (art. 659 IV LECrim⁶¹), mientras que en el procedimiento abreviado no se permite su impugnación, aunque la denegación de la prueba en el abreviado no es óbice que se reitere la proposición del medio de prueba rechazado al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 785.1 II LECrim⁶²).

Por último, la práctica de la prueba es la esencia de todo procedimiento probatorio. Una vez más, es necesario insistir en que diversos medios de prueba tendrán unas características concretas para su práctica. Con todo, existen reglas genéricas que rigen la práctica de la prueba. Estas reglas generales, ya expresadas en numerosas ocasiones, implican la práctica de la prueba en el juicio oral y siempre con respeto a las garantías procesales: inmediación, oralidad, publicidad, contradicción. También el principio de concentración es importante, su objetivo es asegurar que no se alarguen innecesariamente los juicios, de modo que el juicio ha de desarrollarse en una única sesión siempre que sea posible o en varias sesiones consecutivas⁶³.

⁶⁰ ATC 96/1981.

⁶¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 659. [...]Contra la en que fuere rechazada o denegada la práctica de las diligencias de prueba podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta.

⁶² Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 785. 1. [...] Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan.

⁶³ MORENO CATENA, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 425.

La Ley no solo se limita a establecer las garantías que han de respetarse en la práctica de la prueba, sino que, además, especifica el lugar en que han de practicarse (la sala de vistas del órgano jurisdiccional) y el orden que ha de seguirse: en primer lugar, las propuestas por el Ministerio Fiscal, seguidas de las pruebas de la acusación particular o popular, si las hubiere, y, finalmente, las de la defensa⁶⁴. Y, en cuanto al orden concreto de las pruebas propuestas, se seguirá el orden que hayan establecido en sus proposiciones.

Asimismo, las especificidades en la práctica probatoria aluden a aquellos medios de prueba que, por su naturaleza, no pueden practicarse en el juzgado y exigen que el Juez se traslade a otro lugar (como la prueba de inspección ocular del Juez recogida en el art. 727 LECrim⁶⁵).

1.2. VALORACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA

Anteriormente ya se han mencionado tanto el derecho a la presunción de inocencia como el principio *in dubio pro reo* y, asimismo, se han vinculado a estos aspectos de la actividad probatoria. De tal forma que la valoración se encuentra fuertemente relacionada con la presunción de inocencia y la carga de la prueba con el *in dubio pro reo*.

La vinculación entre la valoración de la prueba y el derecho a la presunción de inocencia se manifiesta en las distintas consecuencias que se desprenden de este derecho: únicamente se debe acudir a la valoración de la prueba cuando la presunción de inocencia resulta desvirtuada. Así, esta presunción es un elemento clave de la valoración de la actividad probatoria, en tanto que supone un obstáculo que la acusación debe rebasar para dar entrada a la valoración de las distintas pruebas practicadas.

⁶⁴ «Este orden obedece al funcionamiento lógico del mecanismo procesal. Para defenderse de una acusación, hay que conocerla previamente, por lo que resulta razonable que se reconozca a la acusación el tener la iniciativa a lo largo del proceso» (MARTÍN OSTOS, «La prueba en el proceso penal acusatorio», *Justicia: revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2013, pp. 25-68).

⁶⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 727. 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 estuviere 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.

En el proceso penal español se configura un sistema de valoración libre⁶⁶ de la totalidad de los medios de prueba, rechazando, por tanto, la valoración tasada. No obstante, y consecuencia de la gravedad de los hechos que se enjuician en esta jurisdicción, se exige una motivación reforzada en la valoración de las pruebas penales.

Según ASECIO MELLADO, «no existe en el proceso penal carga de la prueba en sentido formal como sucede en el proceso civil⁶⁷», debido a las especialidades que presenta este proceso. En primer lugar, la existencia de acusación oficial, ejercida por el Ministerio Fiscal, implica la imparcialidad de una de las partes acusadoras, que se personará en el proceso, no con el objetivo de solicitar la condena, sino con el de encontrar la verdad. Asimismo, en cuanto a la parte acusada se refiere, no necesita probar su inocencia, pues goza de presunción *iuris tantum* de inocencia y del beneficio del *in dubio pro reo*. En consecuencia, será en la acusación particular, privada o popular sobre la que recaiga la carga de la prueba.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) recoge dos dimensiones de la llamada carga de la prueba: por un lado, la carga formal o subjetiva; y por otro, la carga material u objetiva. En este sentido, el aspecto objetivo de la carga de la prueba se identifica con la *regla de juicio* que la LEC impone al Juez, que se manifiesta cuando las pruebas no resultan suficientes y, en consecuencia, se exterioriza el hecho incierto al momento de dictar sentencia. En cambio, el aspecto subjetivo se corresponde con la llamada distribución de la carga de la prueba, en tanto que se establece qué hechos debe probar cada una de las partes procesales⁶⁸. Por tanto, es evidente la diferencia entre la carga de la prueba en el proceso civil y el proceso penal, pues en aquellos procesos en los

⁶⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 741. El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.

⁶⁷ ASECIO MELLADO, El proceso penal con todas las garantías. *Ius et veritas*. 2006, núm. 33, vol. 16, pp. 235-247.

⁶⁸ GONZÁLEZ GRANDA, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Carga de la prueba y responsabilidad civil, 2007, pp. 29 y ss.

que se protege un interés público, no regidos por el principio, dispositivo, únicamente se manifiesta la carga de la prueba en su sentido objetivo⁶⁹, en tanto que la regla de juicio que debe seguir el Juez ante el hecho incierto es la absolución del acusado, sin que exista una distribución real de la carga de la prueba, pues, como se ha manifestado anteriormente, dadas las especificidades del proceso penal, esta manifestación de la carga de la prueba resulta inadmisibles en el proceso penal.

La vinculación entre la carga de la prueba y el principio *in dubio pro reo* se evidencia en esa misma idea. Se ha adelantado ya que el *in dubio pro reo* entra en juego cuando la presunción de inocencia queda desvirtuada, por lo que se procedería a la valoración de las pruebas prácticas y cuando, tras su valoración, subsistieran dudas sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, el *in dubio pro reo* despliega sus efectos: no podrá más que dictarse una sentencia absolutoria. En tanto que la defensa no necesita probar su inocencia, sino que será la acusación quien deba acreditar la culpabilidad, se diseña un sistema procesal penal en el que la carga de la prueba está vinculada a la acusación, debido a las consecuencias que se derivan del principio *in dubio pro reo*⁷⁰.

Asimismo, podría establecerse cierta vinculación entre la presunción de inocencia y la carga de la prueba. No obstante, y como ya he expresado con anterioridad, mientras este derecho continúe vigente en el proceso no se procede a la valoración de las pruebas y, en consecuencia, no existe carga probatoria como tal, pues no hay pruebas que valorar. Con todo, esta posible vinculación se desprende del hecho de que para poder enervar la presunción de inocencia es necesario que exista una mínima actividad probatoria de cargo, lo que implica una referencia indirecta a la circunstancia de que debe ser la acusación quien acredite los hechos que ha denunciado.

⁶⁹ GONZÁLEZ GRANDA, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Carga de la prueba y... op. cit. p. 31.

⁷⁰ NIEVA FENOLL, «La razón de ser de la presunción de inocencia», *Indret: revista para el análisis del Derecho*, 2016, núm. 1, pp. 1-23.

2.- PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN FASE DE INSTRUCCIÓN Y FASE INTERMEDIA

2.1. LA INSTRUCCIÓN PENAL

Como bien es sabido, el proceso penal se divide en dos grandes fases: la fase de instrucción y la fase del juicio oral –y para diversos autores existe, a mayores, la fase intermedia–. La fase de instrucción no es otra que la de investigación de los presuntos hechos delictivos, con lo cual se configura una fase con un objetivo completamente distinto al de la fase del juicio oral y, por tanto, cuenta con unos principios y unas garantías distintas a las contempladas en el juicio. En cuanto a la instrucción se refiere, muchos autores han expresado la opinión de que se configura como una pieza decisiva del proceso⁷¹, así como la importancia que se desprende de la posible adquisición de valor probatorio de las actuaciones allí practicadas. Y son estas las cuestiones que, justamente, se analizarán en el presente epígrafe.

a) Finalidad de la Instrucción

Como reiteradamente se ha venido manifestando a lo largo de este trabajo, únicamente podrán ser tenidas en cuenta, como prueba, a la hora de fundar el fallo de una sentencia, aquellas actividades probatorias que se hayan llevado a cabo durante el juicio oral y respetando las garantías constitucionales y procesales; de tal forma que las actividades de investigación realizadas en la fase de instrucción, en principio, no son más que meras acciones dirigidas a esclarecer unos determinados hechos con el fin de poder fundar una acusación.

Para comprender la finalidad de la instrucción, así como la del propio proceso penal en sí mismo, hay que tener presente que existe una clara distinción entre la verdad material y

⁷¹ En este sentido, GARCÍA MUÑOZ afirma: «El 'proceso justo' depende de la configuración y diseño, además, por supuesto, de otros condicionantes, de las fases de investigación e instrucción y el valor probatorio de los resultados obtenidos» (GARCÍA MUÑOZ, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.), *Estudios sobre prueba penal*, vol. III, 2013, p. 25).

la verdad formal⁷². Así, la verdad material hace referencia a los hechos que ocurrieron en la realidad y que deben ser probados en el proceso; mientras que la verdad formal alude a los hechos que serán tenidos como probados en virtud de las pruebas practicadas conforme a las normas procesales que rigen en materia probatoria. De esta forma, es evidente que la verdad material y la verdad formal no siempre serán plenamente coincidentes, si bien el objetivo de todo proceso penal será que la verdad formal alcance la verdad material, aunque esto no será siempre posible.

En lo que se refiere a la instrucción, esta distinción es importante puesto que se debe precisar que la finalidad de esta fase es únicamente la de investigar los hechos objeto del proceso para esclarecer si existen hechos que, presumiblemente, sean típicos, el presunto autor de tales hechos y todas aquellas circunstancias relevantes para la resolución del proceso⁷³; teniendo en cuenta que las diligencias de investigación, en principio, nunca alcanzarán valor probatorio. Por tanto, será posible que unos determinados hechos sean demostrados como ciertos durante la investigación de un proceso, pero que, sin embargo, estos hechos no sean probados conforme a derecho; por lo que, a efectos procesales, serán considerados como inexistentes y no podrán tenerse en cuenta para fundar una sentencia de condena⁷⁴.

La Ley –art. 299 LECrim⁷⁵–, al citar las actuaciones que conforman el sumario, establece

⁷² «Cúmulo de acaecimientos relevantes sustantiva y adjetivamente para el proceso, e introducidos en él, atendiendo al conjunto de requisitos y garantías que reúnen las leyes rituarías» (MARCHAL ESCALONA, *El atestado. Inicio del proceso penal*, 8ª ed., 2010, prefacio).

⁷³ En este sentido se ha pronunciado el mismo TC: «la finalidad perseguida no es otra que la realización de las diligencias esenciales para poder determinar los hechos, las personas participantes en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento, entre los cuales hay que incluir no solo las necesarias para formular la acusación, sino también las que apreciada su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado» (STC 32/1994).

⁷⁴ En este sentido, MARCHAL ESCALONA ejemplifica tales circunstancias con un supuesto en el que una determinada cantidad de droga es intervenida en el domicilio de una persona –verdad material–, sin embargo, la práctica de este registro no se realiza conforme a derecho, por lo que tal cantidad de droga será inexistente para el proceso –verdad formal–; como consecuencia de ello, la intervención de esta droga no tendrá valor probatorio en ningún proceso penal (MARCHAL ESCALONA, *El atestado...* op. cit., prefacio).

⁷⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 299.

Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

la finalidad de la instrucción, así como la naturaleza de los medios y actuaciones que se llevan a cabo en esta fase. Por tanto, se deduce de la Ley que las diligencias de investigación, tanto intervenciones policiales como judiciales, llevadas a cabo durante la fase de instrucción, o incluso con carácter previo a la incoación del proceso penal, no ostentan valor probatorio por sí mismas, ya que tienen por objeto la delimitación del delito y del infractor, siendo, de esta forma, el mecanismo adecuado para observar la necesidad o no de la apertura del juicio oral⁷⁶. Asimismo, de los resultados de estas investigaciones, tanto acusación particular como el Ministerio Fiscal, podrán discernir si existen indicios suficientes con los que fundar una futura acusación frente al investigado del proceso sustanciado.

No obstante, hay que tener en cuenta la clasificación existente entre los diversos procedimientos penales. En este sentido, la fase de instrucción no goza de una finalidad completamente equivalente en todos ellos. Esto se debe, principalmente, al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de los delitos. Las llamadas diligencias urgentes (la instrucción propia de este procedimiento) mantienen una estructura diferenciadas al propio sumario –instrucción en el procedimiento ordinario– o las diligencias previas del procedimiento abreviado. Esto se debe, sin ninguna duda, a la escasa duración de la que gozan las diligencias urgentes, que no podrá ser superior a 15 días. Por tanto, es evidente que las investigaciones que se puedan realizar en el sumario o mediante las diligencias previas no serán las mismas que las que puedan presentarse en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido. No obstante, esto no supone ningún tipo de inconveniente al procedimiento, pues debido a las características de los delitos que en él se enjuician (delitos de instrucción sencilla, flagrantes...) no necesitan una investigación mayor⁷⁷.

Intrínseco a la finalidad de la fase de instrucción es, por tanto, la búsqueda de la verdad –que ha de referirse tanto a la verdad material como a la verdad procesal–, siendo esta, así, una de las funciones del Juez instructor. No obstante, la investigación de un delito no es competencia únicamente del Juez instructor, puesto que, si bien su función es la de

⁷⁶ GARCÍA MUÑOZ, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.), *Estudios sobre prueba*, Vol. III..., *op. cit.*, p. 27.

⁷⁷ OCHOA MONZÓ, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, 2006, pp. 100-103.

instruir los procesos penales, el Juez no es un especialista en investigaciones, lo que, por otro lado, obliga a la realidad procesal a otorgar ciertas facultades investigadores a la Policía Judicial⁷⁸.

Otra de las características propias de la instrucción penal es su distanciamiento de los principios que rigen la fase del juicio oral –inmediación, contradicción, publicidad y oralidad– lo que deriva, necesariamente, en la ausencia de valor probatorio para todas las actuaciones que se hayan realizado en esta fase procesal. Tal ausencia enlaza, no obstante, con la esencia de búsqueda de la verdad de la investigación penal, es decir, la instrucción va encaminada a esclarecer los hechos propios de la verdad material, que asistirán a las partes acusadoras para la futura acusación⁷⁹; de modo que, con especial cuidado de no vulnerar el derecho de defensa del investigado, las diligencias de investigación que se hayan realizado no alcanzan valor probatorio, pues la actividad probatoria se practica en la sesión del juicio oral, respetando las garantías procesales de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad.

Otra cuestión importante en relación con esta fase procesal es la que atañe a la competencia del órgano que se encargará de la instrucción penal. La cuestión de la competencia funcional de la investigación criminal es una cuestión ciertamente discutida entre la doctrina, diferenciándose dos posiciones doctrinales firmes; por un lado, se defiende la instrucción llevada a cabo por el Juez instructor –siendo este el sistema que, actualmente, establece nuestra LECrim⁸⁰–; y por otro, un sector importante de la doctrina defiende que la dirección de la instrucción debe ser competencia del Ministerio Fiscal.

Esta última postura, en la que se defiende la competencia del Ministerio Fiscal como órgano encargado de la investigación, se basa, principalmente, en la separación que debe reconocerse entre las funciones de enjuiciamiento e investigación de los delitos –si bien

⁷⁸ GARCÍA MUÑOZ, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.), *Estudios sobre prueba penal. Vol. III...* op. cit., p. 28.

⁷⁹ GÓMEZ COLOMER, en: MONTERO AROCA (et al.), *Derecho Jurisdiccional III*, 23ª ed., 2015, pp. 172 y ss.

⁸⁰ Es en los artículos contenidos en el título IV de la LECrim, referente a la Instrucción, en el que se recoge la competencia funcional del Juez instructor para dirigir la investigación de los hechos denunciados.

el sistema actual del proceso penal español ya mantiene esta separación con la existencia de la figura del Juez instructor (quien no tendrá competencias para enjuiciar los hechos delictivos de los que haya tenido conocimiento para su investigación, evitando la contaminación que esto podría suponer)⁸¹ y concediéndosele competencia únicamente para enjuiciar los supuestos de delitos leves (o las causas de las antiguas faltas que todavía no hayan sido enjuiciadas)–. No obstante, los defensores de esta entienden que el sistema vigente en el proceso penal español, en el que se diferencian claramente estas dos fases principales –la de investigación y la de enjuiciamiento–, alcanzará con mayor exactitud sus objetivos si se le concede la competencia funcional de dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal.

