

**UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO / EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**



**ZUZENBIDE  
FAKULTATEA  
FACULTAD  
DE DERECHO**

**LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y ANTICIPADA: DOS INSTITUTOS  
INVISIBILIZADOS EN EL PROCESO PENAL**

---

Estudio sobre el valor probatorio de las diligencias sumariales y en concreto de la  
prueba preconstituida

Trabajo realizado por **Irene PAULE VEGA**

Dirigido por **José Francisco ETXEBERRIA GURIDI**

Trabajo de Fin de Grado

GRADO EN DERECHO

2019/2020

## RESUMEN

Conscientes de la suma importancia que la prueba ostenta en el proceso penal español, resulta insostenible que, actualmente, diversos extremos relativos a tal elemento esencial se encuentren, además de invisibilizados en la regulación procesal vigente, rodeados de una amalgama constante de incorrecciones y confusiones; doctrinal, y jurisprudencialmente. El presente estudio, en vista de esta realidad, tiene por objeto analizar aquellas figuras procesales que, distanciándose del cauce probatorio generalmente establecido, atribuyen a los actos de investigación un indudable valor probatorio: la prueba preconstituida y la prueba anticipada.

**PALABRAS CLAVE:** valor probatorio, diligencias sumariales, anticipación y preconstitución de la prueba, principios probatorios, confusión doctrinal y jurisprudencial.

## LABURPENA

Frogak Espainiako prozesu penalean duen garrantzi handiaz jabetuta, eramanezina da, gaur egun, funtsezko elementu horri buruzko hainbat alderdi, indarrean dagoen arauketa prozesalean ikusezin bihurtzeaz gain, oker eta nahaste ugariz inguratuta egotea; bai doktrinari, bai jurisprudentziari dagokienez. Lan honen xedea da, errealitate hori ikusita, oro har ezarritako froga-bideetatik aldenduz, ikerketa-ekintzei zalantzarik gabeko froga-balioa ematen dieten figura prozesalak aztertzea: bai aurretik eratutako froga, bai froga aurreratua.

**GAKO HITZAK:** froga-balioa, sumario-eginbideak, frogaren aurrerapena eta aurreraketa, froga-printzipioak, doktrinaren eta jurisprudentziaren nahasmena.

## ABSTRACT

Aware of the great importance of the evidence in Spanish criminal proceedings, it is inconceivable to argue that, at present, various aspects of this essential element are not only invisibilized in the current procedural regulations, but also surrounded by a constant amalgam of incorrectness and academics and case-law confusion. The present

study, in view of this situation, aims to analyse those procedural figures that, distancing themselves from the generally established evidentiary channel, attribute to the acts of investigation an undoubted probative value: the pre-constituted evidence and the anticipated evidence.

**KEYWORDS:** evidentiary value, investigative acts, anticipation and preconstitution of evidence, evidentiary principles, academics and case-law confusion.

### **ABREVIATURAS**

CE	Constitución Española
EVD	Estatuto de la víctima
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

**ÍNDICE**

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>2. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA PRUEBA .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Concepto de prueba: “Tanto vale no tener derecho, cuanto no poder probarlo”. .....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 La prueba en el proceso penal: ¿criterio general fijo o con singularidades? .....</b>	<b>13</b>
<b>3. ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA Y PRINCIPIOS QUE RIGEN SU PRÁCTICA: ¿NECESARIA OBSERVANCIA DE ESTOS?.....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 Aseguramiento de la prueba .....</b>	<b>17</b>
<b>3.2 Exigencias rectoras de la práctica de la prueba: .....</b>	<b>19</b>
3.2.1 Derecho fundamental a la presunción de inocencia .....	19
3.2.2 Principios probatorios .....	21
3.2.2.1 Principio de contradicción.....	22
3.2.2.2 Oralidad e inmediación.....	23
3.2.2.3 Concentración y publicidad .....	25
<b>3.3 En su defecto, ¿la prueba carece de validez? .....</b>	<b>26</b>
<b>4. EFICACIA PROBATORIA DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES .....</b>	<b>28</b>
<b>4.1 Introducción de diligencias sumariales en el juicio oral.....</b>	<b>28</b>
<b>4.2 Confusión de conceptos: ¿términos equivalentes prueba anticipada y prueba preconstituida? .....</b>	<b>29</b>
<b>5. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA .....</b>	<b>31</b>
<b>5.1 Validez del concepto de prueba preconstituida: singular desacuerdo en su concreción .....</b>	<b>31</b>
<b>5.2 Requisitos necesarios para su apreciación .....</b>	<b>32</b>
<b>5.3 Prueba preconstituida de la Policía Judicial.....</b>	<b>33</b>
5.3.1 Atestado: ¿simple denuncia o prueba? .....	37

<b>5.4 Prueba preconstituida del Juez instructor .....</b>	<b>38</b>
<b>5.5 Incorporación al juicio oral: observancia de principios probatorios .....</b>	<b>43</b>
<b>6. LA PRUEBA ANTICIPADA O PRECONSTITUIDA COMO SOLUCIÓN A LA REVICTIMIZACIÓN .....</b>	<b>44</b>
<b>6.1 La declaración: ¿irreproducibilidad absoluta? .....</b>	<b>44</b>
<b>6.2 Anticipación –o preconstitución– de la declaración: requisitos condicionantes de su admisibilidad.....</b>	<b>46</b>
<b>7. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>50</b>
<b>8. FUENTES .....</b>	<b>54</b>
<b>8.1 Apéndice bibliográfico .....</b>	<b>54</b>
<b>8.2 Apéndice legislativo.....</b>	<b>56</b>
<b>8.3 Apéndice Jurisprudencial .....</b>	<b>57</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

*Da mihi factum, dabo tibi ius*, o lo que es lo mismo; «dame los hechos, yo te daré el derecho». Este aforismo latino con tanta presencia en la práctica judicial debe enlazarse estrechamente con un concepto de suma relevancia: la prueba.

“La prueba es el alma del proceso”<sup>1</sup> en tanto, “el arte del procedimiento judicial no es esencialmente más que el arte de producir las pruebas”<sup>2</sup>. Estas dos citas, entre otras<sup>3</sup>, permiten deducir la especial transcendencia que recoge la prueba a lo largo de todo el proceso, si bien es cierto que su máxima eficacia prevalece en el momento en el que despliega su actividad; esto es, en el juicio oral. Se afirma así, que la prueba es elemento esencial que nace de la existencia de un proceso y que culmina su indudable transcendencia en el último acto de éste; el juicio<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, (TOL865.090), p. 1.

<sup>2</sup> BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, (D. José Gómez de Castro, Trad.), Ed. Imp. De Tomás Jordán, Madrid, 1835, (Obra original publicada en 1825), p. 15.

<sup>3</sup> *Vid.* en tal sentido, DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. V. P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, p. 19. “Si se considera la prueba, como también es frecuente hacerlo desde el punto de vista del resultado que con ella se persigue, es decir, del convencimiento del juez sobre los hechos del caso, lo que implica una actividad síquica de éste, aparece igualmente claro su carácter de acto jurídico procesal”.

<sup>4</sup> A tal efecto, se coincide con la idea que GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.090), p. 3, ofrece en relación a la teoría que CARNELUTTI sostiene sobre la prueba. En este sentido, CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, (N. Alcalá - Zamora y Castillo, Trad.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, (Obra original publicada en 1947), p. XVIII, entiende que “la prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento”, y por lo tanto comprende su valor, no tanto en el proceso, sino en el juicio. A tal efecto, GUZMÁN FLUJA considera, y el presente estudio conviene con él, que si bien es innegable la relación directa que mantiene la prueba con el juicio que emite el juez, no se debe olvidar, de igual forma, que es el procedimiento probatorio establecido por la ley el que permite el conocimiento del juez sobre tales pruebas mediante su oportuna incorporación al juicio en cuestión. Por todo ello, concluye que “lo mismo que el juicio jurisdiccional no es factible sin previo proceso, llevado adelante conforme a las reglas de procedimiento legalmente establecidas, la prueba pertenece tanto al ámbito del juicio como al ámbito del proceso”, esto es, “la prueba es tanto corazón o clave del juicio, si la consideramos una vez producida, como corazón o clave del proceso, si la consideramos en la fase de producción”. Esta forma de entender la prueba como piedra angular, no solo del juicio, sino del proceso que comprende a éste, será la que predomine a lo largo del presente estudio.

Cabe afirmar que el ámbito de aplicación del concepto de prueba alberga una extensión que supera con creces los límites del derecho<sup>5</sup>, empero, el objeto estudio del presente trabajo se centrará en la trascendencia que ésta adquiere en la vida jurídica, en tanto es en este ámbito donde adquiere, sin lugar a duda, una especial importancia; más si cabe, en el proceso penal, donde, por su propia estructura conformada por diversas fases –instrucción y juicio oral, principalmente–, configura un modelo de prueba cuyo estudio no resulta, desde luego, baladí, y del que se encargarán las siguientes páginas.

La estructura del proceso penal es clara; se encuentra dividida, –sin perjuicio de la fase intermedia entre ambas– en la fase de instrucción, por un lado, y en la fase del juicio oral, por otro. En la instrucción procesal –fase objeto del trabajo– tendrá lugar la recopilación de aquellos materiales fácticos de los que harán uso las dos partes centrales del juicio, acusación y defensa, para fundamentar sus correspondientes pretensiones y lograr la efectiva convicción del juez. Así, la instrucción encuentra su fundamento exclusivamente a razón del juicio oral, en tanto ésta será la única forma legítima que posibilite la celebración del mismo<sup>6</sup>. En atención a lo anterior, el carácter “principal”<sup>7</sup> de la fase de instrucción será de investigación o preparatoria del juicio oral, mientras que será verdaderamente en la fase del juicio oral donde la prueba cobre su mayor sentido, puesto que será aquí donde tengan lugar los actos probatorios revestidos por el principio

---

<sup>5</sup> *Vid. infra*, p. 11.