Asimismo, en diversos países, se reconoce la competencia al Ministerio Fiscal, creando la figura del Fiscal instructor –tal es el caso, por ejemplo, de Alemania e Italia–. En muchas ocasiones, las actividades de investigación son llevadas a cabo por la Policía Judicial, quien depende únicamente del Ministerio Fiscal. Este sistema se justifica, básicamente, en que la figura del Fiscal instructor ostenta una mayor proximidad a la investigación y en virtud del principio de oportunidad⁸².

El que el Ministerio Público no sea quien dirija la instrucción del proceso no obsta para que se le atribuyan –también a la Policía Judicial– ciertas competencias en la fase de instrucción⁸³. Así, en la Ley se le reconoce la condición no solo de parte acusadora, sino también de órgano fiscalizador de la Instrucción. Tal y como afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ, el Ministerio Fiscal «*es algo menos que el órgano instructor y mucho más que una parte*»⁸⁴, debido a las funciones que ostenta en torno a la instrucción del proceso con capacidad para instar la práctica de aquellas diligencias que estime oportunas o la facultad de ordenar ciertas actuaciones, generales y particulares, a la Policía Judicial

⁸¹ GARCÍA MUÑOZ, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.), *Estudios sobre prueba penal. Vol. III...* op. cit., p. 33.

⁸² HOYA COROMINA, «Investigación e instrucción: diferencias y garantías. Alternativas de futuro». *II Encuentro Jurídico*. 2008.

⁸³ Tales competencias se le reconocen al Ministerio Fiscal, en alusión a la llamada instrucción preliminar, en los artículos 773 y siguientes de la LECrim e, incluso, en su propio Estatuto Orgánico (artículo quinto del EOMF).

⁸⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 208.

para el mejor funcionamiento de la investigación y, a mayores, la posibilidad que se le concede para exigir la finalización de la instrucción cuando considere que se han realizado todas las actuaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal, velando por el respeto tanto de las garantías procesales del investigado como por la protección de los derechos de las víctimas.

También la Policía Judicial ostenta un papel importante en torno a la instrucción del proceso, en cuanto sus funciones se circunscriben a la investigación⁸⁵ –que podrá ser de oficio, cuando tiene carácter preventivo, o instada a orden tanto del Ministerio Fiscal como del órgano judicial– con el objeto de averiguar la realidad de los hechos delictivos que hubiesen ocurrido dentro de su competencia territorial. De esta forma, se puede distinguir dos tipos de actuaciones por parte de la Policía Judicial: por un lado, actuaciones de investigación preliminar cuando actúa de forma preventiva o bajo del mandato del Ministerio Fiscal, y por otro, sus actuaciones tendrán la consideración de auténticas diligencias instructoras cuando se realicen por orden del Juez instructor⁸⁶. En relación con el tema que ocupa el hueso de este trabajo, el referido a la prueba preconstituida en el proceso penal, es interesante tener presente que, quizá, es mayor la discusión acerca de la posible preconstitución probatoria de las diligencias policiales, debido, tal vez, a que tengan una consideración de mayor ajenidad al proceso.

Así, la instrucción penal siempre irá encaminada a la investigación de los presuntos hechos delictivos con la intención de concretar todas las circunstancias relevantes para el posterior (y eventual) enjuiciamiento. De tal forma, se prevé, además, la función de aseguramiento de las pruebas y del propio investigado, así como la protección a las víctimas. En este sentido, se le reconocen al Juez instructor facultades en orden a la imposición de medidas cautelares para protección tanto de la víctima como de otros derechos y, asimismo, de las posibles responsabilidades pecuniarias en las que pueda incurrir el investigado si llega a ostentar la condición de condenado⁸⁷.

⁸⁵ Constitución Española, 1978.

Artículo 126. La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.

⁸⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 210-211.

⁸⁷ GÓMEZ COLOMER, en: MONTERO AROCA (et al.), *Derecho Jurisdiccional III...* op. cit., p. 133.

b) Principios vigentes en la instrucción

Constituyen una serie de principios tendentes a garantizar el buen desarrollo de la investigación.

En primer lugar, el pilar básico de toda instrucción es la vigencia del principio de investigación de oficio. Así, se crea un proceso en el que la investigación de los hechos delictivos –dado su interés estatal– no se realiza a instancia de parte, sino que el órgano competente tiene la obligación de realizar las investigaciones oportunas de oficio⁸⁸. Podría plantearse la duda de si esto choca o no con el principio acusatorio que rige todo proceso penal, sin embargo, no se produce ninguna contradicción entre tales principios ya que el principio acusatorio hace referencia no solo a las acusaciones particulares, sino también a la acusación oficial ejercida por el Ministerio Fiscal. Así, y dado el carácter público de la gran mayoría de los delitos tipificados en el Código Penal (en adelante CP) español, la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal es suficiente para que el principio acusatorio no decaiga y se pueda continuar con el proceso penal. Por tanto, y a diferencia del principio de aportación de parte que rige en la fase del juicio oral, el órgano competente investigará de oficio los hechos y circunstancias que estime convenientes para el mayor acercamiento entre verdad formal y verdad material.

Otra cuestión de gran envergadura es la manifestación del derecho a la presunción de inocencia, que tal como se ha afirmado anteriormente tiene vigencia desde el mismo inicio del proceso penal sin que pueda ser obviado hasta que se haya enervado en virtud a prueba de cargo suficiente. Como la prueba es practicada en el juicio oral, es evidente que la presunción de inocencia siempre estará vigente en la fase de instrucción. Además, en esta fase procesal, hay que enlazar este derecho, en primer término, con el derecho de defensa de la que goza todo investigado; puesto que ya no cabe la duda de que este derecho se manifiesta desde el mismo momento en que una persona pueda ser considerada como presunto autor de un hecho delictivo y no únicamente a partir de que se haya formulado la acusación, si bien es desde el instante en el que el investigado adquiere la

⁸⁸ GÓMEZ COLOMER, en: MONTERO AROCA (et al.), *Derecho Jurisdiccional III*, 23ª ed., 2015, p. 135.

condición de acusado cuando el derecho de defensa alcanza su plenitud. Por tanto, ya en la instrucción de un proceso, el investigado podrá ejercitar su derecho de defensa –que, por otro lado, engloba también el derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo– para defenderse de los hechos que pretenden imputársele o reducir su grado de participación en la comisión del hecho.

Un poco vinculado a estos derechos, se recoge el carácter reservado de los actos instructorios. La finalidad del secreto de las actuaciones instructorias obedece a dos motivos principalmente: por un lado, la protección al honor del investigado, y por otro, evitar el entorpecimiento de la investigación llevada a cabo en la instrucción⁸⁹.

Habrà de tenerse en cuenta, además, que en la instrucción no rige, a diferencia de en la fase de juicio oral, el principio de oralidad, sino que, más bien, rige el principio de documentación de los actos que se hayan llevado a cabo en esta fase para que, al decidir si debe continuarse con el proceso o debe sobreseerse, se tenga toda la documentación necesaria. Además, tampoco rige el principio de concentración, puesto que como se trata de una fase de investigación de los hechos es lógico que todas las actuaciones no puedan realizarse en un acto único, ya que estas se irán practicando en base a las necesidades que se desprendan de la propia investigación criminal, puesto que los actos instructorios únicamente sirven como preparatorios del juicio oral.

Una de las características esenciales de la instrucción es que las diligencias llevadas a cabo en esta fase no tienen valor probatorio⁹⁰, teniendo en cuenta todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, sino que únicamente –y salvo las excepciones de la preconstitución y anticipación de la prueba– son actos que permitirán fundar o no la posible imputación de los hechos al investigado.

Por último, es necesario referirse al tiempo de la instrucción, y tras la última reforma de la LECrim del año 2015, en el art. 324 LECrim se recoge un tiempo máximo de duración

⁸⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 204.

⁹⁰ CASTILLEJO MANZANARES, «Hacia un nuevo Proceso Penal: investigación y juicio de acusación», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 29, 2009, pp. 207-270.

de seis meses, duración que ha recibido numerosas y duras críticas, en tanto que parte de la doctrina entiende que, más que facilitar la tramitación de los procesos, supone un entorpecimiento a las causas que, en ocasiones, derivará en el cierre de una instrucción que no ha resultado suficiente para una adecuada investigación de los hechos, con la consecuente celebración de un juicio incompleto o, incluso, el sobreseimiento de una causa por falta de indicios que permitan la continuación del proceso debido al corto tiempo para realizar las investigaciones. No obstante, el mismo artículo prevé la posibilidad de conceder una prórroga a la duración de la instrucción –con un límite máximo de dieciocho meses– cuando el Juez declare la causa como compleja (en supuestos, por ejemplo, de delitos de terrorismo) y, si esta prórroga, en opinión del Juez instructor, sigue resultando insuficiente, podrá solicitarse una última prórroga de la duración con una limitación máxima de duración; limitación que, sin embargo, no ha sido establecida por el legislador, creando una situación de incerteza e inseguridad jurídica en cuanto a la duración máxima que podrá establecerse para las causas complejas, pudiendo entenderse, quizá, que, finalmente, cuando la causa sea calificada como compleja podrá extenderse ilimitadamente en el tiempo.

c) Eficacia de las diligencias de instrucción

Las diligencias de instrucción son actividades dirigidas a la investigación de los presuntos hechos delictivos. En este sentido, DUART ALBIOL sostiene que *«las diligencias de investigación tienen por finalidad descubrir, constatar y esclarecer los hechos delictivos y sus circunstancias, así como su autor o autores⁹¹»*. En consecuencia, la eficacia de estas diligencias es limitada y así lo ponen de relieve diversos autores: *«Se deben imponer limitaciones a la investigación de forma tal que se restrinja a las diligencias imprescindibles, evitándose por todos los medios que en el juicio se pueda tener presente cualquier actuación instructora, salvo que se trate de una prueba anticipada o de preconstitución probatoria⁹²»*.

En efecto, la naturaleza jurídica de los diligencias instructorias no es la de gozar de valor

⁹¹ DUART ALBIOL, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el Proceso Penal*, 2014, p. 75.

⁹² CASTILLEJO MANZANARES, «Hacia un nuevo Proceso Penal: investigación y juicio de acusación», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 29, 2009, pp. 207-270.

probatorio, sino que, conforme a lo previsto en el art. 299 LECrim⁹³, su función es la de preparar el juicio mediante la concreción de las circunstancias relacionadas a los hechos delictivos que, eventualmente, se han de enjuiciar.

No obstante, aun siendo necesaria la total separación entre la fase de instrucción y la fase del juicio oral, el mismo TC entiende que la norma general en cuanto al valor probatorio de las actuaciones no puede ser interpretado tajantemente. Por tanto, la regla general que configura como verdaderas pruebas solamente a las practicadas en el juicio oral «no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan someterla a contradicción»⁹⁴.

En efecto, la prueba preconstituida se produce cuando ciertas diligencias de investigación adquieren valor probatorio, siempre que se respeten las debidas garantías. En este sentido, es importante resaltar que la finalidad de investigación excluye, en principio, su utilización como pruebas. Esto se debe, fundamentalmente, a que los principios que rigen la fase de instrucción y la fase de juicio oral son claramente distintos –por ejemplo, en la fase de instrucción rige el principio de investigación–.

d) Fundamento jurídico de la prueba anticipada y preconstituida

Aquellos supuestos en los que la actividad probatoria se aparta de la regla general, estando ante los procedimientos atípicos; son el caso de la prueba anticipada y la prueba preconstituida. Estas dos modalidades de prueba tienen en común que no se practican en la fase de juicio oral, conformando así las dos excepciones a esta exigencia de la actividad probatoria.

La prueba anticipada consiste en la anticipación de la prueba, que se practicará

⁹³ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 299. Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias.

⁹⁴ RUIZ VADILLO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en el proceso penal*, C.G.P.J., 1992, pp. 60 y ss..

previamente a la celebración del juicio oral, como consecuencia de unas concretas circunstancias que fundan la sospecha de que esa prueba que se va a anticipar no va a ser posible practicarla en el momento del juicio oral. Esta misma imposibilidad debe preverse en los supuestos de prueba preconstituida, no obstante, esta imposibilidad no se debe a unas circunstancias concretas, sino a la misma naturaleza de la prueba en cuestión.

La afirmación de que ambos tipos de prueba son válidas para fundar una sentencia condenatoria no es discutida por la doctrina⁹⁵, sino que existe un consenso generalizado entre los autores que tratan el tema de la anticipación y preconstitución de la prueba, de modo que aceptan tal aptitud tanto para la prueba anticipada como para la prueba preconstituida.

El fundamento jurídico de la prueba preconstituida se desprende de los arts. 730 LECrim⁹⁶ para el procedimiento ordinario. Como puede observarse la regulación legal es escasa, lo que ha dificultado enormemente lograr un consenso doctrinal en la concreción del término.

La regulación de la prueba anticipada, no obstante, es más amplia. Así su fundamento jurídico se desprende de los artículos 777.2, 448, 449, 657 III, 781.1 III, 784.2, 785.1 LECrim⁹⁷, si bien unos artículos se refieren a la llamada prueba anticipada impropia y

⁹⁵ En este sentido, MAGRO SERVET sostiene que «*prueba anticipada y preconstituida son aptas para ser tenidas en cuenta como una prueba de cargo válidamente obtenida y con virtualidad para que la presunción de inocencia ceda ante la certeza de culpabilidad*» (MAGRO SERVET, *Guía de problemas prácticos y soluciones del juicio oral*, 2ª ed., 2009, pp. 31 y ss.).

⁹⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 730. 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.

⁹⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 777. 2. 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.

Artículo 448. Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre

otros a la prueba anticipada propia. Así, del conjunto de la regulación legal en materia de anticipación probatoria, se desprende el carácter básico de esta: la imposibilidad de practicar la prueba en el acto del juicio oral debido a circunstancias ajenas a la propia naturaleza de la prueba en cuestión. Por tanto, la anticipación de la prueba se fundamenta justamente en ese motivo: la previsibilidad de que, llegado el momento, esa prueba no va a estar disponible para su práctica.

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. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Artículo 449. En caso de inminente peligro de muerte del testigo, se procederá con toda urgencia a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado.

Artículo 657. III 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.

Artículo 781. 1. III En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, así como la adopción, modificación o suspensión de las medidas a que se refieren los artículos 763, 764 y 765, o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieren adoptado, así como la cancelación de las tomadas frente a personas contra las que no se dirija acusación.

Artículo 784. 2. En el escrito de defensa se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos, a los efectos de la práctica de la correspondiente prueba en las sesiones del juicio oral o, en su caso, de la práctica de prueba anticipada.

Artículo 785. 1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada.

2.2. PRÁCTICA PROBATORIA DE LA FASE INTERMEDIA

a) Finalidad de la fase intermedia

Se conoce por *fase intermedia*⁹⁸ o fase de preparación del juicio oral, en el proceso penal, al período de tiempo que transcurre entre la finalización de la instrucción y, alternativamente, la apertura del juicio oral o la conclusión del proceso a través del sobreseimiento. Así, también el TS se ha pronunciado a este respecto: «*el proceso penal español por delitos, se halla escindido en dos grandes fases o períodos —el instructorio o sumarial, y el plenario o juicio oral—, entre los cuales se intercala una tercera fase denominada intermedia, cuyo arranque y terminación se controvierten por la doctrina; y mientras, en el sumario, resplandece su naturaleza preparatoria y cautelar, y, el período intermedio, obedece a finalidades de transición y clasificación, determinándose, en primer término, si el sumario ha sido o no debidamente concluido, y, en segundo lugar, si, una vez confirmado el auto de terminación de dicho sumario, procede, si hay méritos para ello, la apertura del juicio oral, o, en caso contrario, el sobreseimiento de la causa*»⁹⁹.

En esta fase la actividad procesal es mínima, no obstante, implica un punto altamente decisivo para el proceso, pues será aquí donde se resuelva si la causa penal debe sobreseerse o, al contrario, si se va a formalizar acusación contra el, hasta ahora, investigado¹⁰⁰. En consecuencia, la finalidad de la fase intermedia no es otra que la de decidir el camino que seguirá el proceso, que podrá ser la terminación o la continuación

⁹⁸ No todos los autores reconocen la distinción entre la instrucción y la fase intermedia, sino que algunos la entienden como una última etapa de la instrucción penal. Así, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ entiende que, dentro de las funciones de la propia instrucción, se recoge la de examinar las actuaciones realizadas para, así, determinar la forma en que ha de concluir la misma. En consecuencia, el control sobre la investigación y el procedimiento seguidos, así como la decisión de concluir el proceso o de abrir el juicio oral conforman, a su juicio, actividades propias de la instrucción. En tal sentido, defiende una idea amplia de la instrucción penal, dentro de la cual podría diferenciarse entre la investigación (instrucción en sentido estricto) y los demás actos instructorios (fase intermedia) (RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal...* op. cit., pp. 261-262).