<sup>6</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.094), p. 3. A tal efecto, continúa añadiendo que:

Toda la instrucción no es más que un conjunto de actividades que están dirigidas a procurar reunir los elementos que permitan poder esclarecer el hecho delictivo y la persona de su autor. Desde el momento en que la instrucción es un sistema de recopilación de materiales sobre los que las partes deben proceder en el juicio oral a formular tanto la hipótesis acusadora como la hipótesis defensiva, y a demostrarlas o probarlas ante el juez sentenciador para que éste pueda verificar cual es la correcta, debemos admitir que en la instrucción, por definición se produce una recopilación, casi diría un almacenamiento, de elementos que están llamados a ser fuentes de prueba.

<sup>7</sup> Resulta necesario aclarar el uso del concepto “principal”; y tal y como señala GUZMÁN FLUJA, *ibidem*, “la instrucción penal es, se mire como se mire, una actividad de investigación (aunque no sólo es investigación, también es aseguramiento como se deriva de la adopción de medidas cautelares)”, sin embargo, en este caso se caracteriza como “principal”, dado que, como se analiza más adelante, dicha investigación, en ocasiones y ante diversas circunstancias, adquiere no solo una finalidad preparatoria de juicio oral –en aras de desplegar en dicho momento, valor probatorio a través de su correcta incorporación– sino conformadora por sí misma de actividad probatoria.

de aportación de parte que tienen como función principal atraer la convicción del juzgador y servir de fundamento para su posterior sentencia<sup>8</sup>.

En síntesis, las diligencias sumariales y los actos de prueba ostentan diversos fines de muy distinta índole, en tanto los primeros únicamente adquieren carácter de investigación y preparatorio del juicio oral, y los segundos se dirigen a lograr la convicción del Juez o tribunal sobre aquella hipótesis, bien acusatoria, bien de defensa<sup>9</sup>; por lo que única y exclusivamente podrán tener lugar en aquel momento en el cual el juez pueda tener un contacto directo, esto es, en el juicio oral.

El problema central del trabajo es el siguiente. ¿Qué sucede cuando, en atención a la propia naturaleza de la diligencia sumarial o de diversas circunstancias que acompañan a la misma, el proceso penal se encuentra con la imposibilidad de que el Juez o Tribunal encargado de dictar sentencia, obtenga un contacto directo con ésta? Sucintamente; ¿qué ocurre con aquellas diligencias de imposible reproducción en el juicio oral?<sup>10</sup>.

El presente trabajo tiene como finalidad principal encontrar una respuesta sólida a dichas cuestiones y analizar los mecanismos que la normativa actual contempla ante tales situaciones. Por ello, el objeto central será abordar el cauce normal que la actividad probatoria sigue en el proceso penal, y analizar cuándo, en cambio, el valor probatorio supera el límite que permite únicamente dotar de este carácter a los actos que se practiquen en el juicio oral; y por tanto apreciar cuándo las diligencias de investigación

---

<sup>8</sup> HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 28 citada por ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español - referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada”, *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales)*, 2015, N°. 2180, pp. 1-54, p. 5. Recuperado de <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427569379?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B>

<sup>9</sup> TARUFFO, M., *La prueba: artículos y conferencias*, Ed. Metropolitana, Santiago de Chile, 2009, p. 104.

<sup>10</sup> Afirmar rotundamente que estas diligencias carecen “siempre y en todo caso” de valor probatorio, supondría asumir una quiebra en el orden jurídico y consecuentemente una vulneración de derechos fundamentales intrínsecos a éste. De lo contrario, el reconocimiento automático de estas diligencias como pruebas, conllevaría desvirtuar la configuración de prueba practicada en fase de juicio oral que debe predominar en todo proceso, desdibujando así la línea que separa –acertadamente–, la instrucción del juicio oral.

pasan a considerarse piezas esenciales del proceso penal, adquiriendo de la misma manera dicho valor probatorio. Para ello, en primer lugar, se analizarán los aspectos principales de la prueba –procesal y extraprocetal– en aras de analizar el esquema que sigue ésta en el proceso penal y estudiar si existen situaciones en las que debe necesariamente separarse del cauce generalmente establecido.

Aun cuando la respuesta a lo anteriormente expuesto sea afirmativa; es decir, aun cuando efectivamente se contemplen situaciones en las que la configuración propia de la prueba se difumine, permitiendo a las diligencias sumariales adquirir carácter probatorio, deberán ser respetadas aquellas exigencias y principios probatorios que rigen la práctica de la prueba. A tal efecto, se analizará la relevancia que adquieren todos estos principios en la práctica de la prueba para examinar, a lo largo de todo el trabajo, los diversos inconvenientes que surgen en la necesaria observancia de estos principios por parte de aquellos mecanismos que otorgan a los actos de investigación valor probatorio<sup>11</sup>.

Se tomará como premisa que los actos de investigación y los actos de prueba son elementos claramente diferenciables, dado que los actos de investigación no se convierten automáticamente en actos de prueba que permitan al juzgador fundamentar su correspondiente sentencia<sup>12</sup>. No obstante, la norma regula, aunque de forma parca, instrumentos de los que el juez podrá hacer uso cuando existan diligencias imposibles de ser reproducidas en el acto del juicio oral<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Sirva como adelanto señalar que tales garantías adquieren una configuración similar, pero no idéntica, en función del momento en el que se de su observancia; y a tal efecto, se coincide con la idea que GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.089), p. 3, ofrece concretamente con el principio de inmediación: “Lo que debe analizarse es si la inmediación judicial en la instrucción es efectivamente la misma garantía de inmediación a la que nos referimos en el juicio oral, y adelanto desde ya mi respuesta o conclusión: NO se trata de la misma garantía, no es lo mismo hablar de la inmediación judicial en la fase de instrucción que hacerlo en la fase del juicio oral”.

<sup>12</sup> MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 215-226.

<sup>13</sup> A pesar de que a lo largo del trabajo se vaya a utilizar el concepto de “irrepetibilidad o de irreproducibilidad de la prueba”, también se admite como posible la configuración de “disponibilidad o no disponibilidad de las fuentes de prueba” que otorga GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.116), p. 4. En este sentido, señala que admitir el concepto de “irreproducibilidad” conllevaría entender el juicio como “una repetición de lo actuado en la instrucción, salvo en aquello en lo que ésta resulta irrepetible caso en el que se debe tomar directamente el acto instructorio. Algo descorazonador después de todos los esfuerzos para separar y distinguir instrucción y juicio oral: éste no es más que una repetición de la instrucción”.

Es en este contexto donde adquieren especial consideración las figuras procesales de la prueba preconstituida y la prueba anticipada. A pesar de que la actual normativa –y las múltiples incorrecciones tanto doctrinales como jurisprudenciales– no permita diferenciar claramente entre ambas, lo cierto es que estas dos figuras procesales fundamentales, no solo de la investigación, sino también del propio proceso penal, contienen unos rasgos singulares que hacen que su aplicación sea exclusiva para depende qué casos<sup>14</sup>. Por ello se tratará de esclarecer la confusión doctrinal y jurisprudencial que existe en torno a dichos instrumentos y fundamentar el indudable carácter probatorio que adquieren, apreciando el modo en que éstas pueden llegar a encajar dentro de la propia esencia de la actividad probatoria que configura el proceso penal. En este sentido, serán analizadas las dos principales vertientes de la prueba preconstituida; prueba preconstituida de la Policía Judicial y prueba preconstituida judicial.

En su caso, si bien es cierto que la observancia de la prueba preconstituida o anticipada cobran sentido en aquellos supuestos en los que se da una imposibilidad de reproducir en el juicio oral las diligencias correspondientes, no lo es menos cuando se señala que estas resultan de gran utilidad a la hora de evitar un fenómeno, al que, a pesar de su creciente interés y presencia en los procesos judiciales, no se le termina de otorgar el valor y la atención que requiere: la revictimización o victimización secundaria.

A tal efecto, la anticipación o preconstitución de la prueba contribuye a evitar que las víctimas especialmente vulnerables sufran una serie de daños adicionales en su estabilidad psicológica como resultado del correspondiente proceso judicial en el que se encuentran involucradas; lo que se denomina como victimización secundaria<sup>15</sup>.

Será en este apartado donde se ponga de relieve el uso indistinto que sobre la prueba preconstituida y anticipada realiza tanto la doctrina como la jurisprudencia, dejando constancia del galimatías de incorrecciones y confusiones sobre el que se sustentan estos dos institutos procesales.

---

<sup>14</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>15</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., MUÑOZ VICENTE, J. M., SOTUCA PLAZA, A., MANZANERO PUEBLA, A. L., “Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables”, *Papeles del psicólogo*, 2013, Vol. 34, Nº. 3, pp. 227-237, p. 231. Recuperado de <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2280.pdf>

A modo de colofón, se terminará el presente trabajo mediante la conclusión a la que se puede llegar tras todo el análisis realizado sobre las cuestiones ya mencionadas anteriormente, con la intención de proporcionar una visión sobre las mismas que resulte de utilidad práctica.

La metodología a seguir a lo largo del trabajo consistirá, en un primer momento, en el análisis normativo y doctrinal; empero, consciente de la exigua regulación de la que disponen la mayoría de los aspectos a trabajar, la principal fuente de fundamentación radicará en el complejo análisis que la reiterada jurisprudencia ha realizado y realiza sobre todos estos.