Esta misma opinión doctrinal es defendida por CORTÉS DOMÍNGUEZ, quien defiende la existencia de únicamente dos fases, completamente diferenciadas: la instrucción y el juicio oral. Y, por tanto, rechaza la existencia de una tercera: la fase intermedia (CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, 1975, pp. 81 y ss.).

⁹⁹ Así lo expresa VIVAS MARZAL, Magistrado ponente, en la STS de 12 de Noviembre de 1983.

¹⁰⁰ CASTILLEJO MANZANARES, «Hacia un nuevo proceso penal: investigación y juicio de acusación», *Estudios penales y criminológicos*, 2009, Vol. XXIX, pp. 207-269.

del mismo.

He mencionado anteriormente que la actividad procesal en la fase intermedia es escasa y, sin embargo, es crucial tanto para las partes procesales como para el proceso en sí mismo. La importancia de esta fase deriva de las consecuencias que se desprenden de la decisión alcanzada. Así, existe un largo camino entre la gravedad de ostentar la condición de investigado y la de acusado.

Por tanto, una vez concluida toda investigación, se deben examinar las actuaciones practicadas, con el objetivo de determinar si, de las investigaciones que se han llevado a cabo, se desprenden suficientes indicios sobre los cuales fundar una acusación y, en consecuencia, dar apertura al juicio oral o si, en cambio, los indicios que puedan manifestarse no son suficientes para formular una acusación o, a través de las investigaciones, se ha demostrado que los hechos denunciados no se han producido, o que producidos estos no son constitutivos de delito o que no se pueda vincular tales hechos a la persona a quien se pretende acusar. De tal forma la fase intermedia concluirá bien por auto de apertura del juicio oral, bien por auto de sobreseimiento.

La competencia funcional de esta fase es distinta según el procedimiento que se está tramitando. Así, la fase intermedia transcurre ante la Audiencia Provincial (en adelante AP) en el procedimiento ordinario común, mientras que en el procedimiento abreviado el órgano competente es el mismo Juzgado de Instrucción.

En cuanto a la posibilidad de concluir el proceso, se prevén dos tipos de sobreseimiento: el sobreseimiento provisional y el sobreseimiento libre. Es importante la diferencia entre uno y otro, pues el sobreseimiento libre implica la terminación definitiva del proceso, de modo que no podrá reabrirse la causa en ningún momento posterior, y, asimismo, el auto de sobreseimiento libre tiene efectos equivalentes a una sentencia absolutoria, de modo que se predica del mismo el efecto de la cosa juzgada. En cambio, el sobreseimiento provisional implica la terminación provisional, como su nombre indica, del proceso penal, de tal forma que se podrá continuar con la causa si se manifiestan nuevas circunstancias que permitan fundar la acusación pertinente. Con todo, la posibilidad de continuar con la causa penal no es indefinida en el tiempo, sino que se establecen los límites previstos para la prescripción del delito y de las penas. Asimismo, dadas las

consecuencias que se desprenden de uno y otro sobreseimiento, las exigencias son mayores para poder sobreseer libremente y, además, se prevé el sobreseimiento provisional en caso de duda sobre los supuestos que pueden dar lugar al sobreseimiento libre¹⁰¹.

En la práctica, es común que los Jueces acudan al sobreseimiento provisional, pues de tal forma se aseguran que, posteriormente, si aparecen nuevas circunstancias se posibilite la apertura siempre que no haya transcurrido el límite temporal de la prescripción.

En conclusión, la finalidad de la fase intermedia no se corresponde con la práctica de las pruebas, si bien es posible que, excepcionalmente, se practiquen ciertas pruebas en esta fase procesal, como se analizará a continuación.

b) La prueba anticipada

El caso de la prueba anticipada constituye, como ya se ha señalado, una de las excepciones a la regla general en torno a la práctica de la prueba. La especificidad de la anticipación probatoria se identifica con aquellas pruebas concretas que no podrán ser practicadas en el acto del juicio oral, no por las propias características de estas, sino por circunstancias ajenas al tipo de prueba en cuestión que impiden que su práctica se realice en el juicio oral.

La distinción doctrinal y jurisprudencial entre prueba anticipada y preconstituida es caótica, siendo muchos los autores que no recogen una diferenciación nítida o que, incluso, emplean ambos términos de forma indistinta¹⁰². En consecuencia, tampoco existe unanimidad doctrinal al delimitar el concepto de prueba anticipada. Es por ello que resulta forzoso clarificar y separar ambos conceptos –tema que trataré en profundidad más

¹⁰¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., pp. 374 y ss..

¹⁰² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, por ejemplo, aplica el concepto de prueba preconstituida y prueba anticipada, como sinónimos, para referirse al valor probatorio de las diligencias de instrucción (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial», *Diario la Ley*, 2015, núm. 8487, pp. 1-27).

adelante— y, asimismo, esclarecer la oscuridad que engloba el ámbito de la anticipación probatoria.

En este sentido, muchos de los autores construyen una separación de los términos en base al distinto momento procesal en que se desarrollen las pruebas en cuestión. Sin embargo, considero más oportuno configurar una diferenciación en función de las propias características de ambas prácticas: esto es, que la prueba sea anticipada cuando la imposibilidad de practicarla en el juicio oral se desprende de circunstancias ajenas a las características inherentes al medio de prueba; mientras que la preconstituida se identifica con aquella en la que la práctica en el juicio oral no es posible debido a la propia esencia de la prueba.

En lo referente a la prueba anticipada —lo que interesa a este concreto apartado— un sector de la doctrina defiende que anticipada es aquella prueba que se practica antes del inicio de la fase del juicio oral¹⁰³. De esta forma, son dos las posturas que puede adoptar la anticipación de la prueba: por un lado, prueba anticipada sumarial; por otro, prueba anticipada en fase intermedia¹⁰⁴.

En contraposición a esta corriente doctrinal, se sitúan los autores que defienden que la práctica de la prueba anticipada se desarrolla una vez la fase del juicio oral ha comenzado, siempre que no se practique en el juicio oral en sentido estricto —esto es, durante las sesiones del juicio—¹⁰⁵. Este sector doctrinal entiende que situar la prueba anticipada dentro de la fase del juicio oral implica una mayor garantía de los principios rectores de la actividad probatoria¹⁰⁶. La explicación a tal afirmación la formulan en atención al

¹⁰³ Así lo entienden autores como ASECIO MELLADO, entre otros (ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, 1989, p. 171).

¹⁰⁴ En este sentido, los autores que lo argumentan, entienden que la prueba anticipada se caracteriza por su práctica previa a la fase del juicio oral —momento procesal oportuno—, siendo posible tanto en la fase de instrucción como una vez concluida esta. Es por ello que la clasifican, a su vez, en anticipada sumarial o anticipada en fase intermedia, en orden al momento en que se desarrolle la práctica de la prueba (GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit. p. 256).

¹⁰⁵ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., 1984, p. 238 / MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, 1997, p. 318 y ss..

¹⁰⁶ Así lo entiende GUZMÁN FLUJA, quien, además, define la prueba anticipada como «aquella que resulta practicada una vez abierto el juicio oral, ante el tribunal sentenciador, y por lo tanto con plena vigencia del principio de inmediación, con la asistencia de todas las partes en plenitud del uso de sus derechos, y por lo

hecho de que la fase del juicio oral se encuentre vigente, de modo que, a su juicio, es más sencillo respetar los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad, puesto que, una vez dentro de esta fase procesal, el órgano judicial competente para las actuaciones es el propio Tribunal sentenciador.

Para los que defienden esta teoría, una de las diferencias entre la prueba anticipada y la preconstituida recae en el distinto órgano ante el que se va a practicar cada una de ellas. Así, mientras que la prueba anticipada se practicará por el mismo Tribunal que ha de dictar sentencia posteriormente, la prueba preconstituida se practicará ante el Juez instructor¹⁰⁷, ya que supone conceder valor probatorio a las diligencias de investigación llevadas a cabo en la instrucción del proceso.

A mayores, otros autores no encasillan la prueba según el momento de su práctica, sino que la concretan en orden a las circunstancias que hacen necesaria su anticipación, de modo que entienden que la prueba anticipada se corresponde con aquella que ha de ser practicada anticipadamente debido a circunstancias ajenas al medio de prueba en cuestión, como puede ser el caso de un testigo que se prevé que no llegará con vida al juicio oral.

No obstante, resulta indiscutible que, por su propia construcción, la prueba anticipada deba practicarse con absoluto respeto a los principios que rigen la actividad probatoria. Y es por ello que será el Juez sentenciador quien practique tal prueba. Así, la prueba anticipada no es más que una prueba común que ha de anticipar en el tiempo su práctica, por la previsible imposibilidad de que se practique en el momento procesal oportuno, esto es, el juicio oral¹⁰⁸.

tanto con la plena vigencia del principio del contradictorio [...]» (GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., p. 257).

¹⁰⁷ MAGRO SERVET, «Perceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal», *La Ley penal*, 2012, núm. 92, pp. 5-12.

¹⁰⁸ MARCA MATUTE, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.). *Estudios sobre prueba penal*. Vol. III. 2013, p. 212.

En este sentido, GUZMÁN FLUJA entiende que, por tanto la prueba anticipada no podrá más que ser practicada en la fase del juicio oral, previamente al inicio de las sesiones, puesto que, en caso contrario, no podría ser el Juez sentenciador el que realizase la práctica de la prueba. Ciertamente, el autor sostiene que la anticipación probatoria únicamente conlleva un cambio temporal en la práctica de la prueba, de modo que todas las restantes características de la actividad probatoria se respetan¹⁰⁹ y, por tanto, el único principio vulnerado es el de concentración, respetándose los cuatro principios rectores de la práctica de la prueba (inmediación, contradicción, oralidad y publicidad).

Asimismo, argumenta su postura afirmando que no cabe la posibilidad de practicar anticipadamente una prueba cuando no se tiene la certeza de que se vaya a abrir el juicio oral¹¹⁰ y defiende que no solo se trata de un asentamiento de conceptos, sino que situar la práctica de la prueba anticipada en la fase del juicio oral implica un refuerzo a la «concepción garantista del proceso penal», incidiendo, además, en que al tratarse de una práctica probatoria absoluta (aunque adelantada en el tiempo) implica que la prueba sea solicitada por alguna de las partes procesales (en virtud del principio de aportación de parte), con lo cual, la anticipación de la prueba únicamente podrá manifestarse en la fase del juicio oral, ya que es ahí, cuando las partes ya han formalizado su acusación y su defensa, que se solicita la práctica de las pruebas que estimen necesarias (solicitándolas a través de los escritos de calificaciones provisionales de las partes en el procedimiento ordinario y en los escritos de acusación y defensa en el procedimiento abreviado)¹¹¹.

Ciertos autores, como MARTÍN BRAÑAS, parten de la teoría expresada anteriormente, aunque con ciertas matizaciones. Así, entienden que la prueba anticipada debe practicarse en la fase del juicio oral, previo al inicio de las sesiones, por las razones ya expresadas, pero admiten la posibilidad de que se practique en la fase intermedia cuando el procedimiento seguido sea el ordinario por delitos graves, argumentándolo en que, en este

¹⁰⁹ GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., pp. 255 y ss..

¹¹⁰ «Necesitaria saber con certeza que el juicio oral se va a realizar, porque sólo sabiendo si ello es así podría saber si necesito anticipar una prueba» ((GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., p. 258).

¹¹¹ GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., pp. 259 y ss..

caso, el órgano judicial competente para la tramitación de la fase intermedia es el mismo que ostenta la competencia para el enjuiciamiento: la AP¹¹².

En cambio, para aquellos que defienden la distinción entre prueba anticipada y prueba preconstituida en base a las razones por las que no se puede practicar en el juicio oral, la práctica anticipada es posible durante las tres fases procesales, mientras que la preconstitución probatoria se limitaría a la fase de instrucción –pues ahí donde se presentan las diligencias de investigación de imposible repetición en el juicio oral–.

El problema que se deriva de la aceptación de esta postura es la posibilidad de que sea el Juez instructor quien practique la prueba. Por ello, parte de la doctrina introdujo el término de prueba anticipada en sentido impropio –la efectuada por el Juez de instrucción–, en contraposición a la prueba anticipada en sentido propio –practicada por el Juez sentenciador–¹¹³. No obstante, esta postura continúa siendo la más aceptada actualmente¹¹⁴.

Tanto el TS como el TC, han sentado la doctrina jurisprudencial en torno a los requisitos para la anticipación probatoria. Son: requisito material –que se refieran a actividades que no puedan llevarse a cabo en el acto del juicio oral–, el subjetivo –necesaria intervención de la autoridad judicial, sea el Juez de Instrucción o el Juez sentenciador– y, por último, el objetivo –respeto al principio de contradicción–¹¹⁵.

¹¹² MARTÍN BRAÑAS, «La prueba anticipada en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núm. 1-3, pp. 471-554.

¹¹³ Uno de los autores simpatizantes de esta postura es MARCA MATUTE, quien, además, denomina «prueba prefabricada» a la anticipada en sentido impropio, «habida cuenta que es un órgano jurisdiccional distinto del enjuiciador quien procede a la práctica de la prueba antes del juicio, aportándose su resultado al acto del plenario en el que el órgano enjuiciador ve limitada su posibilidad de interrelacionarse con la prueba». En cuanto a la prueba anticipada en sentido propio entiende que se trata de una prueba «prepracticada, ya que es el propio órgano de enjuiciamiento quien procede a practicar la prueba, interrelacionándose plenamente con la misma, si bien en un momento temporal anterior al acto del plenario» (MARCA MATUTE, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.). *Estudios sobre prueba penal*. Vol. III... op. cit., p. 212).

¹¹⁴ También MAGRO SERVET es partidario de esta, quien entiende que la prueba anticipada se corresponde con aquella prueba de «irreproductibilidad sobrevenida», mientras que la preconstituida es aquella cuya irreproductibilidad es originaria (MAGRO SERVET, *Guía de problemas prácticos y...* op. cit., pp. 31 y ss.).

¹¹⁵ MARCA MATUTE, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.). *Estudios sobre prueba penal*. Vol. III..., op. cit., p. 213).

Por tanto, debe entenderse que la única diferencia ente la práctica de la prueba anticipada y la practicada en el juicio oral es su anticipación temporal. Así, la práctica de la prueba anticipada debe respetar íntegramente los cuatro principios vigentes en materia probatoria (inmediación, oralidad, contradicción y publicidad), siendo que el único principio que se ve perjudicado sea el de concentración. No obstante, para respetar el principio de publicidad es suficiente con que se respete la publicidad interna¹¹⁶. Asimismo, para aquellos que admiten la existencia prueba anticipada sumarial, la inmediación presenta una doble manifestación: inmediación directa por parte del Juez instructor e inmediación indirecta por parte del Juez sentenciador.

¹¹⁶ GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., p. 261.

III.- LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

1.- CONCEPTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

El concepto de prueba preconstituida constituye uno de los elementos más complejos del proceso penal –no así en otros procedimientos, donde este tipo de prueba no goza de mayor trascendencia–, y esto se debe, en parte –y añadido a la complejidad de su estructura–, a la existencia de un enorme vacío legal que engloba, de forma general, todo lo relativo a esta cuestión. Es, por tanto, necesario, para fijar un concepto riguroso sobre la prueba preconstituida, acudir tanto a las posiciones adoptadas por la doctrina como por la jurisprudencia.

La complejidad de este concepto se manifiesta también en la falta de unanimidad doctrinal en torno a su concreción. Si bien son diversos los autores que han trabajado el tema de la preconstitución probatoria, no se ha alcanzado una posición unificada en cuanto a este. Más bien al contrario, las variadas posiciones doctrinales son difusas y, en gran parte, caóticas.

En consecuencia, la construcción de este concepto ha seguido unas líneas diferenciadas en función de quién ha considerado el tema. Las distintas posturas adoptadas podrían clasificarse, a grandes rasgos, en tres bloques diferenciados:

1. El primer grupo se identifica con la parte de la doctrina que no distingue entre prueba anticipada y prueba preconstituida. Para este sector doctrinal, ambos conceptos son sinónimos y se refieren a toda prueba que no ha podido practicarse en el acto del juicio oral, sin incidir en cuáles son las razones por las que se ha imposibilitado su práctica en el momento procesal oportuno.
2. Una segunda postura defiende que la prueba preconstituida es toda prueba que se ha practicado previamente a la fase del juicio oral en sentido amplio (tanto en la fase de instrucción como en la fase intermedia), sin profundizar en los distintos procedimientos seguidos y las causas que han llevado a practicar la prueba con antelación al procedimiento ordinario.

3. El tercer grupo doctrinal concibe la idea de la prueba preconstituida de una forma más elaborada, de modo que profundizan tanto en los motivos que han provocado la preconstitución de la prueba como en las correspondientes garantías que rigen el procedimiento a seguir en el ámbito de la preconstitución probatoria.

No obstante esta distinción, dentro de cada uno de los bloques que he diferenciado tampoco ha sido posible lograr un consenso absoluto, si bien las diferencias se presentan respetando la idea general del sector doctrinal en el que se incluyen.

La equivalencia entre prueba anticipada y prueba preconstituida¹¹⁷ es defendida por un sector minoritario de la doctrina, en tanto que aquellos autores que han ahondado con mayor profundidad en el tema las diferencian en base a alguno de los criterios expresados anteriormente. Esto no significa que, para los partidarios de esta postura, ambos tipos de pruebas se rijan por idénticas garantías y requisitos, sino que mantienen una idea superficial en torno a la antelación de la práctica probatoria, por lo que la distinción entre una y otra prueba la perciben de forma difusa¹¹⁸. Ello no es óbice para que, dentro de la excepcionalidad de la práctica adelantada de las pruebas, no distingan entre aquellas que se «preconstituyen o anticipan» debido a la imposibilidad material de que la actividad concreta pueda desarrollarse en el juicio oral o por la previsión de que, por circunstancias ajenas al medio de prueba, no vaya a ser posible su práctica posterior¹¹⁹. En conclusión, parece que la asimilación entre una y otra la sostienen debido a la falta de claridad de ambos conceptos.

¹¹⁷ Se puede incluir en este sector a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, quien afirma: «Asimismo, excepcionalmente, cuando las diligencias de investigación son de imposible o muy difícil reproducción en el Juicio Oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida». De tal afirmación se puede apreciar que no da un carácter diferenciado a una y otra figura, sino que asimila ambos tipos de prueba (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial», *Diario la Ley*, núm. 8487, 2015, pp. 1-27).

¹¹⁸ No obstante, presta atención a las garantías que deban respetarse para que tales medios puedan adquirir valor probatorio. (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial», *Diario la Ley*, núm. 8487, 2015, pp. 1-27).

¹¹⁹ Asimismo, cuando da el mismo tratamiento a las pruebas de alcoholemia o los supuesto de fallecimiento, peligro de muerte o ausencia de un testigo o perito como «diligencias sumariales de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral», sin distinguir si configurarían prueba anticipada o preconstituida (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial», *Diario la Ley*, núm. 8487, 2015, pp. 1-27).

La segunda postura doctrinal se refiere a aquella en la que la prueba adquiere la condición de preconstituida en función a la fase procesal en la que se practique. De forma que todas las pruebas que se hayan practicado previamente al inicio de la fase del juicio oral en sentido amplio (que no al mismo acto del juicio) son consideradas como prueba preconstituida. Por tanto, reservan el carácter de prueba anticipada para aquellas pruebas que se han de practicar una vez abierta la fase del juicio oral pero de forma previa al inicio de las sesiones¹²⁰.

Conforme a la doctrina mayoritaria, y de forma abreviada, se entiende por prueba preconstituida aquella que, como consecuencia de su propia naturaleza, no puede ser practicada en la sesión del juicio oral, sino que se corresponde con aquellos actos que han de ser practicados de forma previa—principalmente en la fase de instrucción, si bien es posible su preexistencia previa al inicio del proceso— sin que exista la posibilidad, dada la naturaleza propia del medio de prueba, de reproducirlos de forma exacta en el juicio oral. Estos actos, diligencias de investigación, son susceptibles de alcanzar valor probatorio siempre que se cumplan los requisitos y garantías tanto legales como constitucionales. Es ahí, por tanto, donde se concibe la llamada prueba preconstituida, que, sin ser una prueba practicada en el juicio oral —y como excepción—, podrá tenerse presente como prueba de cargo a la hora de fundamentar una sentencia de condena.

GIMENO SENDRA define la prueba preconstituida de la siguiente forma: *«prueba documental, que puede practicar el Juez de Instrucción y su personal colaborador (Policía Judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización del juicio*

¹²⁰ GUZMÁN FLUJA entiende que todas las pruebas practicas previamente a la apertura del juicio oral, serán pruebas preconstituidas. En este sentido, sostiene que en ningún caso se podrán practicar pruebas cuando todavía no se ha abierto la fase del juicio, debido a que no se puede proceder a probar algo si no se tiene la certeza de que se ha de probar (no se sabe si se va a proceder a la apertura del juicio oral y, por tanto, no se tiene conocimiento sobre si la prueba es necesaria o no). Además, atendiendo al principio de aportación de parte, las pruebas deben ser solicitadas por las partes procesales, de modo que no podrán considerarse pruebas anticipadas aquellas que han sido practicadas durante la instrucción, pues su práctica se ha realizado de oficio al no haberse formalizado la acusación y, con ello, aportado los escritos correspondientes con las debidas proposiciones de prueba, de modo que sostiene que los actos realizados en la fase de instrucción no son más que actos de preconstitución de las fuentes de prueba, tendentes a asegurar tales fuentes para su posterior introducción al juicio oral. Asimismo, entiende que el objeto de la preconstitución probatoria no son los medios de prueba, sino las fuentes de prueba que, posteriormente, serán introducidas en el juicio oral para que gocen de todo su valor procesal como pruebas de cargo. (GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución...* op. cit., pp. 285 y ss.).

oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba, que, bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la posibilidad de contradicción, posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos (art. 730), como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena»¹²¹.

No obstante, la idea reflejada en esta definición sobre que la prueba preconstituida es una prueba documental es ampliamente criticable. En mi opinión, calificarla como tal es un error. En este sentido es necesario diferenciar los medios de prueba de las fuentes de prueba. La prueba preconstituida es una prueba, del tipo que sea, que se introduce al juicio oral mediante documento, debido a la imposibilidad de reproducción de la misma. Por tanto, lo que se trata es de una prueba que se práctica de forma directa por el Juez instructor, preconstituyendo la fuente de prueba que se ha de introducir al juicio oral para su valoración por parte del Juez o Tribunal sentenciador, quienes aprecian la prueba de forma indirecta¹²². No obstante, si bien la idea defendida por GIMENO SENDRA y la que intento transmitir aquí sobre este tipo de prueba es, en el fondo, equivalente, pienso que afirmar una u otra cosa varía considerablemente el concepto de la prueba preconstituida.

Las características propias de la prueba preconstituida las ha ido conformando la doctrina jurisprudencial del TC, que ha ido evolucionando hasta llegar a la construcción actual. El punto de partida lo constituye la citada STC 31/1981, en la que se constituye la regla general: únicamente las pruebas practicadas en las sesiones del juicio oral, con respeto a los principios vigentes en materia probatoria, podrán ser valoradas a la hora de fundamentar una sentencia. Con todo, la doctrina constitucional ha ido matizando esta cuestión, configurando el supuesto atípico del valor probatorio de las diligencias sumariales. Así, esta evolución jurisprudencial se evidencia en los consecutivos pronunciamientos del Tribunal: empezando por un pequeño matiz a la STC del 81, al añadir que ‘normalmente’ las pruebas practicadas en el juicio son las únicas que pueden

¹²¹ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67.

¹²² También en este sentido se pronuncia MORENO CATENA al señalar que «las fuentes de investigación adquiridas para la instrucción son potenciales fuentes prueba para el juicio oral» (MORENO CATENA, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 416).

fundar el sentido sentencia; y llegando a concretar esa excepción a través de la prueba preconstituida o anticipada¹²³. Un hito importante en esta evolución se corresponde con la STC 137/1988¹²⁴, donde se justifica la posibilidad de otorgar valor probatorio de forma anticipada o preconstituida en la búsqueda de la verdad material inherente al proceso penal.

En conclusión, la jurisprudencia admite la preconstitución de las pruebas en los casos en los que se imposibilite la reproducción en el juicio oral de aquellos actos de investigación necesarios para alcanzar la verdad material. Y establece las garantías que han de cumplirse para ello: deben respetarse en la medida de lo posible los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción y, asimismo, se condiciona a la introducción en el juicio oral mediante la lectura de los documentos que los reflejen¹²⁵.

No se distancia mucho el concepto que se manifiesta en el ordenamiento jurídico español del que presentan otros países europeos, no obstante, una de las grandes diferencias que

¹²³ PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en...* op. cit. pp. 214 y ss..

¹²⁴ «Es doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 31/1981, de 28 de julio -recurso de amparo 113/1980-, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia aquellas a las que se refiere el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, las practicadas en el juicio oral. En efecto, conforme a lo que se declara en su propia exposición de motivos, la citada ley, frente al sistema inquisitivo precedente, introdujo en nuestro ordenamiento procesal penal los principios de publicidad, oralidad e inmediación, que en la actualidad no sólo constituyen elementos consustanciales del sistema acusatorio en que se inscribe nuestro proceso, sino que tienen el valor que les otorga el reconocimiento constitucional efectuado en el art. 120.1 y 2 de la Norma Fundamental. Conforme a ellos, el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes [...]. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L. E. Cr.) y que, como se advierte en la citada STC 101/1985, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. De acuerdo con la regulación contenida en el título V del libro II de la L. E. Cr., distinta de la que se refiere al modo de practicar la prueba en el juicio oral (título III del libro III de la propia L. E. Cr.), su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados por el artículo 730 de la Ley Procesal Penal, conforme ha declarado ya este Tribunal en la STC 62/1985, de 10 de mayo. Esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa» (STC 137/1988).

¹²⁵ PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en...* op. cit. pp. 214 y ss..

se aprecian, en torno a la preconstitución probatoria, entre gran parte de los países europeos y España se refleja en lo relativo a la preconstitución de la prueba en sí misma, más que en su posterior incorporación al propio juicio oral. Esto se debe a que son varios los estados europeos que han otorgado la dirección de la instrucción al Ministerio Público¹²⁶, con lo cual, resulta evidente que dicha figura gozará de mayor presencia y atribuciones en relación a la prueba preconstituida, restándole, así, importancia a la figura del propio Juez. Con todo, estos países en los que se ha instaurado un sistema penal en el que la fase de Instrucción se le concede al Ministerio Público¹²⁷, también otorgan ciertas facultades a los propios Jueces, si bien con una presencia mucho menor que en España, en atención a aquellas diligencias que inciden en derechos fundamentales, pues, en ese caso, al Ministerio Público no se le reconocen competencias de actuación, siendo necesaria, por tanto, la presencia judicial.

2.- REQUISITOS PARA LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA Y SU POSTERIOR INCORPORACIÓN AL JUICIO ORAL

Existe una amplia jurisprudencia del TC que ha ido, paulatinamente, fijando los requisitos exigidos para que las diligencias instructorias puedan alcanzar valor probatorio. En cuanto al alcance de unos y otros requisitos, es necesario diferenciar aquellos que van dirigidos a este tipo de prueba en general de aquellas exigencias específicas de las distintas clases de prueba preconstituida que se prevén: la judicial y la policial¹²⁸.

¹²⁶ Se afirma que en numerosos países de Europa la Instrucción se concede a la figura del Ministerio Fiscal, «*el cual ejerce una dirección activa de la investigación desarrollada por la Policía Judicial*», con lo cual las diligencias practicadas por la Policía Judicial ya no de forma autónoma, son ordenadas y controladas por el Ministerio Público, siendo, así, que la presencia del Juez en la Instrucción es mínima en estos países (REYES LÓPEZ, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*, 2015, p. 229).

¹²⁷ Países como Alemania, Italia o Portugal han instaurado este sistema penal. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, y muchos otros, considera que también en España se debería otorgar la dirección de la Instrucción al Ministerio Fiscal, entendiéndolo que son enormes los beneficios que se desprenderían de ello y, asimismo, compara el ordenamiento jurídico español con los ordenamientos de los tres países mencionados previamente –Alemania, Italia y Portugal–, en tanto que son «*países tan cercanos a nuestra cultura jurídica*», que mediante su ejemplo se pueden observar las ventajas que supondría instaurar ese mismo modelo en España (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, 2006, p. 22).

¹²⁸ En este sentido, GIMENO SENDRA confecciona una clasificación sobre las distintas pruebas que pueden alcanzar valor preconstituido:

Así, los requisitos generales para que esta prueba alcance valor son que ha de tratarse de actuaciones, en principio, imposibles de ser practicadas en el acto del juicio oral, intervenidas por la autoridad judicial, con el debido respeto al principio de contradicción –sin el cual nunca se podrá apreciar el valor de una prueba, pues supone una garantía esencial tanto para las partes, en especial referencia al derecho de defensa del acusado, como para el sistema procesal penal– y, finalmente, se requiere la oportuna repetición en el juicio oral mediante la lectura de los documentos que acrediten el contenido de la prueba o la ratificación de las personas que la han confeccionado.

2.1. REQUISITOS PARA LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA

a) Prueba preconstituida policial

Tal y como afirma VARELA GONZÁLEZ¹²⁹, las funciones propias de la Policía Judicial fueron atribuidas en una época relativamente cercana, ampliándose las funciones ya vinculadas a la misma Policía, de forma que la regulación de sus competencias tampoco es lejana en el tiempo. En efecto, entiende que su construcción actual se debe, principalmente, a la propia Constitución de 1978 (art. 126 CE)¹³⁰. Es ahí de donde se

A) “Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención: métodos alcoholimétricos; grabaciones de videovigilancia; análisis sobre estupefacientes; inspecciones corporales; y la geolocalización.

B) Prueba preconstituida de la Policía Judicial con control judicial: circulación y entrega vigilada de drogas; escuchas telefónicas; intervenciones de los datos electrónicos de tráfico; y gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

C) Prueba preconstituida del Juez de Instrucción: la recogida y conservación del cuerpo del delito; el reconocimiento judicial; las inspecciones e intervenciones corporales; la entrada y registro; y la intervención de las comunicaciones”.

Así, además de clasificarlas según la autoridad –judicial o policial– que haya realizado las diligencias, distingue también, dentro de la prueba preconstituida policial, que esta se haya llevado a cabo autónomamente por iniciativa de la Policía Judicial –esto es, actuaciones preventivas– o que se haya realizado siguiendo las órdenes de la autoridad judicial (GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*, 2015, pp. 212-213).

¹²⁹ VARELA GONZÁLEZ, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*, 2015, p. 81.

¹³⁰ Constitución Española, 1978.

Artículo 126. La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca.

desprenden tanto sus funciones en la investigación del delito, lo que conecta, necesariamente, con sus facultades en relación a la preconstitución probatoria, y, asimismo, su sujeción a la autoridad judicial. Se refleja, así, la gran trascendencia del papel de la Policía Judicial en el proceso penal¹³¹.

Es la misma LECrim, en el Título III –de la Policía Judicial– del Libro II –del sumario– la Ley que ha desarrollado el presupuesto constitucional. Así, recoge una regulación más profunda de las funciones de la Policía Judicial en el desarrollo del sumario (arts. 282¹³² a 298 LECrim). Y, además, en el ámbito del procedimiento abreviado (arts. 769 a 773 LECrim, tanto para la Policía Judicial como para el Ministerio Fiscal) y del procedimiento para el enjuiciamiento rápido (art. 796 LECrim).

Conforme a la regulación contenida en la Ley, la intervención de la Policía Judicial en la investigación de los delitos se caracteriza por la presencia de dos competencias diferenciadas: por un lado, la función de investigación; por otro, la de aseguramiento del cuerpo del delito y todos los objetos relacionados con este que sirvan para probar la realidad y circunstancias del hecho delictivo¹³³. Por tanto, ahí mismo se manifiesta el fundamento jurídico de la participación de la Policía Judicial en la preconstitución de la prueba penal¹³⁴.

¹³¹ «Como judicial que es, la Policía que lleva ese apelativo realiza sus funciones encaminadas a posibilitar el proceso penal, lo que supone que, como tal, no realiza funciones extraprocesales –ni intrapoliciales, ni gubernativas– de ningún tipo» (VARELA NÚÑEZ, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*, 2015, p. 189).

¹³² Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 282. La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

¹³³ VARELA GONZÁLEZ, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para... op. cit.*, p. 84.

¹³⁴ En efecto, el mismo GIMENO SENDRA afirma que, conforme a estas normas, la Policía Judicial está «constitucionalmente legitimada para generar actos de prueba preconstituida» (GIMENO SENDRA, en:

En numerosas ocasiones, esta se refiere a actos que no constituyen propiamente actos instructorios, sino a las diligencias propias de la llamada instrucción preliminar. En este sentido, GIMENO SENDRA diferencia entre unas y otras diligencias policiales en función a las razones que posibilitan su práctica, entendiendo que las diligencias policiales de prevención se corresponden con aquellas que sean motivadas por «razones de urgencia que imposibiliten la intervención de la autoridad judicial» y, en cambio, serán ordenadas por la autoridad judicial las que «por incidir en el libre ejercicio de determinados derechos fundamentales exigen la autorización previa y el adecuado control judicial¹³⁵».

a.1. De las diligencias policiales de prevención

Ya se ha adelantado que se refiere a aquellas actuaciones que, por razones de urgencia, no pueden demorarse el tiempo necesario para lograr la intervención judicial, sino que deben ser desarrolladas en el justo momento en que nace la necesidad de practicarlas. En nuestro ordenamiento jurídico se integran dentro de estas la recogida del cuerpo del delito, por razones de urgencia, los métodos de detección alcohólica, los análisis sobre estupefacientes, las grabaciones de vídeo-vigilancia, las inspecciones corporales, la geolocalización y, además, la entrada y registro policial en caso de flagrante delito¹³⁶.

a.1.1. Métodos de detección alcohólica

SALVADOR CONCEPCIÓN identifica la prueba de los métodos de detección alcohólica en el proceso penal con la posibilidad de comisión de un delito contra la Seguridad

GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 212).