## 2. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA PRUEBA

### 2.1 Concepto de prueba: “Tanto vale no tener derecho, cuanto no poder probarlo”.

“La falta de prueba equivale a no existencia” (*Idem est non esse et non probari*). Históricamente, la prueba, mediante citas como ésta e incluso con el paso del tiempo, ha ido recalcando su indudable valor y eficacia, no únicamente en un mundo procesal o de derecho, sino en cualquier ámbito que pueda trascender sobre éste, como es la realidad cotidiana.

Resulta inviable analizar de forma correcta un concepto si efectivamente se obvia la amplitud de su ámbito y contexto; y en lo que atañe al presente estudio, TARUFFO recuerda que “resulta imposible definir y analizar de forma completa la prueba si nos situamos exclusivamente en la dimensión jurídica del problema”<sup>16</sup>. No es menos oportuna, en este caso, la expresión que CARNELUTTI ofrece cuando señala que “El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, (J. Ferrer Beltrán, Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 2005, (Obra original publicada en 1992), p. 23.

<sup>17</sup> CARNELUTTI, F., *La prueba...*, *op.cit.*, p. XIV.

No obstante, ello no conlleva que la prueba ostente una finalidad totalmente distinta en atención a si ésta se da en un campo procesal o no, puesto que la verdadera diferencia se presenta, no en el ámbito en el cual se hace uso de la prueba, sino de las consecuencias del resultado obtenido a partir de ésta. La diferencia más radical tiene lugar cuando dichas consecuencias adquieren un carácter u otro en función del sujeto que haga uso de la prueba. A tal efecto, en el caso del historiador u otros que comprendan actividades análogas, las consecuencias obtendrían una naturaleza informativa o de libre aceptación; no en cambio, en el supuesto del juez o legislador, en cuyo caso las consecuencias del resultado obtenido por la prueba adquirirán un carácter vinculante o imperativo<sup>18</sup>.

En definitiva, se podría decir que tanto el juez como el legislador son aquellos historiadores de casos concretos que dan sentido a la noción de prueba, con la finalidad de encontrar la verdad real que pueda fundamentar su investigación vinculante. En este contexto, todo orden procesal que se desarrolle bajo las premisas que la configuración de la prueba establece, indudablemente desemboca en una necesaria seguridad jurídica en la que aquellas meras apariencias sobre un hecho se transforman en verdaderas pruebas que permiten garantizar un proceso justo y veraz.

En efecto, la finalidad de la prueba judicial se puede sintetizar de forma muy clara por TARUFFO<sup>19</sup>; “Las pruebas sirven al juez como elementos de conocimiento, en función de los cuales determina cuál entre las diferentes hipótesis posibles, relativas a cada caso, debe elegirse como verdadera y, por lo tanto, como base racional para la decisión final que resuelve la incerteza entre verdad y falsedad de cada enunciado de hecho”.

No se debe avanzar, llegados a este punto y antes de adentrarse con mayor detenimiento en la actividad probatoria, sin mencionar la expresión que CARNELUTTI ofrece con respecto a esto: “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del

---

<sup>18</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba...*, op. cit., p. 11.

<sup>19</sup> TARUFFO, M., *La prueba: artículos y...*, op.cit., p. 104.

futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”<sup>20</sup>. En palabras de MITTERMAIER, “La sentencia que ha de versar sobre la verdad de los hechos de la acusación, tiene por base la prueba”. Todas estas expresiones de la prueba son las que se van a tomar como referencia a lo largo de toda la exposición<sup>21</sup>.

## 2.2 La prueba en el proceso penal: ¿criterio general fijo o con singularidades?

La prueba principalmente ha de versar sobre los hechos alegados en el proceso, bien por la acusación, bien por la defensa. Ello, no obstante, no implica que todo hecho sea susceptible de constituir objeto de prueba, puesto que solo podrá considerarse merecedor de tal carácter aquel hecho sobre el que las partes no estén de acuerdo; dicho de otro modo, el objeto de prueba vendrá conformado por los hechos controvertidos, excluyendo de tal manera los de general conocimiento o notorios<sup>22</sup>.

A su misma vez, se debe tener en cuenta que no cualquier actividad probatoria es capaz de enervar la presunción de inocencia, la cual, “además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental que el art. 24.2 de la Constitución reconoce y garantiza a todos”<sup>23</sup>; sino que únicamente será susceptible de fundar el fallo de una sentencia, y con ello romper dicha presunción, aquella actividad probatoria que sea practicada debidamente en sede de juicio oral<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> CARNELUTTI, F., *La prueba...*, *op. cit.*, p. XVIII.

<sup>21</sup> MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal: ó Exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. / por C. J. A. Mittermaier; traducido al castellano con un apéndice sobre la legislación criminal de España, relativa a la prueba*, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, p. 2.

<sup>22</sup> MARTÍN OSTOS, J. (Ed.), “La prueba en el proceso penal acusatorio”, *Justicia revista de derecho procesal*, 2013, Nº. 2, pp. 25-68, p. 136. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/84871845.pdf>

<sup>23</sup> STC núm. 137/1988, de 7 de julio [FJ 1].

<sup>24</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 10.

Tal exigencia encuentra su fundamento en el art. 741 LECrim<sup>25</sup>, el cual, en base a las garantías exigidas en el art. 24.2 CE, señala que “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley. 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”.

El procedimiento probatorio, en aras de evitar un desorden procedimental, establece un esquema general que comienza, en primer lugar, con la proposición de la prueba, continúa con su admisión y, finalmente, culmina en su efectiva práctica.

Sin perjuicio del reconocido principio de igualdad procesal, la proposición o carga de la prueba recae sobre los acusadores, que con intención de demostrar la veracidad que persiguen los hechos alegados, propondrán la práctica de las pruebas pertinentes; y es que la defensa, en base a la presunción de inocencia que le ampara, podrá optar por la pasividad absoluta<sup>26</sup>. Tan eficaz resulta para la defensa enervar las afirmaciones de la acusación, como observar la imposibilidad de ésta de demostrar su alegación.

La simple proposición en ningún caso supone una aceptación automática que obligue al juzgador a tenerla en cuenta, teniendo que superar para ello la admisión, que será facultad exclusiva del órgano judicial. Sucintamente, el Tribunal efectuará un juicio sobre su pertinencia, admitiendo aquellas sobre las que confirme su relación con el hecho investigado y rechazando las restantes<sup>27</sup>.

La práctica de la prueba, tal y como establece el art. 741. LECrim en base al principio de inmediación, necesariamente debe realizarse en el momento del juicio oral

---

<sup>25</sup> *Vid. infra*, p. 20.

<sup>26</sup> MARTÍN OSTOS, J. (Ed.), “La prueba en el proceso...”, *op. cit.*, p. 140.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

ante el Tribunal que con anterioridad haya admitido su práctica<sup>28</sup>. El art. 24 CE, “en la medida en que reconoce, en sus párrafos 1 y 2, los derechos a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión, y a un proceso con las garantías debidas” consagra, entre otros, el derecho de defensa, así como el principio de contradicción e igualdad de armas, imponiendo “a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa”<sup>29</sup>. De igual forma, será necesaria la observancia de los principios de concentración (art. 744 LECrim) y publicidad (art. 680 LECrim).

Existe, como se ha podido comprobar, cierta premisa que exige que únicamente sean consideradas pruebas, en sentido propio, aquellas que sean llevadas a cabo durante las sesiones en el juicio oral (art. 741 LECrim). En cambio, las diligencias que tengan lugar con anterioridad a dicho juicio oral serán identificadas como “aquellas 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” (art. 299 LECrim). Todo esto lleva necesariamente a diferenciar la prueba practicada durante el juicio oral de las diligencias llevadas a cabo en la investigación del delito, y consecuentemente, a diferenciar las dos principales fases del proceso penal: la fase de instrucción y la fase del juicio oral.

No obstante, el proceso judicial, ante diversas circunstancias que serán analizadas posteriormente, se distancia significativamente de esta noción, permitiendo que la actividad probatoria pueda ser desplegada no solo a los actos probatorios que tienen lugar en el juicio oral, sino también a aquellas diligencias de investigación que aun habiéndose practicado con anterioridad a este momento, puedan considerarse elementos esenciales del proceso penal, adquiriendo un indudable y significativo carácter probatorio.

---

<sup>28</sup> *Vid.* en este sentido, art. 229 LOPJ sobre los principios de inmediación y oralidad de las pruebas en el proceso penal.

<sup>29</sup> STC 66/1989, de 17 de abril [FJ 12].

Esto es posible puesto que la normativa actual, aunque de forma parca, contempla instrumentos que permiten, tal y como señala el art. 730 LECrim, la lectura o reproducción “a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el art. 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

Es en este punto donde cobran especial relevancia la anticipación y preconstitución de la prueba, dos institutos procesales que, a pesar de la gran confusión, bien doctrinal, bien jurisprudencial, que ostentan, resultan de gran interés en el ámbito probatorio; siendo capaces de generar una base sólida sobre la que una sentencia se pueda fundamentar, siempre y cuando se cumplan las correspondientes garantías exigidas constitucional y procesalmente.

Por todo ello, resulta interesante analizar las singularidades que el proceso judicial en ocasiones presenta, permitiendo que instrumentos como la prueba anticipada o preconstituida cambien la idea estricta de valor probatorio que en un primer momento se anticipa; afirmando así que todo proceso se adapta, y se debe adaptar, a todas aquellas circunstancias excepcionales que quedan fuera del alcance de lo establecido generalmente.

A tal efecto, el examen de esta materia permite apreciar cómo figuras que en un principio carecían de una singular naturaleza probatoria terminan considerándose pieza fundamental, no únicamente de la investigación penal, sino también del propio proceso. Y por si esto no fuera suficiente, el empleo de estos mecanismos irremediamente nos fuerza a examinar la relevante transcendencia que toman en relación con la protección de los derechos y garantías exigidas constitucional y procesalmente<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 6.

### 3. ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA Y PRINCIPIOS QUE RIGEN SU PRÁCTICA: ¿NECESARIA OBSERVANCIA DE ESTOS?

#### 3.1 Aseguramiento de la prueba

Como se ha podido comprobar, la prueba no nace directamente en el juicio oral, a pesar de que sea en dicho acto donde adquiera su mayor relevancia, sino que ésta debe superar las fases que tienen lugar desde la práctica de las primeras diligencias hasta el juicio oral en sí mismo<sup>31</sup>:

- A. En la primera fase tienen lugar los actos de obtención de fuentes de prueba que se dan previo al comienzo del proceso, puesto que tienen lugar en una realidad anterior a éste.
- B. En la fase de instrucción, tendrá lugar la incorporación de las fuentes de prueba que se hayan obtenido en la fase anterior mediante los actos de incorporación correspondientes; por lo que, bien a petición de las partes, o de oficio, se aportarán las fuentes de prueba al proceso.
- C. Será en el juicio oral donde se dé verdaderamente la práctica de los medios de prueba, a excepción de la prueba anticipada y preconstituida, que se analizarán más adelante.

Se observan, por tanto, a lo largo de todo el proceso comprendido por dichas fases, dos conceptos de especial relevancia como lo son “fuentes y medios de prueba”, que precisan de una clara distinción ofrecida doctrinalmente ante la inexistente apreciación de dicha distinción por parte de la LECrim<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, *Manuales de formación continuada (Consejo General del Poder Judicial)*, 2010, N.º 51, pp. 31-692, pp. 11 y 12 citado por GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 157-158. Recuperado de <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/ehu/52363>

<sup>32</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 16.

GUZMÁN FLUJA<sup>33</sup>, ofrece una clara distinción sobre estos dos conceptos, entendiendo que la fuente de prueba existe ajena y con independencia al proceso, de forma que sus repercusiones jurídicas quedarán supeditas a la efectiva apertura o no de éste, mientras que, el medio de prueba que encuentra su razón de ser en la existencia de un proceso, será aquel vehículo que haga aparecer la fuente de prueba dentro de éste; es decir, las fuentes de prueba que preexisten al proceso se verán incorporadas a través del pertinente medio de prueba al conocimiento judicial. Añade para su mejor comprensión, el ejemplo de la prueba testifical en la cual la fuente de prueba sería aquel testigo conocedor de la información sobre los hechos que preexiste al proceso, y, el medio de prueba será la declaración del testigo, que permitirá trasladar dicha información al juez mediante el método que se disponga (interrogatorio en la mayoría de los casos).

Es necesario volver a partir de la premisa de que el principal interés del proceso penal radica en que toda prueba que lo integre sea practicada en sede de juicio oral, constituyendo de tal forma, un proceso penal garante del principio de contradicción y oportunidad que debe tener cada una de las partes de conocer el material probatorio; empero, ya se ha mencionado que existen diversas situaciones que rompen completamente este esquema y, por consiguiente, el criterio general establecido por el proceso judicial y sus exigencias legales. Entendiendo que es necesaria la práctica de la prueba en el momento del juicio oral, para que ésta adquiera el carácter probatorio necesario para fundamentar una sentencia, ¿qué sucede cuando se da la imposibilidad de llevar dicha práctica al momento del plenario? Como ya se ha podido desvelar, la ley, ante tales complicaciones, regula, aunque no de forma específica, diversos mecanismos como son la anticipación o la preconstitución de la prueba, que aun sujetos a una gran confusión doctrinal y jurisprudencial, y siendo su estudio el principal objeto de este

---

<sup>33</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.094), p. 1. Asimismo, recuerda que no se debe confundir la preexistencia de la fuente con su oportuna preconstitución y en este contexto señala que:

La preexistencia es siempre un fenómeno «involuntario», en el sentido de que la fuente surge por la propia dinámica de los acontecimientos humanos: objetos y conocimientos que, en cuanto integran o versan sobre una relación jurídica, potencialmente pueden tener trascendencia en un proceso al constituir material de referencia para la decisión de un juez (y también esos objetos, materiales, conocimientos, etc. pueden ser fuentes de pruebas no procesales o judiciales). La preconstitución de la fuente como tal requiere una voluntariedad: aunque no se sepa si hará falta en un futuro, se quiere garantizar la constancia en una determinada forma y manera, con un determinado contenido, del objeto, la materia o el conocimiento precisamente en vistas de su futura utilidad. *Ibíd.* p. 2.

trabajo, merecen ser individualmente reconocidas desechando la posibilidad de configurarlos como equivalentes.

Sin duda alguna, el aseguramiento de la prueba se encuentra estrechamente relacionado con la prueba anticipada y la prueba preconstituida; y es que, en términos de GIMENO SENDRA “el aseguramiento de la prueba es una actividad del Juez de Instrucción que comprende dos cometidos concretos, bien la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de prueba instructora anticipada, bien la guarda o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida”<sup>34</sup>.

### 3.2 Exigencias rectoras de la práctica de la prueba:

Todo proceso penal que tenga lugar en un Estado social y democrático de Derecho, debe realizarse con el más que estricto cumplimiento de todos aquellos principios y garantías exigidos legalmente; siendo por excelencia el artículo base de toda esta acepción el art. 24 CE, que regula el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión, así como a la presunción de inocencia y demás garantías constitucionales intrínsecas del proceso penal<sup>35</sup>. En este sentido, resulta imprescindible analizar aquellos criterios sobre la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que la jurisprudencia constitucional ha ido estableciendo.

#### 3.2.1 Derecho fundamental a la presunción de inocencia

La conformación de la prueba en el proceso penal queda supeditada a la observancia de ésta por una serie de exigencias, entre las cuales podría destacarse principalmente el derecho a la presunción de inocencia. Como ya se ha podido afirmar, mediante su constitucionalización a través del art. 24.2 CE, adquiere un indudable valor

---

<sup>34</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2013, p. 228 citado por ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>35</sup> ORTEGA, GUTIÉRREZ, D., Constitución española: sinopsis artículo 24, 2003 diciembre. Recuperado de <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

como derecho fundamental, que a su misma vez, queda reflejado en el art. 741 LECrim en tanto recoge dos aspectos de suma importancia.

Por un lado, la libre valoración de la prueba que contempla el art. 741 LECrim, tal y como establece la fundamental STC 31/1981, de 28 de julio, “supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado”. En lo relativo al segundo aspecto, establece que únicamente será vinculante para el Tribunal penal aquello que sea alegado y probado dentro del juicio oral, y por lo tanto solamente será tomado como prueba aquella que sea practicada en dicho momento<sup>36</sup>.

De todo esto se puede deducir que aquella prueba necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que debe acompañar a todo proceso debe contemplar, necesariamente, una serie de requisitos<sup>37</sup>. En tal sentido, la STC 303/1993, de 25 de octubre<sup>38</sup> establece que la presunción de inocencia conlleva en primer lugar, que la carga de la prueba recaiga sobre la parte acusadora que deberá probar los hechos alegados, en

---

<sup>36</sup> STC núm. 31/1981, de 28 de julio [FJ 3].

<sup>37</sup> A tal efecto, GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865. 103), p. 3, considera –de manera acertada bajo la perspectiva del presente trabajo– que la regla general de la presunción de inocencia, así como, la exigencia de la práctica de la prueba en el momento del juicio oral, encuentran como excepción, la anticipación y preconstitución de la prueba.

<sup>38</sup> STC núm. 303/1993, de 25 de octubre [FJ 3]. *Vid.* también en este sentido, la STC núm. 76/1990, de 26 de abril [FJ 8], que entre otras, señala de igual forma las exigencias que comporta la presunción de inocencia:

1.<sup>a</sup>, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos; 2.<sup>a</sup>, sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.<sup>a</sup>, de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.<sup>a</sup>, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

segundo lugar, que tal actividad probatoria deba ser suficiente como para generar en el Tribunal la certeza de la responsabilidad penal del acusado en el correspondiente hecho punible, y por último, que los actos de prueba que integren dicha actividad probatoria, hayan sido obtenidos bajo la estricta observancia de los derechos fundamentales y su efectiva práctica deba haber respetado los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad.

En conclusión y sintetizando lo anterior, para comprobar si la prueba de cargo sobre la que se fundamenta la sentencia en cuestión vulnera el derecho a la presunción de inocencia, en primer lugar, deberá examinarse si ésta se obtuvo respetando las garantías inherentes al proceso debido, dando lugar al análisis de diversas circunstancias que la STS 2432/2014, de 10 de junio recoge de tal forma:

En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia<sup>39</sup>.