¹³⁵ GIMENO SENDRA, «La prueba preconstituida de la Policía Judicial», *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67.

¹³⁶ GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 213.

Vial¹³⁷. Por tanto, la necesidad de esta prueba en la jurisdicción penal se desprende de tal posibilidad.

No voy a entrar, aquí, en la regulación penal sobre los delitos contra la Seguridad Vial, pues no es esta la finalidad de este trabajo. No obstante, sí considero necesario reseñar las tasas de alcohol que configuran el tipo penal. Así, incurrirá en la comisión del delito del art. 379 CP¹³⁸ quien «*condujere un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas*» y, en todo caso, se entenderá que se conduce bajo tal circunstancia cuando, tras la práctica de la prueba de alcoholemia, el conductor refleje una tasa de alcohol superior a 0,60mg/l en aire espirado o superior a 1,2g/l en sangre. En consecuencia, una persona podrá incurrir en la comisión de este delito cuando, aun sin reflejar las tasas de alcohol indicadas, la autoridad policial aprecie la conducción bajo la influencia de alcohol de forma manifiesta. No obstante, lo que concierne al objeto de este trabajo se refiere a aquellos supuestos en los que se llega a practicar dicha prueba de alcoholemia para, posteriormente, ser incorporada a un proceso penal.

En este sentido, GIMENO SENDRA sostiene: «*Por métodos alcoholimétricos cabe entender los actos de prueba preconstituida, de carácter pericial, que se adoptan en el curso de una detención o privación momentánea de la libertad deambulatoria y que, a través de una medición en el aliento o mediante una intervención corporal del imputado, permiten determinar el grado de alcohol ingerido*¹³⁹».

¹³⁷ SALVADOR CONCEPCIÓN, «Cuestiones relevantes de la prueba de alcoholemia en el proceso penal». *Revista de Derecho UNED*, 2013, núm. 13, pp. 391-436.

¹³⁸ Código Penal, 1995.

Artículo 379. 2. [...] En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

¹³⁹ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguret pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67.

La regulación procesal en esta materia no fue introducida en la LECrim hasta el año 2002¹⁴⁰. Tal regulación se recoge en el art. 796.1 VII¹⁴¹, modificado por la LO 5/2010. Esta normativa remite, para la práctica de estas pruebas, a la legislación en materia de seguridad vial. Con todo, recoge unos mínimos que han de respetarse en toda práctica: la autoridad competente para el desarrollo de estas pruebas será la Policía Judicial de tráfico o, en su caso, la autoridad sanitaria cuando se solicite prueba de contraste¹⁴². Además, practicadas las pruebas, se deben enviar al correspondiente Juzgado de guardia cuando resulte necesario.

Las garantías que se han establecido en torno a la práctica de estas pruebas son diversas. En relación a esto, PÉREZ MARÍN apunta ciertas exigencias a ellas: «*los aparatos de detección del alcohol mediante el aire espirado, han de ser los autorizados oficialmente*», de modo que no tendrán ningún valor procesal los resultados que reflejen otra clase de mecanismos técnicos; se recoge la garantía adicional de realizar una nueva prueba, pasados diez minutos desde la primera, con el objetivo de reafirmar el resultado anterior; asimismo, se exige que la prueba «*esté rodeada de las máximas garantías de fiabilidad*» debido a su imposibilidad de reproducción en el juicio oral¹⁴³.

¹⁴⁰ A través de la modificación esgrimida por la Ley 38/2002, que «*ha otorgado, mediante su inclusión en la LECr, carta de naturaleza procesal a tales medios*» (GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67).

¹⁴¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 796. 1. [...] 7.^a La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial.

Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la Policía Judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Cuando se practicaren estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.

¹⁴² En lo relativo a las pruebas de contraste hay que tener en cuenta que los gastos que ocasione correrán a cargo del solicitante, no obstante, le podrán ser devueltos si el resultado le es favorable (PÉREZ MARÍN, «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal», *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24).

¹⁴³ PÉREZ MARÍN, «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal», *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24.

A mayores de la posible comisión de un delito contra la Seguridad Vial, el CP recoge consecuencias penales ante la posible negativa del conductor a someterse a las pruebas referidas¹⁴⁴. Sin embargo, la comisión de este delito exige la existencia de dolo por parte del delincuente¹⁴⁵. Hay que entender que las pruebas permitidas legalmente son de dos tipos, mencionadas previamente: los análisis sanguíneos, o de otra naturaleza, y el sometimiento al control en aire espirado. Lo que conlleva una obligación para todo ciudadano, por lo que será su negativa la que posibilite una infracción administrativa o, incluso, la comisión del tipo penal del art. 383 CP. Con todo, por tratarse de una práctica que puede incidir en el derecho a la intimidad, su sometimiento debe ser voluntario¹⁴⁶, sin que se posibilite en ningún caso el sometimiento mediante el uso de la fuerza física o la coacción.

Una de las mayores problemáticas que se desprende de este tipo de pruebas se debe al posible choque con ciertos derechos constitucionales. Así, los métodos de detección alcohólica pueden ser contrarios a los derechos constitucionales a la integridad física, la libertad personal, la intimidad personal y los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable o a guardar silencio¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Código Penal, 1995.

Artículo 383. El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

¹⁴⁵ SALVADOR CONCEPCIÓN, «Cuestiones relevantes de la prueba de alcoholemia en el proceso penal», *Revista de Derecho UNED*, 2013, núm. 13, pp. 391-436.

¹⁴⁶ PÉREZ MARÍN, «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal», *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24.

¹⁴⁷ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67 / DÍAZ REVORIO, «La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: el análisis desde la perspectiva constitucional», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2000, núm. 4, pp. 121-168 / SALVADOR CONCEPCIÓN, «Cuestiones relevantes de la prueba de alcoholemia en el proceso penal», *Revista de Derecho UNED*, 2013, núm. 13, pp. 391-436.

Existe una amplia jurisprudencia constitucional que ha tratado las posibles confrontaciones entre estos métodos y los derechos constitucionales, si bien el TC solamente acepta una posible vulneración a la presunción de inocencia¹⁴⁸.

En opinión de DÍAZ REVORIO, la posible confrontación con el derecho a la integridad física no constituye una realidad y así lo sostiene al referirse a la regulación actual de estos métodos alcoholímetros que, en su gran mayoría, se realizan a través de una prueba en aire espirado¹⁴⁹. Con todo, expone que tal confrontación, como reconoce el propio TC, podría producirse en los supuestos de análisis de sangre, no obstante, sostiene que se trata de una «*injerencia mínima en la integridad física*», por lo que «*siempre que la decisión judicial cumpla con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional (previsión legal, fin legítimo, proporcionalidad, no afectación a la dignidad de la persona ni a la salud)*» no se plantearían problemas de constitucionalidad¹⁵⁰.

En lo concerniente a no declarar contra uno mismo o a no confesarse culpable, la STC 103/1985 niega la posible confrontación entre estos y la obligación de someterse a las pruebas de alcoholemia, en cuanto no se impone la obligación de manifestar algo, sino simplemente la de prestar colaboración para la práctica de esta diligencia¹⁵¹.

En cuanto a la posible afectación a la intimidad personal, esta podrá referirse a dos supuestos distintos: por un lado, como una vulneración a la intimidad corporal; por otro, como una intromisión a la misma intimidad personal al ser revelados ciertos datos

¹⁴⁸ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67.

¹⁴⁹ «*Tal y como están reguladas actualmente las pruebas de alcoholemia, la cuestión de la supuesta afectación de las mismas al derecho a la integridad física es la que menos problemas plantea de cuantas vamos a analizar, y debe resolverse en sentido negativo. Hay que recordar que en la legislación actual las pruebas consisten normalmente en la verificación de aire espirado, y por lo tanto no plantean duda alguna de intromisión en la integridad física de la persona afectada*» (DÍAZ REVORIO, «La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: el análisis desde la perspectiva constitucional», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2000, núm. 4, pp. 121-168).

¹⁵⁰ DÍAZ REVORIO, «La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: el análisis desde la perspectiva constitucional», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2000, núm. 4, pp. 121-168.

¹⁵¹ «No se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia» (PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en... op. cit.* p. 131).

concernientes a la esfera de privacidad del afectado. Sin embargo, como se ha adelantado, el TC ha refutado ambas argumentaciones. La primera por considerar que para que exista intromisión en la intimidad corporal esta debe afectar a partes del cuerpo que «*de acuerdo con el criterio cultural existente en un momento dado sobre el pudor, pueden considerarse íntimas*». En el caso de la intimidad personal, manifiesta que para producirse esa intromisión las medidas adoptadas deben carecer de una «*justificación objetiva y razonable*¹⁵²».

Conforme a la naturaleza de los medios de detección alcohólica, hay que señalar que se tratan de medios de investigación que por sí mismos no tienen fuerza probatoria. Con todo, ya se ha adelantado que estas diligencias pueden adquirir valor probatorio siempre que se practiquen respetando las garantías referidas anteriormente y se introduzcan en el juicio oral. La incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos tras los test de alcoholemia se realiza mediante el atestado¹⁵³. Sin embargo, tampoco el atestado alcanzará valor probatorio por sí mismo, por lo que es necesario que su incorporación al juicio oral cumpla con determinados requisitos.

La jurisprudencia constitucional también se ha referido a la prueba de alcoholemia, así la STC 100/1985 le atribuye la condición de prueba preconstituida pericial¹⁵⁴, si bien se establece la exigencia de que el atestado que la documente sea ratificado en el juicio oral.

¹⁵² DÍAZ REVORIO, «La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: el análisis desde la perspectiva constitucional», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2000, núm. 4, pp. 121-168.

¹⁵³ PÉREZ MARÍN, «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal», *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24.

¹⁵⁴ «En este caso, aun dejando claro que el atestado debe ser en el correspondiente ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de la denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías» (PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en... op. cit.* p. 131).

a.1.2. Análisis de estupefacientes

Los análisis de estupefacientes constituyen otra de las funciones preventivas de la Policía Judicial. No obstante, a diferencia de los controles de alcoholemia, los agentes policiales deben justificar la necesidad de estos análisis. En efecto, la regla general implica que estas diligencias sean ordenadas por el Juez de Instrucción, para así trasladar las sustancias que han de ser analizadas al laboratorio oficial encargado de estas tareas (el Instituto de Toxicología o el Instituto de Medicina Legal)¹⁵⁵.

La contraposición a la regla general se manifiesta en el curso del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de los delitos. Así, la Ley legitima a la Policía Judicial para practicar esta diligencia por razones de urgencia, sin sobrepasar el tiempo de la detención (art. 796.1 VI LECrim¹⁵⁶). Sin embargo, se ha establecido la preferencia de que los análisis sean practicados por los laboratorios oficiales, de modo que, tal y como manifiesta la Ley, la facultad de la Policía Judicial está condicionada a la imposibilidad de que estos laboratorios puedan realizar el análisis sin exceder de la duración de las diligencias policiales de prevención. En este sentido, la posibilidad de preconstitución de la prueba policial en torno a los análisis de estupefacientes es, en principio, limitada.

En cuanto a la remisión de las sustancias al Instituto de Toxicología o al de Medicina Legal, se prevé la posibilidad de remitirlas de forma directa tanto en el Real Decreto 769/1987, sobre regulación de la Policía Judicial¹⁵⁷, como en la LECrim. Asimismo,

¹⁵⁵ GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., pp. 221 y ss..

¹⁵⁶ Ley de enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 796. 1. VI. Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado y remitirán el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora en el que se hayan citado a las personas indicadas en las reglas anteriores. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo, la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo.

¹⁵⁷ En tal norma se entiende suficiente que las sustancias aprehendidas estén a disposición judicial, sin ser imprescindible depositarlas en el Juzgado de guardia (GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., pp. 222 y ss.).

también la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de esta cuestión, considerando que la remisión directa no es solo una posibilidad, sino que es precisa¹⁵⁸.

Con todo, estos análisis únicamente tienen el valor de denuncia, en principio, estando condicionada la adquisición de valor probatorio a las exigencias propias de la prueba preconstituida. Al tratarse una diligencia que la Policía únicamente puede practicar en el curso de las diligencias urgentes del enjuiciamiento rápido, resulta más difícil alcanzar valor de prueba preconstituida.

a.1.3. Inspecciones corporales: el registro corporal externo

Dentro de las diligencias policiales de prevención, la única facultad que se le concede a la Policía Judicial en relación a las inspecciones corporales se corresponde con el registro corporal externo¹⁵⁹. Es el llamado ‘cacheo’. En este sentido, la jurisprudencia del TS acepta la actuación preventiva de la Policía Judicial cuando estos registros no incidan en derechos fundamentales¹⁶⁰. Conforme a la definición ofrecida por GIMENO SENDRA, se entiende como tal *«la inspección corporal que, previa privación momentánea del derecho a la libertad de un sospechoso y sin ser constitutiva de una detención policial, puede efectuar la policía judicial, con el único objeto de proceder a su registro externo y recoger el cuerpo del delito¹⁶¹»*.

¹⁵⁸ Diversas SSTs sostienen que resulta conveniente configurar como práctica general la remisión directa de las sustancias a los Institutos oportunos para su correspondiente análisis. El TS entiende que estas sustancias permanecerán siempre a disposición judicial, «sin necesidad de que se depositen materialmente en los Juzgados» (GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 222).

¹⁵⁹ «Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están habilitado para llevar a cabo registros corporales superficiales, como parte de sus atribuciones en el ámbito de la prevención e investigación de los delitos» (MATAMOROS MARTÍNEZ, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*, 2015, p. 378).

¹⁶⁰ Esto es, aquellas que no invadan la intimidad del investigado. Por lo tanto, únicamente se legitima la actuación policial preventiva de los registros corporales externos, sin que sean posibles otros tipos de inspecciones corporales.

¹⁶¹ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67.

El fundamento jurídico de esta diligencia lo otorga la LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana. Tal y como se expone en el preámbulo de la Ley, «*la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica*». En consecuencia, para garantizar la seguridad ciudadana, elemento esencial en todo Estado de Derecho, se habilitan tres mecanismos: «*un ordenamiento jurídico adecuado*», «*un Poder Judicial que asegure su aplicación*» y «*unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad eficaces en la prevención y persecución de las infracciones*»¹⁶².

En el art. 20¹⁶³ de la LO 4/2015 se recogen las garantías que se deben respetar en la práctica de esta diligencia. En primer lugar, la Ley exige que existan «*indicios racionales*» de que su práctica conduzca al descubrimiento de ciertos elementos relevantes para la investigación. A mayores: el registro debe ser realizado por un agente del mismo sexo y, cuando exhiba partes del cuerpo que normalmente están cubiertas, en un sitio apartado y alejado de la vista de terceros. Asimismo, esta diligencia debe cumplir con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En cuanto a la finalidad de estas diligencias, ya se ha adelantado que se identifica con el de «*recoger el cuerpo del delito*». Así, la naturaleza de esta diligencia no es más que la de un acto de investigación, no obstante, la relevancia probatoria se desprende de aquellos cacheos en los que se proceda a recoger el cuerpo del delito.

¹⁶² LO 4/2015, de 30 de Marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana (preámbulo).

¹⁶³ LO 4/2015, de protección de la Seguridad Ciudadana.

Artículo 20. 1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.

b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

a.1.4. Grabaciones de videovigilancia

Tanto la jurisprudencia del TC como la del TS ha acogido de forma positiva las grabaciones de videovigilancia como medios prueba, siempre que en la filmación de las imágenes se respeten las garantías y normas procesales y entendiendo que no afectan a los derechos fundamentales las grabaciones de circunstancias presuntamente delictivas. Así, han conformado una serie de requisitos necesarios para que estas grabaciones alcancen valor probatorio.

Así, los requisitos propios de esta para la preconstitución de esta prueba son: necesario control judicial acerca de la licitud de la grabación; puesta a disposición judicial del material grabado en un lapso de tiempo breve; aportación de los soportes originales y del material íntegro y el control de su autenticidad¹⁶⁴. Con todo, debe tenerse en cuenta que estos requisitos únicamente son necesarios para que las grabaciones puedan ser aportadas al juicio oral como prueba de cargo, por tanto, la ausencia de alguno de ellos no resta valor de investigación a las grabaciones, con lo cual, de una forma u otra, estas grabaciones gozarán de cierta eficacia procesal.