### 3.2.2 Principios probatorios

En aplicación de todo esto, y relacionándolo con el asunto del estudio, la prueba debe ser el elemento esencial que se integra en el proceso debidamente, una vez se encuentre revestido de todas las garantías formales y principios exigidos legalmente, y que, consecuentemente, adquiera aquel carácter probatorio que desmonte la presunción de inocencia que debe primar en todo proceso judicial. A tal efecto, principios como el de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, deben ser las piezas clave que construyan las bases esenciales de la práctica de la prueba que rija en todo proceso penal,

---

<sup>39</sup> STS núm. 2432/2014, de 10 de junio [FJ 1].

y que con su debida práctica se ofrezca a las partes un proceso judicial garante de toda tutela judicial efectiva<sup>40</sup>. Todos estos principios se encuentran relacionados entre sí, de manera que la oralidad y la publicidad de las actuaciones procesales constituyen el necesario presupuesto de la inmediación y contradicción de las pruebas. Así las cosas, únicamente podrán tomarse en consideración en la correspondiente sentencia aquellas pruebas que hayan sido introducidas al juicio atendiendo estos presupuestos<sup>41</sup>.

En conclusión, únicamente será tomada verdaderamente como acto procesal, en palabras de GIMENO SENDRA, aquella “actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del juez o tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba”<sup>42</sup>.

Visto esto, resulta conveniente analizar las exigencias que contienen cada uno de estos principios para que, posteriormente, se pueda comprobar cómo estos, en ocasiones, se encuentran con una serie de situaciones en las que su cumplimiento se ve frustrado; siendo en estas ocasiones donde toman parte los grandes focos de estudio del presente trabajo: prueba preconstituida y prueba anticipada.

### 3.2.2.1 Principio de contradicción

En este orden, el principio de contradicción<sup>43</sup> se encuentra estrechamente relacionado con el derecho que exige la presencia del acusado en la celebración del juicio oral, así como la asistencia de su defensa a lo largo de todo su desarrollo. Principalmente, requiere que toda práctica de prueba se lleve a cabo en presencia del acusado, teniendo

---

<sup>40</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>41</sup> BARRIENTOS PACHO, J. M., *Prontuario procesal penal*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 48. Recuperado de <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/eHu/60184>

<sup>42</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de...*, *op. cit.*, p. 413 citado por ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>43</sup> En lo relativo a la constitucionalización del principio de contradicción, *vid. supra*, p. 15 que hace referencia a la STC núm. 66/1989, de 17 de abril [FJ 12].

éste, bien personalmente o mediante su defensa, la oportunidad de intervenir en dicha práctica<sup>44</sup>.

Reiteradas sentencias vienen otorgando la especial protección de la que es merecedor no solo el principio de contradicción, sino también otros como los de oralidad e inmediación que serán analizados posteriormente. A tal efecto la STC 86/1999, de 10 de mayo entiende que [FJ 3]:

Es doctrina consolidada de este Tribunal, desde su STC 31/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la Justicia penal en el momento de dictar Sentencia, aquéllas a las que se refiere el art. 741 de la L.E.Crim., esto es, las practicadas en el juicio oral bajo los principios de publicidad, oralidad e inmediación. 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 (SSTC 137/1988, 150/1989, 217/1989, entre otras)<sup>45</sup>.

Sin embargo, el principio de contradicción no solo adquiere una especial relevancia en la celebración del juicio oral, sino que en diversas ocasiones, y como será analizado en los siguientes puntos, su estricto respeto adquiere singularidades cuando tal garantía de contradicción debe estar presente en fase sumarial<sup>46</sup>.

### 3.2.2.2 Oralidad e inmediación

Por su parte, el principio de oralidad exige que, tanto el juicio en cuestión, como las pruebas que se vayan a practicar a lo largo de éste, se desarrollen de forma verbal<sup>47</sup>; ello no obstante, adquirirán de la misma forma valor probatorio aquellos elementos

---

<sup>44</sup> BARRIENTOS PACHO. J. M., *Prontuario procesal...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>45</sup> STC núm. 86/1999, de 10 de mayo [FJ 3].

<sup>46</sup> *Vid.*, entre otros, art. 777. 2 LECrim.

<sup>47</sup> La fase de instrucción, en cambio, tal y como menciona GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.106), p. 2, puede afirmarse que es escrita, en base a que, al ser esta una fase documentada en su integridad, predomina la escritura –sin perjuicio de aquellas declaraciones cuyo cumplimiento es oral–.

probatorios con soporte documental que se introduzcan en el juicio a través de su correspondiente lectura<sup>48</sup>.

El principio de oralidad se encuentra estrechamente vinculado con el principio de inmediación, el cual conlleva la obligación a la que está sujeto el Juez o Tribunal de fundamentar su sentencia a través de las formulaciones y medios de prueba desarrollados a lo largo del juicio oral y ante su presencia. Esta idea, empero, no supone que la inmediación sea considerada método para el convencimiento del Juez, eximiéndole así de su imprescindible deber de motivar, sino que la inmediación supone la efectiva materialización de la prueba ante éste<sup>49</sup>.

El cumplimiento de dicho principio queda sujeto al estricto respeto de las dos dimensiones que lo integran<sup>50</sup>:

- A. La dimensión formal de la inmediación implica la necesidad de que sea el Juez o Tribunal quien presencie y reciba, de forma directa y sin ningún tipo de delegación, las correspondientes pruebas.
- B. La vertiente material, en cambio, exige que los hechos introducidos en la fundamentación de la sentencia por parte del Juez o Tribunal sean extraídos de las fuentes de prueba que con anterioridad se hayan realizado ante él en el juicio oral.

De todo lo anterior se puede extraer una definición aproximada que comprende dicho principio como aquel que exige que toda prueba sea practicada en presencia del Juez o Tribunal encargado de dictar la posterior sentencia, de modo que sea éste, de forma directa y sin posibilidad alguna de sustitución, quien las perciba para que su posterior motivación se formule a través de las fuentes de prueba ante él practicadas.

---

<sup>48</sup> BARRIENTOS PACHO, J. M., *Prontuario procesal...*, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>49</sup> *Ibíd.* pp. 49-50

<sup>50</sup> *Ibídem.*

La STC 16/2009, de 26 de enero viene a recalcar todo lo expuesto cuando señala que:

La garantía de inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para “comprobar la certeza de [los] elementos de hecho”<sup>51</sup>.

### 3.2.2.3 Concentración y publicidad

Todos estos principios obtienen un efectivo respeto cuando principios como el de publicidad y concentración también se encuentran presentes a lo largo de todo el proceso. Con ello, el principio de concentración implica agrupar en la menor cantidad posible de audiencias los actos procesales correspondientes, evitando que los actos probatorios puedan verse frustrados o alterados con el paso del tiempo, y otorgando al Juez o Tribunal una percepción más próxima y real de las pruebas practicadas en la vista del juicio oral<sup>52</sup>. Por su parte, la publicidad queda contemplada en el art. 24 CE cuando regula un “proceso público y con todas las garantías”, así como en el art. 120.1 CE donde se establece que las actuaciones judiciales serán públicas, siendo el art. 680 LECrim el que imponga la publicidad en los debates del juicio oral<sup>53</sup>. Debe distinguirse aquí su aspecto interno de su aspecto externo, siendo el primero el que garantiza que todo lo que tenga lugar dentro de un proceso deba ser conocido por las partes, y el segundo que tales actuaciones

---

<sup>51</sup> STC núm. 16/2009, 26 de enero de 2009 [FJ 5].

<sup>52</sup> HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 11 y 12 citada por ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>53</sup> Todo ello sin perjuicio de las excepciones contempladas por el art. 681 LECrim.

procesales no deben estar ocultas para la sociedad, teniendo cualquier ciudadano la posibilidad de asistir al desarrollo de dichas actuaciones judiciales<sup>54</sup>.

### 3.3 En su defecto, ¿la prueba carece de validez?

Tras todo lo expuesto, resulta obvio pensar que solo se llevará a cabo un proceso recubierto de las necesarias garantías y derechos e integrado por pruebas con indudable carácter probatorio, cuando la presencia de estos principios sea efectiva y su cumplimiento rigurosamente respetado. Pues bien, lo cierto es que en la práctica existen circunstancias que impiden realizar un proceso contemplado por todos estos principios y que, apartándose de la regla general establecida por éstos, se conforman pruebas que a pesar de no estar completamente recubiertas de todas estas exigencias, adquieren, de la misma forma, un carácter probatorio susceptible de fundar una sentencia y enervar un derecho tan relevante como es el de la presunción de inocencia.

La separación entre la función de instruir y de decidir, esto es, fase de instrucción y fase de juicio oral, conlleva comprender que el cumplimiento de cada una de estas finalidades observa los principios probatorios desde una perspectiva diferente. En este sentido, a diferencia del juicio oral en el que “rigen en toda su amplitud la igualdad, la contradicción, la oralidad, la publicidad”, la fase de instrucción parte del “carácter secreto, la limitación del principio de contradicción y del derecho de defensa, la limitación de la igualdad de las partes, la escritura como obligada forma de documentación de las actuaciones”<sup>55</sup>.

A tal efecto, el art. 730 LECrim y, consecuentemente, la realización de la prueba anticipada o de la prueba preconstituida se apartan de “la regla general de que solo son pruebas para fundar el fallo del órgano judicial las practicadas en el juicio oral y, por lo

---

<sup>54</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.106), p. 1. Añade a esto último que la publicidad está encaminada a la “consolidación de la confianza de los ciudadanos y de la sociedad en la administración de justicia, a fomentar la responsabilidad de los órganos judiciales, y a evitar que circunstancias ajenas a los tribunales influyan en ella”.

<sup>55</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.109), p. 1.

tanto, sometidas a las garantías de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción”<sup>56</sup>. Indudablemente, todo aquel material probatorio que tenga la intención de configurarse como prueba en fase de juicio oral, deberá observar, en la medida de lo posible, todas aquellas exigencias propias de la prueba, de forma que cuanto más presente se encuentren tales garantías, menor será la sombra de duda que pueda proyectarse sobre la pertinente información relevante que se desprende de la fuente de prueba; y por consiguiente, será más probable que su utilización sea admitida<sup>57</sup>.