Asimismo, en el año 1997 se otorgó a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la facultad para instaurar cámaras de vídeo en zonas públicas con el objetivo de «*garantizar la seguridad ciudadana y prevenir la comisión de delitos*»¹⁶⁵. En efecto, la Policía Judicial tiene competencia suficiente para instalar estos medios de captación de imágenes cuando afecten a lugares públicos, no obstante, necesitará autorización judicial cuando el objeto de las grabaciones incida en la propiedad privada o intimidad de los investigados, debido a su confrontación con ciertos derechos fundamentales. Además, también debe respetar el principio de proporcionalidad inherente a todos los medios de investigación

¹⁶⁴ GIRALDO PÉREZ, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*, 2015, pp. 275-276.

¹⁶⁵ GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 217.

que inciden en derechos del investigado. Asimismo, se prohíbe que estos medios vulneren el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen¹⁶⁶.

Finalmente, en cuanto a las grabaciones aportadas por la Policía Judicial en el atestado, no alcanzarán valor probatorio por sí mismas, sino que, como es habitual en estos casos, los agentes de la Policía deberán ratificar lo aportado en el juicio oral.

a.1.5. Geolocalización

La notable evolución de las ciencias tecnológicas¹⁶⁷ ha propiciado nuevos medios de investigación que, a su vez, podrán ser utilizados como medios probatorios. Estos medios técnicos de los que dispone la Policía Judicial en la actualidad son, en palabras de GIMENO SENDRA, «*dispositivos cuya tecnología permite la localización espacial de determinadas personas*¹⁶⁸».

Actualmente, la regulación de estos dispositivos se encuentra en el art. 588 quinquies b LECrim¹⁶⁹, donde se reconoce expresamente la posibilidad de servirse de estos medios

¹⁶⁶ GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 218.

¹⁶⁷ Resulta evidente la repercusión que la tecnología ostenta sobre las ciencias jurídicas y ello esta resulta una opinión compartida entre diversos autores: «*el impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo de la sociedad actual es innegable, jugando un rol transcendental que se manifiesta de forma transversal no tan solo en los aspectos culturales y sociales de esta, sino también en sus aspectos económicos y políticos y, en lo que aquí más interesa, también jurídicos*» (BARINAS UBIÑAS, «El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada: las nuevas formas de ataque a la vida privada», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 15, 2013).

¹⁶⁸ En efecto, estos medios permiten averiguar ciertas circunstancias del proceso tanto en relación con los investigados (comprobar la localización de los medios de transporte del encausado, por ejemplo, con la finalidad de descubrir la realidad de las posibles coartadas) como con las propias víctimas (averiguar su localización en caso de secuestro, por ejemplo) (GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 226).

¹⁶⁹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 588 quinquies b. 1. Cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el Juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.

2. La autorización deberá especificar el medio técnico que va a ser utilizado.

3. Los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 ter e están obligados a prestar al Juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

de seguimiento y localización, en palabras de la Ley, cuando concurren razones de necesidad y la medida resulte proporcionada. Para ello, se exige autorización judicial motivada, que determine el medio técnico que se va utilizar, su objetivo y la persona u objeto que se verá afectado por la misma¹⁷⁰.

Con todo, de acuerdo al apartado 4 de la norma, se prevé la posibilidad de que la Policía Judicial actúe a prevención en la colocación de la medida. No obstante, esta posibilidad está limitada a razones de urgencia que impliquen la sospecha de que, de no procederse a ello, se malogre la investigación. En tal caso, la Policía Judicial deberá informar al Juez sobre la decisión adoptada en un plazo máximo de 24 horas. Posteriormente, el Juez decidirá si confirmar la medida o rechazarla. En este último caso, la medida debe ser retirada lo más pronto posible y los resultados obtenidos a través de ella no tendrán efecto alguno en el curso del proceso.

Asimismo, el art. 588 quinquies c LECrim¹⁷¹ regula lo relativo a la duración de la medida. En este sentido, se establece el límite de tres meses de duración que, no obstante, cuando los resultados reflejados lo justifiquen, podrá ser objeto de prórrogas sucesivas de igual o menor duración hasta un máximo de dieciocho meses. En relación a esto, el TEDH limitó,

4. Cuando concurren razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso.

¹⁷⁰ GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 227.

¹⁷¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 588 quinquies c. 1. La medida de utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización prevista en el artículo anterior tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente, el Juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida.

2. La Policía Judicial entregará al Juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones.

3. La información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida.

en el año 2010, la utilización de esta medida a su carácter «*ocasional y por un tiempo reducido*», circunstancia que condujo a la limitación temporal contenida en la Ley¹⁷².

Además, la Ley impone a la Policía Judicial la obligación de proporcionar a la autoridad judicial «*los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando este se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones*» (art. 588 quinquies c).

Uno de las más importantes herramientas de las que se dispone, dentro del ámbito de la geolocalización, se refiere al GPS. En cuanto a esta herramienta se refiere, se trata de un sistema que, si bien no puede garantizar resultados 100% exactos, cuando se utiliza con fines civiles, permite localizar algo, sin importar dónde se encuentre, «*con un margen de error de entre 30 y 50 metros*», y realizar un seguimientos de todos sus movimientos¹⁷³. En este sentido, la telefonía móvil constituye el ejemplo perfecto. Gracias a ella se logra una «*localización e identificación en tiempo real con referencia exclusiva al curso de cada comunicación*»¹⁷⁴. No obstante, el inconveniente que presenta es que el resultado no será riguroso¹⁷⁵.

Dentro del ámbito de la investigación se conforma como una herramienta de gran valor para las investigaciones policiales y búsquedas en casos de emergencia. Así, VELASCO NÚÑEZ sostiene que el GPS es una de las principales técnicas para conseguir información «*continua y automatizada*» acerca del investigado¹⁷⁶. En relación a esto,

¹⁷² GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA (dir.); MARHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 227.

¹⁷³ En tal sentido, «*las fronteras físicas desaparecen en el posicionamiento global de un “objetivo”*» (BARINAS UBIÑAS, «El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada: las nuevas formas de ataque a la vida privada», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 15, 2013).

¹⁷⁴ El resultado obtenido mediante la geolocalización por telefonía móvil se concretará dentro del perímetro asociado a la situación de las antenas de telefonía, por lo que, si bien no reflejará un resultado 100% fiable, permitirá localizar al investigado en un contorno delimitado y, a su vez, proporcionará un seguimiento de sus desplazamientos (GIMENO SENDRA, en GIMENO SENDRA (dir.); MARCHAL ESCALONA (dir.), *Código Procesal Penal para...* op. cit., p. 226).

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, «Los dispositivos electrónicos de posicionamiento global (GPS) en el Proceso Penal», *Diario la Ley*, 2012, núm. 7945.

¹⁷⁶ VELASCO NÚÑEZ, «Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales», *Diario*

también son de gran importancia las balizas de geolocalización, actualmente aceptadas por la jurisprudencia, que entienden que no se contraponen a ningún derecho fundamental¹⁷⁷, que permiten un resultado completamente fiable.

a.2. De las diligencias policiales ordenadas por la autoridad judicial

Debido a su posible incidencia en los derechos fundamentales del investigado, las diligencias que se van a explicar a continuación, requieren del necesario control judicial para su desarrollo. Son las intervenciones telefónicas, las identificaciones a través del ADN y la circulación y entrega vigilada de drogas.

a.2.1. Identificaciones a través del ADN

La LO 10/2007, de 8 de Octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN constituye el fundamento jurídico de esta diligencia. De tal forma, se crea una base de datos que contenga los identificadores obtenidos a través del ADN, como así expresa la misma Ley, con la finalidad de disponer de mayores herramientas *«tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas»*¹⁷⁸.

Asimismo se establece su dependencia ante el Ministerio del Interior, mediante la Secretaría de Estado de Seguridad, y se encomienda la gestión de esta base de datos a la Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹⁷⁹.

la Ley, núm. 8338, 2014

¹⁷⁷ Permite *«conocer el posicionamiento, ubicación espacial y temporal exacta del receptor bajo cualquier condición meteorológica, pero también importante a la hora de obtener datos (distancias, horarios, kilometraje, itinerarios, puntos de interés, incidencias e infracciones en el tráfico, por ejemplo) importantes para el proceso penal»* (VELASCO NÚÑEZ «Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales», *Diario la Ley*, núm. 8338, 2014).

¹⁷⁸ LO 10/2007.

¹⁷⁹ Arts. 2 y 7 de la LO 7/2010, respectivamente.

Por tanto, en esta base de datos se incluyen «*los fluidos o muestras biológicas de un detenido o sospechoso de haber cometido un delito grave y, en cualquier caso, de un delito de criminalidad organizada o que afecte a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas*¹⁸⁰».

Conforme a lo establecido en la propia Ley reguladora de esta base de datos, únicamente podrán registrarse «*los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo*¹⁸¹».

Sin embargo, estas identificaciones únicamente tienen la condición de diligencias de investigación, al menos, en un primer momento. Con todo, la Ley regula una serie de garantías que han de respetarse: las identificaciones deben ser realizadas por laboratorios acreditados para ello y, asimismo, la Policía Judicial debe asegurar su conservación y custodia. Por tanto, es indispensable que estas garantías sean respetadas para que, posteriormente, los actos de investigación alcancen valor probatorio.

En su posterior incorporación al juicio oral, esta tipo de prueba goza del privilegio de la «*fiabilidad de los resultados en los análisis genéticos*». En este caso, se trata de un supuesto de pericia practicada en la fase de instrucción que alcanzará valor de prueba preconstituida cuando, para su introducción en el juicio oral, acudan los expertos que han realizado tal informe (dependientes de los laboratorios de la Policía Científica, de la Escuela de Medicina Legal o del Instituto de Toxicología) a fin de garantizar el principio de contradicción, de modo que no se produzca indefensión de cara al acusado¹⁸².

Una vez introducida en el juicio oral, la problemática se traslada al ámbito de la valoración. Hay que tener en cuenta que los laboratorios de la Policía Científica cuentan

¹⁸⁰ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67.

¹⁸¹ Art. 4 LO 7/2010.

¹⁸² RAMALLO MACHÍN, *ADN: huellas genéticas en el Proceso Penal*, Tesis doctoral, Universidade de A Coruña, A Coruña, 2015, pp. 259 y ss..

con la acreditación de calidad otorgada por Entidad Nacional de Acreditación (en adelante ENAC) que, básicamente, lo que viene a certificar es que los resultados obtenidos por los análisis realizados en los laboratorios de la Policía Científica serán equivalentes a los que puedan reflejar los análisis ofrecidos por cualquier otro laboratorio que cuente con las herramientas adecuadas y los procedimientos necesarios para llevar a cabo estos métodos de identificación. Por esta razón, cumplidas todas las garantías y llegado a introducirse en el juicio oral como prueba, gozarán de la certeza que les otorga ENAC.

En este sentido es relevante la probabilidad que se desprenda de que estos resultados concuerden plenamente con la realidad, cuestión que ha de manifestar el perito al ratificar su informe en el juicio oral. Así, «por sí sola, la presencia de una concordancia entre el perfil de ADN de un individuo y el ADN de un vestigio hallado en la víctima o en la escena del crimen no debe ser suficiente para asegurar que se trata de la misma persona»¹⁸³. No obstante, con el complemento de otras pruebas podrá llegarse a la convicción judicial necesaria, y más si el laboratorio cuenta con la acreditación de ENAC.

a.2.2. Circulación y entrega vigilada de drogas

LÓPEZ YAGÜES define esta diligencia como «*la técnica de investigación que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y demás sustancias referidas en la Ley, que circulen por territorio español, o entre y salgan de él, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a las autoridades extranjeras en esos mismos fines*»¹⁸⁴, de acuerdo con lo contenido en el art. 263 bis 2 LECrim. En efecto, tal artículo permite la entrada y circulación de este tipo de sustancias ilegales en nuestro país, si bien bajo el control de la Policía Judicial encargada de la investigación del delito.

¹⁸³ RAMALLO MACHÍN, *ADN: huellas genéticas en el Proceso Penal*, Tesis doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2015, pp. 265 y ss..

¹⁸⁴ LÓPEZ YAGÜES, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, 2006, pp. 226 y ss..

No fue hasta el año 1999 cuando se introdujo esta medida en la LECrim, a través de la reforma llevada a cabo por la LO 5/1999, que modificaba la Ley en «*materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*». En este sentido, es la propia LO 5/1999 la que, en su exposición de motivos, alude a la necesidad de integrar esta medida de investigación en nuestro ordenamiento jurídico, para hacer frente a los problemas que planteaba la criminalidad organizada¹⁸⁵. Entonces, se puede concluir que la naturaleza jurídica de esta diligencia no es más que la una actuación de investigación, como justamente sostiene la Exposición de Motivos de la LO 5/1999.

Para la adopción de esta medida de investigación es necesario respetar una serie de garantías, a saber: se exige autorización judicial debidamente motivada en base a los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad¹⁸⁶.

Por tanto, se configura como una medida que, por su posible incidencia en determinados derechos fundamentales, precisa de autorización judicial, siendo que el órgano judicial ostenta la competencia exclusiva para autorizarla. Así, en caso de no respetarse esta exigencia, la medida sería ilícita y los resultados obtenidos no gozarían de ningún tipo de eficacia procesal. Sin embargo, de la misma forma que ocurre con otras diligencias, se prevé la posibilidad de que la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal pongan en marcha la misma sin esperar la correspondiente autorización judicial, siempre basando su decisión en razones de urgencia y estando condicionada su eficacia a la posterior ratificación por parte del órgano judicial¹⁸⁷.

La exigencia de motivación se vincula a la necesidad de que se respete el principio de proporcionalidad en la adopción de la medida. Asimismo, conlleva la obligación de que las autorizaciones sean concretas para cada caso, sin que se posibilite una autorización de forma general que no concrete los detalles del caso en cuestión. Los principios que se han

¹⁸⁵ Exposición de Motivos de la LO 5/1999.

¹⁸⁶ LÓPEZ YAGÜES, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba...* op. cit., pp. 236-239.

¹⁸⁷ REY HUIDOBRO, «La entrega vigilada: problemas jurídicos que plantea», *Diario la Ley*, 2015, núm. 8630.

de respetar en la adopción de la medida –necesidad, idoneidad y proporcionalidad– están íntimamente relacionados con la necesidad de motivación. En este sentido, que la medida deba ser necesaria se refiere a que para alcanzar el objetivo previsto resulte imprescindible adoptarla, mientras que la exigencia de idoneidad implica la adopción de una medida apta para lograr el objetivo. Por último, la proporcionalidad implica la necesaria correlación entre la gravedad de la medida y la del caso que se investiga, de modo que no se adopte una medida que ocasione mayores perjuicios que el hecho investigado¹⁸⁸.

Así, cuando la medida se practica cumpliendo todos los requisitos exigidos puede entenderse que se habrán respetado las garantías para la preconstitución de la prueba¹⁸⁹.

b) Prueba preconstituida judicial

La llamada prueba preconstituida judicial alude a las diligencias de investigación que son practicadas por el Juez instructor y que, debido a su naturaleza, no puedan ser realizadas en el juicio oral; por lo que se producirá la preconstitución de la prueba. Atendiendo a la clasificación elaborada por GIMENO SENDRA¹⁹⁰, son prueba preconstituida judicial: la recogida y conservación del cuerpo del delito; el reconocimiento judicial; las inspecciones e intervenciones corporales; la entrada y registro; y la intervención de las comunicaciones.

La principal distinción entre estas y las anteriores se corresponde con la autoridad que realiza la práctica de la prueba: mientras que la prueba preconstituida policial es competencia de la Policía Judicial, la judicial es practicada por el Juez instructor.

¹⁸⁸ MOLINA MANSILLA, «Mecanismos de lucha contra el tráfico de drogas extramuros del Código Penal», *La Ley Penal*, 2007, núm. 36, pp. 86-106.

¹⁸⁹ RUIZ BOSCH, «La circulación o entrega vigilada o controlada de drogas y otras sustancias y efectos prohibidos», *Diario la Ley*, 2015, núm. 8589 / LÓPEZ YAGÜES, en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.); SANZ HERMIDA (coord.), *Investigación y prueba...* op. cit., p. 240.

¹⁹⁰ No obstante, otras diligencias de instrucción practicadas por el Juez también podrán alcanzar valor probatorio, de modo que la clasificación que realiza GIMENO SENDRA no supone una lista cerrada de las diligencias que puedan tener la condición de prueba preconstituida judicial, sino que, siempre que se cumplan las exigencias propias para la preconstitución de la prueba y su práctica se haga respetando todas las garantías necesarias, distintas diligencias a las mencionadas podrán tener esta consideración.

b.1. Cuerpo del delito

ABEL LLUCH sostiene que «*bajo el término cuerpo del delito se engloban un conjunto heterogéneo de conceptos*», pues el mismo hace referencia a multitud de objetos relacionados con las circunstancias del hecho delictivo (armas, cadáver, instrumentos, lesiones y circunstancias de la víctima, indicios, etc.¹⁹¹. Existen diversas clasificaciones doctrinales de los elementos que integran el cuerpo del delito, si bien la de mayor acogida es la que distingue entre cuerpo del delito en sentido estricto, piezas de ejecución y piezas de convicción. En este sentido, el cuerpo del delito, en sentido estricto, se identifica con la víctima del delito u objeto afectado. En cambio, los recursos utilizados para cometer el delito son los *instrumentos* del delito o *piezas de ejecución*, en tanto que los restantes objetos, huellas y vestigios vinculados al hecho delictivo son las llamadas *piezas de convicción*¹⁹².