Toda esta idea se encuentra estrechamente relacionada con la irreproducibilidad que menciona el art. 730 LECrim<sup>58</sup>, y es que la presencia de estas garantías dependerá de si esta imposibilidad de reproducción en el juicio oral resulta previsible (como suele suceder con la prueba anticipada) o no previsible. En consecuencia, GUZMÁN FLUJA establece que la irreproducibilidad –en términos suyos, falta de disponibilidad– previsible desembocará en una mayor perfección de la preconstitución de la prueba, dado que la aplicación de tales garantías, podrá tener lugar de forma simultánea a tal proceso de preconstitución –siempre en la medida de lo posible–, mientras que cuando la irreproducibilidad tenga lugar de forma imprevisible, la utilización de la prueba y por tanto la exigencia de garantías deberá adecuarse al momento de la preconstitución bajo razones de la propia lógica; todo ello sin perjuicio de la posterior comprobación sobre la utilización de aquellas garantías cuya aparición pudiese darse de forma sucesiva.<sup>59</sup>

En síntesis, se conviene con dicho autor cuando concluye que no resulta en absoluto lógico “enarbolar la bandera de las que garantías por las garantías, esto es, la bandera que exige un completo respeto a las garantías «en abstracto» y que termina por hacer «abstracto» también al proceso penal, desconociendo que todo proceso penal opera

---

<sup>56</sup> HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación como garantía...*, op. cit., p. 130 citada por ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, op. cit., p. 15.

<sup>57</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, op.cit., (TOL865.116), p. 7.

<sup>58</sup> El cual, teniendo en cuenta que conlleva la disminución de garantías y principios que deberían acompañar cualquier proceso judicial, debe vincularse, únicamente, a una serie de circunstancias estrechamente contempladas, olvidando por completo su aplicación de forma extensa e indeterminada, y primando una interpretación rigurosa de excepciones claramente establecidas.

<sup>59</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, op.cit., (TOL865.126), p. 7.

sobre un caso concreto, sobre unas circunstancias determinadas, sobre unas necesidades que le son propias, y es en ese contexto donde habrá que determinar el respeto a las garantías”<sup>60</sup>.

#### 4. EFICACIA PROBATORIA DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES

##### 4.1 Introducción de diligencias sumariales en el juicio oral

Nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, parte de la exigencia exacta de considerar prueba, en sentido estricto (susceptible de enervar la presunción de inocencia<sup>61</sup>), aquella que sea practicada en la fase del juicio oral, donde tiene lugar el correspondiente debate contradictorio que desarrollado ante el Juez o Tribunal encargado de dictar sentencia, éste obtiene un contacto directo y sin intermediarios con los medios de prueba que las partes aportan en aras de obtener su consecuente convicción<sup>62</sup>.

No obstante, esta exigencia no se halla revestida de una aplicación ilimitada y absoluta y por lo tanto, “no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerles esa eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción”<sup>63</sup>.

En este sentido, nuestro ordenamiento, consciente de la imposibilidad de plantear un proceso sin prueba, se ve obligado a configurar mecanismos que posibiliten al Juez o Tribunal fundamentar su sentencia prescindiendo de la fórmula de prueba que dicha exigencia plantea. Dos serán principalmente las modalidades que permitan la

---

<sup>60</sup> *Ibid.* (TOL865.119) pp. 2-3.

<sup>61</sup> *Vid. supra*, pp. 19-21.

<sup>62</sup> MUERZA, ESPARZA, J., “Sobre el valor de la prueba preconstituida en el proceso penal”, *Nuevos horizontes del derecho procesal libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Ed. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 769-785, p. 769.

<sup>63</sup> STC núm. 80/1986, de 17 de junio [FJ 1].

continuación de un proceso que no cuente con la práctica de la prueba en el momento del juicio oral: la anticipación y preconstitución de la prueba.

#### **4.2 Confusión de conceptos: ¿términos equivalentes prueba anticipada y prueba preconstituida?**

La exigua regulación que contienen estos dos mecanismos, así como la más que evidente confusión, bien doctrinal, bien jurisprudencial que ostentan, conlleva que su estudio se dificulte en mayor medida. La prueba anticipada y prueba preconstituida, en reiteradas ocasiones, han sido víctimas de un uso indistinto e impreciso por parte de la jurisprudencia, desvirtuándolas, e incluso aunando ambas bajo el término de “figuras equivalentes”; desatando una destacable inseguridad jurídica. Toda esta ausencia de determinación y distinción exacta de conceptos, desemboca en una introducción errónea de éstas en el proceso, al desconocer verdaderamente por parte de los operadores jurídicos la verdadera funcionalidad de las mismas, así como su alcance y exigencias para desplegar su efectiva eficacia probatoria<sup>64</sup>.

Ciertamente, el concepto de prueba anticipada goza de una mayor claridad y una mejor aceptación sobre su concreción conceptual que la prueba preconstituida, la cual atrae mayor disconformidad y rechazo, conformando así posturas muy diversas. En este sentido, IGLESIAS CANLE señala que “resulta absurdo adjetivar con el participio «preconstituida» el sustantivo «prueba» pues una actividad no se puede preconstituir. Lo que sí se puede es dejar constancia de que se ha realizado y el modo como se ha hecho, en un soporte apto para albergar datos (documentos, fotos, vídeos, etc.), pero ello no es cosa distinta a la creación de una fuente de prueba”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>65</sup> IGLESIAS CANLE, I. C., “La denominada «prueba pericial preconstituida»: La nueva redacción del art. 788. 2 LECrim”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2003, N.º. 605, pp. 1-7, p. 1 citada por ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas...”, *op. cit.*, p. 19. *Vid.* también GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.094), p. 3 que descarta “la prueba preconstituida” y considera más oportuna la “preconstitución de la fuente de la prueba”; “la preconstitución de una prueba viene referida a la fuente de la prueba y no al medio de prueba, y cuando se habla de prueba preconstituida automáticamente hay que pensar en la fuente de la prueba”.

Sirva una breve distinción entre ambas con el fin de intentar clarificar ambos conceptos desde una perspectiva general, en tanto el análisis concreto recaerá en mayor medida sobre la prueba preconstituida –institución central del trabajo–.

El concepto de prueba anticipada confiesa, desde un primer momento, cual será su singular característica; y es que ésta, a pesar de encontrarse sujeta a las reglas generales de la prueba, y consecuentemente a los principios probatorios de contradicción, publicidad e intermediación, su práctica probatoria, bien ante el órgano enjuiciador, bien ante el Juez de Instrucción competente<sup>66</sup>, tendrá lugar en un momento anterior al inicio del juicio oral<sup>67</sup>. Tal anticipación tiene lugar dado que, en atención a las circunstancias y características que rodean dicha diligencia, se sobreentiende imposible o muy complicada que su posterior reproducción en el juicio oral vaya a realizarse.

Resulta relevante señalar, a tal efecto, la configuración que GUZMÁN FLUJA ofrece sobre la prueba anticipada, admitiendo que ésta únicamente puede ser practicada ante el tribunal sentenciador; concretamente señala que:

Por prueba anticipada debe entenderse aquella que resulta practicada una vez abierto al juicio oral, ante el tribunal sentenciador, y por lo tanto con plena vigencia del principio de intermediación, con la asistencia de todas las partes en plenitud de uso de sus derechos, y por lo tanto con plena vigencia del principio del contradictorio, con la práctica del medio probatorio previsto para el juicio oral, y por ello con publicidad, con oralidad, y usando o versando la prueba sobre la fuente de prueba, que resulta disponible y es utilizada. La prueba anticipada es respetuosa con todos los principios procesales que rigen la formación de la prueba, y sólo queda fuera el principio de concentración<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Respecto a la prueba anticipada ante el Juez de Instrucción, el art. 448 LECrim contempla la posibilidad de que “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”.

<sup>67</sup> MUERZA, ESPARZA, J., “Sobre el valor de la prueba...”, *op. cit.*, p. 769.

<sup>68</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.120), p. 2, concluye a tal respecto que, “la regla general es que la prueba anticipada que se quiere practicar antes de que se inicie el proceso al que irá referida ha de celebrarse ante el mismo juez que conocería de éste. Si admitiéramos la prueba anticipada sumarial, la regla sería absolutamente la contraria: conoce de la prueba anticipada un juez que está impedido luego para conocer del proceso principal. Creo que no es una regla justificada, ni es acorde con la propia esencia del proceso penal”. *Ibid.* p. 5.

Ciertamente, en el presente trabajo se podría llegar a coincidir con tal idea, no descartándola –a pesar de que la regulación contemple la participación del Juez de Instrucción– en tanto atribuir tal sentido a la prueba anticipada contribuiría irremediablemente a eliminar en gran parte aquellas incorrecciones y confusiones que sobre ambos conceptos se encuentran presentes tanto en la jurisprudencia como en la doctrina<sup>69</sup>.

La prueba preconstituida se configura automáticamente con una diferencia muy clara sobre la anterior, puesto que en este caso, únicamente tendrá lugar ante el Juzgado de Instrucción competente; distanciándose así de la configuración originaria de “prueba”, que se configura bajo el principio de inmediación. La preconstitución de la prueba cobra su mayor sentido cuando se presentan en el proceso diligencias que, en atención a su propia naturaleza, su repetición en el juicio oral resulta imposible.

## 5. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

### 5.1 Validez del concepto de prueba preconstituida: singular desacuerdo en su concreción

Como se ha adelantado, el concepto de “prueba preconstituida” no goza de unánime conformidad en el ámbito jurisprudencial ni doctrinal, por lo que se pueden apreciar, en estos dos campos, posturas diversas que oscilan entre los que consideran que mecanismos como la prueba anticipada y la prueba preconstituida son instrumentos equiparables con finalidades idénticas y, por lo tanto, desatando un innegable caos jurídico sobre su uso; otros que reniegan del término “prueba preconstituida”<sup>70</sup>, rechazando por lo tanto dicha acepción para todo aquello que adquiriera el carácter de prueba como tal; hasta aquellos que distinguen entre ambas modalidades y otorgan a la prueba preconstituida un indudable carácter probatorio y reconocimiento individualizado.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Vid. supra*, nota 65.

En representación de estos últimos, GIMENO SENDRA señala que el Juez de Instrucción junto con su personal colaborador –Policía Judicial y Ministerio Fiscal–, podrán practicar aquellas pruebas preconstituidas que por referirse a hechos de imposible repetición en el juicio oral, no puedan ser introducidos mediante los medios de prueba ordinarios a dicho momento; y por lo tanto, en base a su carácter aseguratorio de fuentes de prueba, su incorporación tendrá lugar mediante lo dispuesto en el art. 730 LECrim, siempre bajo la observancia de las correspondientes garantías formales, como es la contradicción<sup>71</sup>.

Esta concepción de prueba preconstituida que ofrece dicho autor será la que predomine a lo largo de todo el presente trabajo, y de la cual se deduce que la competencia originaria de la preconstitución de la prueba pertenece al Juez de Instrucción; no olvidando que dicha práctica podría corresponder en diversas situaciones, de igual forma, al Ministerio Fiscal y a la Policial Judicial –esta última será analizada en los siguientes puntos–, que en ocasiones precisará de control judicial<sup>72</sup>.

## 5.2 Requisitos necesarios para su apreciación

Es necesario abordar las diligencias sumariales como actos de investigación que, por tener tal carácter originario, su desarrollo no tiene lugar bajo las garantías de la prueba ni de los principios probatorios como son la inmediación y contradicción, puesto que su principal finalidad no reside en la determinación definitiva de los hechos (necesaria para fundamentar una sentencia), sino que su objeto trasciende en el descubrimiento del delito, así como de las diferentes circunstancias que lo rodean<sup>73</sup>.

Sin embargo, amplia jurisprudencia del TC admite excepcionalmente una configuración distinta en atención a las diligencias instructoras constitutivas de prueba

---

<sup>71</sup> GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, N<sup>o</sup>. 22, pp. 35-64, p. 37-38. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/viewFile/194212/260386>

<sup>72</sup> *Ibíd.* p. 38.

<sup>73</sup> STC núm. 217/1989, de 21 de diciembre [FJ 2].

sumarial preconstituida y anticipada, y en este sentido la STC 141/2001, de 18 de junio recoge los requisitos necesarios que deberán contemplarse:

a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: ...que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral<sup>74</sup>.

En este sentido, únicamente adquirirán carácter probatorio aquellas diligencias de investigación cuya práctica se haya realizado bajo la observancia –en la medida de lo posible– de todos estos requisitos que la jurisprudencia ha ido estableciendo paulatinamente.

### 5.3 Prueba preconstituida de la Policía Judicial

Como ya se ha mencionado, la práctica de la prueba preconstituida, a pesar de pertenecer originariamente al Juez de Instrucción, también cabe que sea efectuada por la Policía Judicial. Todo esto nos lleva a configurar diversas modalidades de prueba preconstituida; prueba preconstituida policial, por un lado, y prueba preconstituida judicial por otro<sup>75</sup>.

El art. 126 CE permite obtener una idea general sobre las funciones que la Policía Judicial ostenta, siendo éstas la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, siempre bajo la dependencia de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal. No obstante, la LECrim ofrece un reconocimiento legal mayor a la actividad

---

<sup>74</sup> STC núm. 141/2001, de 18 de junio. [FJ 4].

<sup>75</sup> GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la...”, *op. cit.*, p. 38.

instructora de la Policía Judicial, concretamente en los arts. 282 a 298 LECrim, arts. 769 a 772 LECrim correspondientes al procedimiento abreviado, y art. 796 LECrim en relación a los juicios rápidos.

Extrapolando la concepción de prueba preconstituida sobre la que se sustenta dicho trabajo<sup>76</sup>, y teniendo en cuenta que ésta podrá ser practicada por el Juez de Instrucción y su personal colaborador, entre el que se incluye la Policía Judicial, se podría deducir que la actividad que tiene lugar en la investigación policial, así como sus diligencias, podrían llegar a desplegar carácter probatorio de forma automática, mediante la prueba preconstituida, en su caso. Pues bien, esta idea no resulta del todo cierta dado que es necesario partir de la base de que las diligencias policiales, por si mismas, no constituyen fuente probatoria; a tal efecto, la STC 217/1989, de 21 de diciembre establece las diversas posibilidades que se pueden plantear en torno a la eficacia probatoria de las diligencias policiales y sumariales:

a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, SSTC 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril, y 137/1988, de 7 de julio)

b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida (SSTC 80/1986 y 37/1988), aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquellos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 62/1985, de 10 de mayo), puesto 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

c) no constituyen medios de prueba en si mismo los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 297 L.E.Crim.), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un «objeto de prueba» (SSTC 31/1981 y 9/1984). Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las

---

<sup>76</sup> Vid. *supra*, p. 32.

declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2.º y 727 L.E.Crim., que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales<sup>77</sup>.

En cuanto a aquellas diligencias policiales susceptibles de adquirir valor preconstituido, GIMENO SENDRA configura una clasificación que se divide, por un lado, en la “prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención”, y por otro, en “la prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial”<sup>78</sup>.

La prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención permite que, siempre bajo razones de urgencia que justifican la ausencia de intervención de la correspondiente autoridad judicial, la Policía Judicial pueda practicar actos de prueba preconstituida sin perjuicio de que su validez quede condicionada a la posterior ratificación del Juez de Instrucción. En cambio, pueden tener lugar actos de la Policía Judicial que, por la naturaleza de su actividad concreta, estos incidan en el libre ejercicio de determinados derechos fundamentales, exigiendo, consecuentemente, autorización previa y efectivo control judicial; esto es lo que se denomina prueba preconstituida de la Policía Judicial con control judicial<sup>79</sup>.

Si bien el estudio individualizado de estas dos modalidades no atañe al caso, se considera pertinente destacar características relevantes sobre aquella prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención, en tanto el momento efectivo de su realización tiene lugar en ausencia de control judicial, y por lo tanto se configuran como excepción a la regla general de la preconstitución probatoria.

Así las cosas, la prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención queda integrada por los métodos alcoholímetros –diligencia a analizar–, grabaciones de videovigilancia, análisis sobre estupefacientes y las inspecciones corporales<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> STC núm. 217/1989, de 21 de diciembre [FJ 2].

<sup>78</sup> GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la...”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>79</sup> *Ibid.* pp. 39 y 47-48.

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 38.

La capacidad de adquirir valor probatorio de todos estos actos que conforman dicha prueba preconstituida, en muchas de las ocasiones, se ve especialmente perjudicada cuando estos quedan sumergidos en un atestado policial; puesto que éste, en un principio, solo tiene la posibilidad de considerarse como una simple denuncia<sup>81</sup>. No obstante, reiterada jurisprudencia<sup>82</sup> ha ido configurando los criterios necesarios para apreciar cuándo estos actos son susceptibles de generar eficacia probatoria<sup>83</sup>.

La STC 111/1999, de 14 de junio, así como la STC 5/1989, de 19 de enero, entre otras, mencionan las diferentes garantías que deben observar los controles de alcoholemia practicados por la Policía Judicial, cuando el resultado que se desprende de éstos tenga la intención de presentarse como prueba de cargo.

Los controles alcoholímetros, al quedar integrados en un atestado policial, adquieren de la misma forma que este valor de denuncia, si bien al no haber su reproducción en el juicio oral pueden configurarse como prueba preconstituida, siempre bajo la observancia de las diversas exigencias establecidas. El primero de estos requisitos será el preciso respeto del derecho de defensa, que se materializará informando al interesado de su derecho a la realización de un segundo examen, así como de un análisis de sangre. En segundo lugar, su incorporación deberá estar presidida, en la medida de lo posible, por los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción<sup>84</sup>. Por último, no bastará con la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado que integra el resultado de la prueba en cuestión, sino que será preciso que dicha prueba sea sometida a contradicción a través de la pertinente ratificación en el mismo momento del juicio oral por parte de los agentes que la practicaron, o en cambio, que se practiquen otras pruebas encaminadas a acreditar la influencia de la bebida ingerida en la conducción del vehículo<sup>85</sup>. De esta forma, el juzgador podrá examinar la realidad de los hechos de forma directa, a la vez que el acusado tendrá la opción de rebatir dicha versión.

---

<sup>81</sup> *Ibíd.* p. 41.

<sup>82</sup> *Vid.* entre otras, STC núm. 100/ 1985, de 3 de octubre [FJ 1]; STC núm. 182/1989, 3 de noviembre [FJ2]; STC núm. 79/1994, de 14 de marzo [FJ 3]; STC núm. 188/2002, de 14 de octubre [FJ 2].

<sup>83</sup> *Vid. infra*, p. 37., sobre el valor del atestado y las diligencias que lo integran.

<sup>84</sup> STC núm. 111/1999, de 14 de junio [FJ 5].