No obstante, PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ ofrece una clasificación diferenciada, en tanto que distingue entre cuerpo del delito personal (relacionado con el sujeto pasivo del delito), cuerpo del delito real (en relación con la cosa objeto del delito) y cuerpo del delito en sentido amplio (entendido como los instrumentos y efectos vinculados al delito y las llamadas piezas de convicción)¹⁹³.

Asimismo, ABEL LLUCH realiza una clasificación, acorde a la interpretación de la Ley, en función de los distintas consecuencias derivadas del hecho delictivo: diligencias en caso de muerte; diligencias en caso de lesiones; diligencias en accidentes de circulación; diligencias en delitos contra la propiedad y diligencias de intervención corporal¹⁹⁴.

¹⁹¹ ABEL LLUCH, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.), *Estudios sobre prueba penal*, Vol. II, 2011, p. 115.

¹⁹² MORENO CATENA, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 239.

¹⁹³ PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., 1989, pp. 1799 y ss..

¹⁹⁴ ABEL LLUCH, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.), *Estudios sobre prueba penal*, Vol. II, 2011, pp. 118-125.

En cuanto a su naturaleza jurídica, GIMENO SENDRA entiende que estas diligencias constituyen «*un acto mixto de aseguramiento de la prueba preconstituida y de investigación*»¹⁹⁵.

Su regulación parte del art. 334 LECrim¹⁹⁶, donde se impone la exigencia de *describir minuciosamente* las circunstancias en que fueron hallados estos objetos y, además, en los delitos contra la propiedad se debe documentar la preexistencia de tales objetos¹⁹⁷.

b.2. Reconocimiento judicial

El reconocimiento judicial, también conocido como la inspección ocular del Juez o, incluso, inspección personal del Juez, pues esta no se limita a una observación visual, se entiende como el «*medio de investigación consistente en el reconocimiento o examen*

¹⁹⁵ GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., 2001.

¹⁹⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 334. El Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida. El Secretario judicial extenderá diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos.

La persona afectada por la incautación podrá recurrir en cualquier momento la medida ante el Juez de Instrucción. Este recurso no requerirá de la intervención de abogado cuando sea presentado por terceras personas diferentes del imputado. El recurso se entenderá interpuesto cuando la persona afectada por la medida o un familiar suyo mayor de edad hubieran expresado su disconformidad en el momento de la misma.

Los efectos que pertenecieran a la víctima del delito serán restituidos inmediatamente a la misma, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible. Los efectos serán también restituidos inmediatamente cuando deban ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, pero su conservación pueda garantizarse imponiendo al propietario el deber de mantenerlos a disposición del Juez o Tribunal. La víctima podrá, en todo caso, recurrir esta decisión conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior.

¹⁹⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 364. En los delitos de robo, hurto, estafa, y en cualquier otro en que deba hacerse constar la preexistencia de las cosas robadas, hurtadas o estafadas, si no hubiere testigos presenciales del hecho, se recibirá información sobre los antecedentes del que se presentare como agraviado, y sobre todas las circunstancias que ofrecieren indicios de hallarse éste poseyendo aquéllas al tiempo en que resulte cometido el delito.

*sensorial directo del lugar y de los objetos relacionados con el hecho punible practicado personalmente por el instructor en las diligencias procesales*¹⁹⁸».

Se trata de una diligencia que implica el necesario desplazamiento del Juez instructor al lugar que ha de ser reconocido, con la finalidad de que perciba de forma directa, inmediata y personal las circunstancias que rodean a los objetos vinculados con la comisión del delito¹⁹⁹, con lo cual se trata de una diligencia completamente vinculada al propio cuerpo del delito. Además, su práctica conjunta con otras medidas de investigación resulta de mayor interés en el proceso.

La regulación de esta diligencia se encuentra contenida en la LECrim²⁰⁰, según las distintas posibilidades que se establezcan. Así, puede ocurrir que el delito haya dejado huellas, teniendo el Juez instructor que hacer constar las circunstancias del mismo y recoger las pruebas que haya podido localizar; que tales huellas hayan desaparecido, debiéndose averiguar si su desaparición se debe a causas naturales o de forma intencionada; o que el delito no haya dejado huellas.

b.3. Entrada y registro

En palabras de MORALES MUÑOZ, la diligencia de entrada consiste en la «*penetración o introducción en un lugar cerrado*», mientras que el registro consiste en «*observar y*

¹⁹⁸ MARCA MATUTE, en: ABEL LLUCH (dir.); RICHARD GONZÁLEZ (dir.), Estudios sobre prueba penal, Vol. II, 2011, pp. 25 y ss..

¹⁹⁹ GÓMEZ COLOMER, en: MONTERO AROCA (et al.), *Derecho Jurisdiccional III*...p. 213.

²⁰⁰ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882.

Artículo 331. Cuando el delito fuere de los que no dejan huellas de su perpetración, el Juez instructor procurará hacer constar por declaraciones de testigos y por los medios de comprobación, la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa cuando el delito hubiese tenido por objeto la sustracción de la misma.

Artículo 326. Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.

Artículo 330. Cuando no hayan quedado huellas o vestigios del delito que hubiese dado ocasión al sumario, el Juez instructor averiguará y hará constar, siendo posible, si la desaparición de las pruebas materiales ha ocurrido natural, casual o intencionalmente, y las causas de la misma o los medios que para ello se hubieren empleado, procediendo seguidamente a recoger y consignar en el sumario las pruebas de cualquier clase que se puedan adquirir acerca de la perpetración del delito.

*examinar minuciosamente algo para encontrar y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos del delito*²⁰¹». Debe entenderse que ambas son diligencias autónomas. No obstante, para proceder al registro es necesario tener autorización para realizar previamente la entrada.

Debido al reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se establece la necesidad de una autorización judicial para poder proceder a la entrada. Además, esta autorización debe estar motivada y concretar la finalidad de la diligencia, sin que se pueda establecer un objetivo general. No obstante, será posible proceder a la entrada, sin autorización judicial y sin consentimiento del titular, en los casos de delito flagrante²⁰².

Por tanto, como diligencia que afecta a un derecho fundamental, los requisitos son mayores y, cuando estos no se cumplan, no podrá llegar a alcanzar valor probatorio y los descubrimientos logrados gracias a la entrada y registro no tendrán ningún tipo de valor procesal.

2.2. PRESUPUESTOS PARA SU INCORPORACIÓN AL JUICIO ORAL

a) Prueba preconstituida policial

Para la posterior incorporación al juicio oral de las diligencias policiales que puedan alcanzar valor probatorio, siempre que su práctica se haya desarrollado respetando los requisitos concretos para la preconstitución de la prueba de la diligencia en cuestión –los explicados anteriormente–, será necesario incorporarlas al juicio oral mediante el oportuno atestado. Con todo, este no constituye el único presupuesto para su incorporación al juicio, sino que se han de cumplir otros presupuestos a mayores.

²⁰¹ Asimismo, sostiene la falta de unanimidad doctrinal en torno a esta cuestión: «No hay unanimidad en la doctrina procesalista sobre la naturaleza jurídica, las distintas opciones se pueden reunir en dos posiciones doctrinales: la de quienes consideran que la entrada y registro es un acto o medida cautelar (Aragoneses Alonso, Fenech Navarro) y la de los que entienden que es un acto de investigación que compromete un derecho fundamental (Gimeno Sendra, Hinojosa, Ortells Ramos)» (MORALES MUÑOZ, «Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia». *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2007, núm. 2036, pp. 1841-1856).

²⁰² En este supuesto, se debe recordar que constituiría una diligencia policial de prevención que, aun cuando afecta a derechos fundamentales, se justifica en la situación de necesidad: la flagrancia del delito.

El atestado puede definirse, según GIMENO SENDRA, como «*la actividad investigadora preliminar de la fase instructora, efectuada y documentada por la Policía Judicial y dirigida, con carácter urgente y provisional, a la averiguación del delito, al descubrimiento e identificación de su autor, al auxilio de la víctima, el aseguramiento del cuerpo del delito y a la adopción de determinadas medidas cautelares penales y provisionales*²⁰³».

Es preciso acudir nuevamente a la STC 31/1981 para determinar el valor procesal que tiene el atestado, así, el TC ha declarado que «*el atestado policial, así como los datos de investigación policiales que constan en el mismo tienen, en principio, únicamente valor de denuncia*²⁰⁴». No obstante, la doctrina constitucional ha matizado esta cuestión, de forma que para que el atestado alcance auténtico valor probatorio debe darse por reproducido en el juicio oral y, como garantía añadida, debe ser afirmado y ratificado por la declaración testifical de los agentes policiales que lo hayan redactado²⁰⁵.

Asimismo, la jurisprudencia del TC y del TS, ha trazado una clara distinción entre el valor del propio atestado y las diligencias que lo acompañan, de forma que ciertos documentos que acompañan el atestado no pueden ser considerados como mera denuncia²⁰⁶. Esta distinción, no obstante, debe ser matizada, pues como bien se ha manifestado previamente, el atestado puede adquirir valor probatorio cuando sea reiterado en el juicio oral. Con todo, la distinción se desprende de la distinta consideración que tengan ambas pruebas. Así, las declaraciones de los agentes policiales ratificando el correspondiente atestado tendrán valor de prueba testifical, mientras que las diligencias incluidas en él (actas de constancia, croquis, planos, test de alcoholemia, certificados médicos) podrán adquirir valor de prueba documental o pericial cuando se introducen en calidad de prueba

²⁰³ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67.

²⁰⁴ RUIZ VADILLO, «Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal», *Eguzkilor: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1999, núm. Extra. 13, pp. 291-303.

²⁰⁵ PÉREZ MARÍN, «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal», *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24.

²⁰⁶ «El certificado médico expedido por facultativo no puede perder su carácter de prueba pericial, por mucho que acompañe al atestado, pues, en todo caso, constituiría un dictamen profesional, al que no se le puede otorgar el mero valor de denuncia (GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67).

preconstituida a través de la lectura de los documentos, con el respeto a los principios procesales en materia de prueba²⁰⁷. En efecto, para que un test de alcoholemia alcance valor probatorio como prueba preconstituida pericial no solo es necesario que se haya practicado con todas las garantías precisas, sino que debe introducirse en el proceso mediante el oportuno atestado, que deberá ratificarse en el juicio oral por los agentes en él firmantes²⁰⁸.

En relación con el atestado policial, el asunto de las declaraciones ante la Policía constituyen otro de los problemas que presenta²⁰⁹. La cuestión se plantea cuando estas declaraciones no son ratificadas posteriormente ni ante el órgano instructor ni el sentenciador. Se ha partido de la STC 31/1981, en la cual el TC manifestaba que tales declaraciones no constituían prueba de cargo. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha ido evolucionando otorgando cierto valor probatorio a estas cuestiones. En efecto, de los sucesivos pronunciamientos del Tribunal se desprende la posibilidad de apreciar las declaraciones ante la Policía, cuando posteriormente han sido negadas por el declarante, como prueba cuando estas declaraciones se hayan manifestado con respeto a las garantías constitucionales (es decir, el declarante debe conocer sus derechos a no confesarse culpable y a guardar silencio). Sin embargo, en ningún paso podrán tener la condición de prueba de cargo suficiente por sí mismas, sino que deben ser valoradas en conjunto con otros medios de prueba, pasa así, conjuntamente, poder lograr la convicción del juzgador²¹⁰.

²⁰⁷ GIMENO SENDRA, La prueba preconstituida de la Policía Judicial, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, núm. 22, pp. 36-67 / PÉREZ MARÍN, «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal», *Revista de Ciències Jurídiques e Socials da UNIPAR*, 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24.

²⁰⁸ PÉREZ MARÍN, «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal», *Revista de Ciències Jurídiques e Socials da UNIPAR*, 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24.

²⁰⁹ Además, existen autores que opinan que tales declaraciones no deberían gozar de valor probatorio o, al menos, no tener la condición de testimonio cualificado, como se le reconoce. En este sentido, NIEVA FENOLL manifiesta: «en síntesis, las diligencias policiales no pueden ser valoradas como prueba de cargo. Y las declaraciones testimoniales de los policías intervinientes en la investigación, lejos de gozar del valor privilegiado que les está otorgando últimamente la jurisprudencia, deben ser valoradas con mucha mayor prudencia que las de cualquier otro testigo, debido a que en su actuación investigadora no concurren, y no pueden concurrir, las características de independencia e imparcialidad, al margen del resto de problemas citados. Y por desgracia, por razones puramente de lógica de la investigación, no pueden cumplir con el respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia» (NIEVA FENOLL, «El discutido valor probatorio de las diligencias policiales», *Diario la Ley*, 2007, núm. 4, pp. 1652-1666).

²¹⁰ PAZ RUBIO, en: *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en... op. cit.* p. 105.

b) Prueba preconstituida judicial

Para poder incorporar al juicio oral las fuentes de prueba preconstituidas en el fase de instrucción, es necesario que se cumplan los presupuestos requeridos. No obstante, no será posible un cumplimiento absoluto, por lo que habrá de atenderse a las exigencias propias de la preconstitución probatoria.

En primer lugar, se debe garantizar la inmediación judicial. En este sentido, hay que señalar que la inmediación judicial hace referencia al Juez sentenciador, no al Juez instructor, pues, tal y como manifiesta MORENO CATENA, la presencia del Juez instructor en el desarrollo de los actos de investigación no es más que una función de garantía²¹¹. No obstante, y como ya se ha adelantado, resulta imposible que el Juez sentenciador pueda presenciar de forma directa la práctica de la prueba preconstituida, por lo que la inmediación judicial necesaria es una inmediación indirecta.

Asimismo, cabe señalar que, en orden al principio de aportación de parte, serán las partes las que soliciten la incorporación de las fuentes de prueba preconstituida al juicio oral. Para ello, la Ley proporciona distintos mecanismos: en primer lugar, la lectura de los documentos que reflejen la práctica de los actos instructorios (art. 730 LECrim) o, en caso de que estos hayan quedado reflejados en otro tipo de medio, la visualización del mismo²¹².

Finalmente, la garantía de contradicción es otro de los principios que han de respetarse, para garantizar el principio de defensa del acusado. Con todo, tal contradicción deberá tener lugar en la misma práctica de la prueba, esto es, en la fase de instrucción cuando se practique el acto en cuestión. No obstante, debido a la naturaleza de algunas de estas diligencias, la contradicción no podrá ser inmediata, por no ser previsible el

²¹¹ MORENO CATENA, en: MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 421.

²¹² MUERZA ESPERANZA, «Sobre los límites de la prueba preconstituida en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 2016, núm. 39, pp. 1-22.

descubrimiento. En tal caso, se debe garantizar una contradicción posterior de las fuentes de prueba preconstituidas.

CONCLUSIÓN DEL TRABAJO

Tras haber analizado la realidad acerca de la preconstitución probatoria, considero que el interés primordial del trabajo concluido se centra en la posibilidad de extraer del mismo una serie de conclusiones que orienten la tarea legislativa (colmando el vacío legal), así como de investigación científica en la materia. A saber:

a) **Necesidad de consenso por parte de la doctrina científica y demás operadores jurídicos para erradicar el vacío legal existente.**

A lo largo del trabajo se ha insistido en la ausencia de unanimidad doctrinal en torno a la preconstitución de la prueba, referida no solo a una mejor o peor clarificación del concepto, sino a la total discrepancia entre las características esenciales de este tipo de prueba. Por ello, considero que resulta indispensable alcanzar una postura consensuada, compartida por la doctrina mayoritaria, capaz de erradicar la incerteza que rodea a la prueba preconstituida.

Pienso que una mayor claridad del concepto, no solo proporcionaría una mayor comprensión de la preconstitución probatoria, sino que constituiría un sistema con mayores garantías tanto para el encausado, como para el propio proceso penal en general.

Tal necesidad requiere que el vacío legal en la materia sea subsanado. Para ello hará bien el legislador en atender, no solo a la doctrina científica, sino también a todos los operadores jurídicos que se ven implicados en la preconstitución de la prueba. A todos alcanza la necesidad de consenso mencionado.

La necesidad de una regulación que contenga de forma clara y detallada las garantías que han de respetarse en la preconstitución e incorporación de la prueba es indispensable para lograr el consenso doctrinal antes referido y para configurar asimismo un sistema más seguro, evitando que se produzca incerteza jurídica en torno a la prueba preconstituida.

b) **Propensión hacia la coincidencia entre la verdad material y formal a través de la preconstitución de la prueba.** En mi opinión, parte de la gran importancia que se desprende de la preconstitución probatoria viene ligada a la posibilidad de ofrecer un mayor acercamiento entre verdad material y verdad formal, como fin

del proceso penal y, mayormente, cuando el interés protegido es el interés público. Es evidente la importancia que revierte la investigación criminal en la jurisdicción penal, pues constituye uno de los elementos claves para el desarrollo de un proceso adecuado y justo, y una herramienta eficaz para esclarecer la realidad de los presuntos hechos delictivos. Así, pienso que la necesidad de que la verdad material y la verdad formal sean coincidentes es un requisito indispensable para concluir de forma satisfactoria el proceso. En este sentido, la prueba preconstituida tiene una gran influencia en ese objetivo. Esto se debe a que, como regla general, los actos de investigación no gozan de valor probatorio, lo que supondría un enorme obstáculo para poder concluir el proceso satisfactoriamente cuando ciertos actos de investigación, imprescindibles para fundamentar la condena en la sentencia, no pudiesen ser reproducidos en el juicio oral. Es por ello que considero que la prueba preconstituida se configura como el mecanismo clave para lograr este objetivo.

- c) **Necesidad de asegurar las garantías procesales.** En relación a esto, no se debe olvidar que diversos autores desconfían de la necesidad de esta prueba, pues la entienden como una vinculación hacia el proceso inquisitivo que se ha querido dejar atrás. En mi opinión, la vinculación que pretenden hacer mostrar no es tal, siempre que estemos en presencia de un sistema de preconstitución probatoria regido por una serie de estrictas garantías, sin las cuales estos actos de investigación no serían más que eso, actos de investigación, que, en ningún caso, podrían ser tenidos en cuenta para fundar una sentencia condenatoria.

- d) **Separación entre los requisitos para la preconstitución probatoria y los presupuestos para la posterior incorporación al juicio oral.** Esta separación constituye una garantía a mayores, teniendo en cuenta que el Juez que va a apreciar de forma directa la prueba (Juez instructor) va ser distinto del Juez que va a proceder a su valoración (Juez sentenciador). Por esta razón, el haber separado los requisitos necesarios para una y otra fase de la preconstitución probatoria, supone un gran acierto, ya que al tratarse de un procedimiento probatorio atípico es imprescindible reforzar los requisitos para, así, asegurar que no se vean vulnerados los principios propios del proceso penal. Esta separación constituye, además, otro de los elementos que se alejan del antiguo sistema

inquisitivo, en el que las garantías para el encausado eran prácticamente nulas. El vacío legal existente en relación a la prueba preconstituida ha sido, principalmente, lo que ha impedido hasta la fecha una construcción sistemática en la materia.

- e) **Distinción entre las diligencias policiales y las judiciales.** La distinción que se hace, principalmente a la hora de incorporar las pruebas al juicio (pues, los requisitos para la preconstitución de la prueba ya son distintos en atención al tipo de diligencia concreta) entre las diligencias policiales y las judiciales, pienso, es otra de las garantías añadidas que se configuran para asegurar los derechos del encausado. Esto es así porque al haber ciertas diligencias en las que la presencia judicial no se produce, es evidente que se han de reforzar, todavía más, las exigencias de la prueba. Pues, si bien es cierto que la presencia del Juez instructor no es suficiente para respetar el principio de inmediación en la actividad probatoria (ya que este se refiere, necesariamente, a la presencia del Juez que, posteriormente a la práctica de las pruebas va a ser quien las valore), sí tiene una función de Juez de garantías, de modo que la práctica de estas diligencias ante la presencia del Juez instructor implica la garantía de que estas se han desarrollado según las exigencias establecidas legalmente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel.** *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Vol. II. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1981. ISBN 84-7130-216-0.
- ASENCIO GALLEGO, José María.** «Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el Proceso Penal». *Revista General de Derecho Procesal*. 2015, núm. 36, pp. 5-22.
- ASENCIO MELLADO, José María.** «El proceso penal con todas las garantías». *Ius et veritas*. 2006, núm. 33, vol. 16, pp. 235-247.
- ASENCIO MELLADO, José María.** *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. 1ª edición. Madrid : Trivium, 1989. ISBN 84-7855-968-X.
- BARINAS UBIÑAS, Desirée.** «El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada: las nuevas formas de ataque a la vida privada». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2013, núm. 15, pp. 1-27.
- BARONA VILAR, Silvia.** «La prueba I y II», en: MONTERO AROCA, Juan (et al.). *Derecho Jurisdiccional III*. 23ª edición. Valencia : Tirant lo Blanch, 2015. ISBN 978-84-4922-925-41, pp. 375-410.
- CARNELUTTI, Francesco.** *La prueba civil*. [trad.] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª edición. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1982. ISBN 950-14-0020-4.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel.** «Hacia un nuevo Proceso Penal: Investigación y juicio de acusación». *Estudios penales y criminológicos*. 2009, núm. 29, pp. 207-270.
- CHIOVENDA, Giuseppe.** *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. [trad.] José Casais y Santoló. Madrid : Reus, 1977. ISBN 84-290-1179-X
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín.** *La cosa juzgada penal*. Bolonia : Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. ISBN 84-600-1849-0.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier.** «La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: el análisis desde la perspectiva constitucional». *Parlamento y Constitución. Anuario*. 2000, núm. 4, pp. 121-168.
- DÖHRING, Erich.** *La prueba, su práctica y apreciación*. [trad.] Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.

DUART ALBIOL, Juan José. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.* Barcelona : Bosch Procesal, 2014. ISBN 978-84-942385-6-7.

GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luis. «Configuración general de las diligencias de instrucción», en: ABEL LLUCH, Xavier y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre prueba penal*, Vol. III. Madrid : La Ley, 2013. ISBN 978-84-9020-173-2, pp. 25-48.

GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. «El testimonio de niños», en: *La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada, núm. 12.* Madrid : C.G.P.J., 2000. ISBN 84-39230-22-6, pp. 143-178.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil.* 3ª edición. Madrid : Cóllex, 2010. ISBN 978-84-8342-229-8.

GIMENO SENDRA, Vicente. «La prueba preconstituida de la Policía Judicial». *Revista catalana de seguretat pública.* 2010, núm. 22, pp. 37-67.

GIMENO SENDRA, Vicente. «La prueba preconstituida de la Policía Judicial», en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); MARCHAL ESCALONA, Nicolás (dir.). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial.* Navarra : Aranzadi, 2015. ISBN 978-84-9098-918-0, pp. 211-228.

GIRALDO PÉREZ, Serafín. «Diligencias de investigación II», en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); MARCHAL ESCALONA, Nicolás (dir.). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial.* Navarra : Aranzadi, 2015. ISBN 978-84-9098-918-0, pp. 269-290.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. «La instrucción del proceso: su estructura esencial», en: MONTERO AROCA, Juan (et al.). *Derecho Jurisdiccional III.* 23ª edición. Valencia : Tirant lo Blanch, 2015. ISBN 978-84-4922-925-41, pp. 131-169.

GÓNZALEZ GRANDA, Piedad. «Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 LEC», en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (et al.). *Carga de la prueba y responsabilidad civil.* Valencia : Tirant lo Blanch, 2007. ISBN 978-84-8456-896-4, pp. 29-74.

GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. «Investigación y prueba: los nuevos retos ante la reforma del proceso penal», en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.); SANZ HERMIDA, Ágata (coord.). *Investigación y prueba en el proceso penal.* Madrid : Cóllex, 2006. ISBN 84-8342-042-2, pp. 17-31.

- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio.** *Derecho procesal civil. Volumen primero.* Madrid : Artes gráficas y ediciones Rodríguez San Pedro, 1979. ISBN 84-400-1815-0.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio.** *Derecho procesal penal.* 10ª edición. Madrid : Artes gráficas y ediciones Rodríguez San Pedro, 1984. ISBN 8430042873.
- GUASP DELGADO, Jaime.** «La prueba en el proceso civil español». *Revista de la Universidad de Oviedo.* 1944, núm. VI , pp. 21-82.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente.** *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal.* Valencia : Tirant lo Blanch, 2006. ISBN 84-8456-318-9.
- HENRÍQUEZ SALIDO, María do Carmo; ALAÑÓN OLMEDO, Fernando; ORDÓÑEZ SOLÍS, David; OTERO SEIVANE, Josefa; RABANAL CARBAJO, Pedro.** «La fórmula ‘in dubio’ en la jurisprudencia actual». *Revista de llengua i dret.* 2014, núm. 62, pp. 5-22
- HOYA COROMINA, José.** «Investigación e instrucción: diferencias y garantías. Alternativas de futuro». *II Encuentro Jurídico.* 2008.
- JIMÉNEZ CONDE, Fernando.** *La apreciación de la prueba legal y su impugnación.* Salamanca: Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, 1978. ISBN 84-600-1018-X.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica.** «Circulación o entrega vigilada de drogas u otros efectos», en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.); SANZ HERMIDA, Ágata (coord.). *Investigación y prueba en el proceso penal.* Madrid : Cóllex, 2006. ISBN 84-8342-042-2, pp. 221-244.
- LORENZO MARTÍNEZ, Fernando.** «Diligencia de entrada y registro», en: *La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial.* Madrid : C.G.P.J., 1992, pp. 511-544. ISBN 84-88031-08-4.
- MAGRO SERVET, Vicente.** *Guía de problemas prácticos y soluciones del juicio oral.* 2ª edición. Madrid : La Ley, 2009. ISBN 978-84-8126-242-1.
- MAGRO SERVET, Vicente.** «Perceptividad de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal». *La Ley Penal.* 2012, núm. 92, pp. 5-13.

- MARCA MATUTE, Javier.** «El imputado y el anticipo probatorio», en: ABEL LLUCH, Xavier (dir.); RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (dir.). *Estudios sobre prueba penal*. Vol. III. Madrid : La Ley, 2013. ISBN 978-84-9020-173-2, pp. 203-278.
- MARCA MATUTE, Javier.** «Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de fuente probatoria», en: ABEL LLUCH (dir.); RICHAR GONZÁLEZ (dir.). *Estudios sobre prueba penal*. Vol. II. Madrid : La Ley, 2011. ISBN 978-84-8126-966-6, pp. 25-113.
- MARCHAL ESCALONA, Nicolás.** «Atestado e informe técnico», en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); MARCHAL ESCALONA, Nicolás (dir.). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*. Navarra : Aranzadi, 2015. ISBN 978-84-9098-918-0, pp. 487-506.
- MARCHAL ESCALONA, Nicolás.** *El atestado. Inicio del proceso penal*. 8ª edición. Pamplona : Aranzadi, 2010. ISBN 978-84-9903-634-2.
- MARTÍN BRAÑAS, Carlos.** «La prueba anticipada en el proceso penal». *Revista de Derecho Procesal*. 2001, núm. 1-3, pp. 471-554.
- MARTÍN OSTOS, José de los Santos.** «La prueba en el proceso penal acusatorio». *Justicia: revista de Derecho Procesal*. 2013, núm. 2, pp. 25-68.
- MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael Eduardo.** «Intervenciones corporales», en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); MARCHAL ESCALONA, Nicolás (dir.). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*. Navarra : Aranzadi, 2015. ISBN 978-84-9098-918-0, pp. 369-398.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.** *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona : JB, 1997. ISBN 84-7698-444-8.
- MOLINA MANSILLA, María del Carmen.** «Mecanismos de lucha contra el tráfico de drogas extramuros del Código Penal», *La Ley Penal*, 2007, núm. 36, pp. 86-106.
- MORALES MUÑOZ, Emilia.** «Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia». *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2007, núm. 2036, pp. 1841-1856.
- MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín.** *Derecho procesal penal*. 7ª edición. Valencia : Tirant lo Blanch, 2015. ISBN 978-84-9119-200-8.

- MUERZA ESPERANZA, Julio.** «Sobre los límites de la prueba preconstituida en el proceso penal». *Revista General de Derecho Procesal*. 2016, núm. 39, pp. 1-22.
- NIEVA FENOLL, Jordi.** «El discutido valor probatorio de las diligencias policiales». *La Ley*. 2007, núm. 4, pp. 1652-1666.
- NIEVA FENOLL, Jordi.** «La razón de ser de la presunción de inocencia». *Indret: revista para el análisis del Derecho*. 2016, núm. 1, pp. 1-23.
- OCHOA MONZÓ, Virtudes.** «Sujetos de la investigación en el proceso penal», en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.); SANZ HERMIDA, Ágata (coord.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid : Cóllex, 2006. ISBN 84-8342-042-2, pp. 99-117.
- PAZ RUBIO, José María.** «La prueba en el proceso penal», en: *La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid : C.G.P.J., 1992. ISBN 84-88031-08-4, pp. 93-279.
- PÉREZ MARÍN, María Ángeles.** «Apuntes sobre la prueba de alcoholemia en el Proceso Penal». *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais da UNIPAR*. 2007, núm. 1, vol. 10, pp. 5-24.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo.** *Derecho procesal civil. Volumen 1º*. Madrid : Tecnos, 1973. ISBN 84-309-0423-9.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo.** *Tratado de Derecho Procesal Civil: proceso declarativo y proceso de ejecución*. 2ª edición. Tomo I. Pamplona : 1985, Aranzadi. ISBN 84-7016-280-2.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo.** *Derecho Procesal Penal*. 4ª edición. Madrid : Tecnos, 1989. ISBN 84-309-1737-3.
- RAMALLO MACHÍN, Andrea Cristina.** *ADN: huellas genéticas en el Proceso Penal*. Tesis Doctoral, Universidade de A Coruña. A Coruña, 2015.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco.** *Enjuiciamiento criminal. Undécima lectura constitucional*. 11ª edición. Barcelona : Atelier, 2014. ISBN 978-84-15690-63-4.
- REY HUIDOBRO, Luis Fernando.** «La entrega vigilada: problemas jurídicos que plantea». *Diario la Ley*. 2015, núm. 8630.

- REYES LÓPEZ, Javier Ignacio.** «Diligencias de investigación ámbito europeo», en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); MARCHAL ESCALONA, Nicolás (dir.). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*. Navarra : Aranzadi, 2015. ISBN 978-84-9098-918-0, pp. 229-236.
- RIFÁ SOLER, José María.** «Entrada y registro en lugar cerrado», en: ABEL LLUCH, Xavier (dir.); RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (dir.). *Estudios sobre prueba penal*. Vol. III. Madrid : La Ley, 2013. ISBN 978-84-8126-498-2, pp. 49-130.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo.** «Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial». *Diario la Ley*. 2015, núm. 8487, pp. 1-27.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis.** «Los dispositivos electrónicos de posicionamiento global (GPS) en el Proceso Penal». *Diario la Ley*, 2012, núm. 7945.
- RUIZ BOSCH, Sacramento.** «La circulación o entrega vigilada o controlada de drogas y otras sustancias y efectos prohibidos». *Diario la Ley*. 2015, núm. 8589, pp. 5-28.
- RUIZ VADILLO, Enrique.** «La actividad probatoria en el proceso pena español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales», en: *La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid : C.G.P.J., 1992. ISBN 84-88031-08-4, pp. 49-92.
- RUIZ VADILLO, Enrique.** «Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal». *Eguzkilor: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. 1999, núm. Extra. 13, pp. 291-303.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, Rosa.** «Cuestiones relevantes de la prueba de alcoholemia en el proceso penal». *Revista de Derecho UNED*. 2013, núm. 13, pp. 391-436.
- SANZ HERMIDA, Ágata.** «Hacia la consolidación del Estatuto Jurídico de los sospechosos y acusados en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Los últimos instrumentos: presunción de inocencia, derecho a estar presente en el juicio y protección de derechos de menores sospechosos o acusados». *Revista General de Derecho Procesal*. 2016, 39.
- TARUFFO, Michele.** *La prueba de los hechos*. [trad.] Jordi Ferrer Beltrán. Madrid : Trotta, 2002. ISBN 84-8164-534-6.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco.** «‘In dubio pro reo’, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia». *Revista española de Derecho Constitucional*. 1987, núm. 20, pp. 9-34.

VARELA GONZÁLEZ, José Antonio. «La Policía Judicial», en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); MARCHAL ESCALONA, Nicolás (dir.). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*. Navarra : Aranzadi, 2015, pp. 31-80. ISBN 978-84-9098-918-0, pp. 81-117.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.); SANZ HERMIDA, Ágata (coord.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid : Cóllex, 2006. ISBN 84-8342-042-2, pp. 31-80.

VEGAS TORRES, Jaime. «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal: STC 31/1981, de 28 de julio». *Persona y derecho: revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 2006, núm. 55, pp. 741-770.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. «Funciones de la Policía Judicial», en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.); MARCHAL ESCALONA, Nicolás (dir.). *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*. Navarra : Aranzadi, 2015. ISBN 978-84-9098-918-0, pp. 189-204.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. «Tecnovigilancia, geolocalización y datos: aspectos procesales penales». *Diario la Ley*. 2014, núm. 8338.