<sup>85</sup> STC núm. 5/1989, de 19 de enero [FJ 2].

De todo lo expuesto resulta la definición que GIMENO SENDRA ofrece al señalar que “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”<sup>86</sup>.

### 5.3.1 Atestado: ¿simple denuncia o prueba?

La práctica de todas estas diligencias que conforman la prueba preconstituida policial, como se ha podido comprobar, están sujetas a diversos requisitos de los que dependerá su posterior eficacia probatoria; no obstante, además de ello, su incorporación al juicio oral se hará mediante el correspondiente atestado, el cual, como ya se ha señalado, en un principio solo tiene valor de denuncia.

No obstante, resulta necesario constatar la distinción fundamental entre el valor del atestado, por un lado, y el de las diligencias —ej. controles de alcoholemia analizado anteriormente— que puedan acompañarlo, por el otro.

En cuanto al propio atestado, el art. 297 LECrim adelanta que los atestados y manifestaciones de la Policía Judicial adquieren, para los efectos legales, carácter de denuncia. Ciertamente, la finalidad de dicho artículo no es necesariamente “minusvalorar el alcance del atestado policial, sino antes bien situarlo en su adecuado lugar en el proceso que no es el que corresponde a la prueba”, y es que el objetivo de tal imposición reflejada en los art. 297 y 741 de la LECrim radica en impedir a los “Tribunales ordinarios (entre otras razones por su sometimiento al imperio de la Ley que el art. 117.1 de la Constitución prescribe) formar su convicción en torno a la autoría de los hechos únicamente sobre la base de los atestados y sin las necesarias garantías procesales de inmediación y contradicción”<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la...”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>87</sup> STC núm. 182/1989, de 3 de noviembre [FJ 2].

La STC 173/1997, de 14 de octubre sintetiza los puntos relativos al valor probatorio del atestado policial que la doctrina constitucional ha ido asentando:

1º. Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo.

2º. No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes.

3º. Cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales –por ejemplo, el test alcoholimétrico–, y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado<sup>88</sup>.

Así las cosas, a pesar de que el atestado, tal y como la LECrim establece, adquiera principalmente valor de denuncia, las diligencias que en el constan corren una suerte más favorable cuando en atención a su propia irreproducibilidad en el juicio oral, y bajo la observancia de diversas exigencias, adquieren una configuración susceptible de generar eficacia probatoria.

#### **5.4 Prueba preconstituida del Juez instructor**

Como se viene reiterando a lo largo del presente trabajo, la prueba preconstituida originariamente debe ser practicada por el juez instructor, es decir, la competencia de los actos de prueba preconstituida queda reservada a los Jueces de Instrucción; por lo que la diferencia más significativa entre la prueba preconstituida policial y la prueba preconstituida judicial se resume en la autoridad que vaya a realizar la práctica de dicha prueba.

GIMENO SENDRA establece, a tal efecto, la siguiente clasificación sobre la prueba preconstituida judicial:

- A. La recogida y conservación del cuerpo del delito
- B. El reconocimiento judicial

---

<sup>88</sup> STC núm. 173/1997, de 14 de octubre [FJ 2].

- C. Las inspecciones e intervenciones corporales
- D. La entrada y registro
- E. La intervención de las comunicaciones<sup>89</sup>

Una vez más, el examen específico de cada uno de estos actos sobrepasa del estudio del presente trabajo. Sin embargo, resulta conveniente analizar algunos de estos con el fin de estudiar diversos aspectos característicos de dicha prueba preconstituida judicial y, consecuentemente, analizar su valor probatorio, así como su posterior incorporación en el juicio oral.

Así las cosas, en el reconocimiento judicial, o en diferentes términos, en la inspección ocular, el Juez instructor hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito y el estado en el que se encuentran los objetos recopilados, así como las huellas, vestigios y demás pruebas que puedan resultar de interés para el momento del juicio oral, adoptando u ordenando a la Policía Judicial o al médico forense, en su caso, que adopte toda aquella medida necesaria que garantice la autenticidad de la recogida, custodia y estudio de las muestras obtenidas (art. 326 LECrim).

En este sentido, la STS 1159/2005, de 10 de octubre ofrece un preciso análisis sobre la inspección ocular y su valor probatorio como prueba preconstituida. Como punto de partida, considera necesario distinguir entre las diligencias de investigación llevadas a cabo por técnicos de la Policía Judicial, y la inspección ocular llevada a cabo durante la instrucción sumarial realizada por el Juez Instructor; señalando que “a diferencia de la inspección ocular que pueden realizar los funcionarios de la policía judicial al amparo de lo dispuesto en los arts. 282 LECrim. y 28 RD 769/87, que son solo actos de investigación y no de prueba (STS. 15.10.2001), el reconocimiento judicial efectuado por el Juez de Instrucción constituye un acto de prueba preconstituida (STS. 1.10.2001), que es susceptible de ser introducida en el juicio oral a través de la lectura sanadora del art. 730 LECrim”. En base a esto, menciona las diversas garantías o exigencias que deberá cumplir la diligencia de reconocimiento para que pueda adquirir el valor de prueba

---

<sup>89</sup> GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la...”, *op. cit.*, p. 38. No obstante, ésta no constituye una lista cerrada de prueba preconstituida judicial.

preconstituida; exigencias que han quedado ya expuestas a lo largo del trabajo y que dicha sentencia las clasifica de la siguiente forma<sup>90</sup>:

- A. Requisito material: imposible reproducción en el juicio oral.
- B. Requisito subjetivo: practicadas ante el Juez de Instrucción.
- C. Requisito objetivo: cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas, garantizándose la contradicción, por lo cual siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito.
- D. Requisito formal: reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 LECrim, mediante la “lectura del documento”, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

Por último, añade que “si bien con carácter excepcional se ha admitido el valor documental del acta que refleja la diligencia de inspección ocular, y reconstitución de hechos, solo lo es en cuanto a los datos objetivos que en ella se contienen, pero no en relación con las manifestaciones que allí consten”<sup>91</sup>.

Al margen de los requisitos jurisprudencialmente establecidos, la LECrim establece diversas exigencias que deberán observarse en la práctica de la inspección ocular, y a tal efecto, dedica su art. 333 al principio de contradicción que deberá regir dicha práctica al señalar que “cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarlas, ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio, si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes”. No obstante, la incomparecencia del procesado o su defensor no conllevará la suspensión de la práctica, siempre y cuando haya sido informado por el Secretario Judicial –actualmente Letrado de la Administración de la Justicia– de la práctica de dicha diligencia con la anticipación que su naturaleza lo permita.

---

<sup>90</sup> STS núm. 1159/2005, de 10 de octubre [FJ 2].

<sup>91</sup> *Ibíd.* [FJ 3].

Por todo lo expuesto, se puede observar cómo la inspección ocular o reconocimiento judicial, a pesar de ser una diligencia practicada por el Juez instructor en fase sumarial, puede llegar a adquirir valor como prueba preconstituida judicial siempre y cuando su práctica se desarrolle bajo la estricta observancia de todos los requisitos ya mencionados.

La diligencia sumarial de entrada y registro permite analizar, de igual forma que la inspección ocular ya examinada, diversas notas características que presentan las diligencias que se configuran como prueba preconstituida judicial.

La entrada y registro que encuentra su regulación en los art. 545-572 LECrim, puede considerarse como aquella diligencia cuya práctica limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio recogido en el art. 18.2 CE; en base al cual, la práctica de esta diligencia solo procederá en los siguientes casos:

- A. Consentimiento del titular del domicilio
- B. Resolución judicial que autorice su práctica
- C. Supuesto de flagrancia delictiva

En el caso que nos ocupa, el art. 550 LECrim contempla la posibilidad de que el Juez de Instrucción, en los casos indicados por el art. 546 LECrim, ordene la entrada y registro de cualquier lugar cerrado que considere como domicilio, en defecto del consentimiento del titular del domicilio<sup>92</sup>.

Pese a la principal finalidad investigadora de la diligencia de entrada y registro, el resultado que se obtenga de dicha diligencia, es decir, “el hallazgo y obtención de los efectos relevantes para la investigación del hecho punible”, podrá ser introducido en el proceso a través de su configuración como prueba preconstituida<sup>93</sup>. En ese contexto, el valor como prueba de dicha diligencia vendrá determinada en función de si ésta encuentra

---

<sup>92</sup> Todo esto sin perjuicio de la opción que contempla el art. 553 de la LECrim, que señala diversos casos en los que los agentes de policía podrán realizar la entrada y registro sin necesidad de autorización previa.

<sup>93</sup> STS núm. 199/2011, de 30 de marzo [FJ 10].

su fundamento en una autorización judicial, o si, en cambio, se practica bajo el consentimiento del propietario o en casos de flagrancia delictiva.

En el primero de los casos, el valor probatorio de aquella diligencia de entrada y registro que se desarrolle bajo mandamiento judicial, quedará determinada por la presencia del Letrado de la Administración de Justicia<sup>94</sup>, encargado de levantar el correspondiente acta (art. 569 LECrim), que realizada bajo fe pública judicial –requisito indispensable–, obtendrá los efectos oportunos como prueba preconstituida de los datos que aquel contenga<sup>95</sup>. Consecuentemente, tal y como señala la STS 17/2014, de 28 de enero “la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio”<sup>96</sup>.

Distinta suerte corren aquellos casos que no ostentan autorización judicial, sino que su desarrollo se da a través del consentimiento o en razones de flagrancia delictiva, y es que, tal y como como recuerda la STS 1248/1999, de 12 de marzo:

El Acta que recoge el resultado del registro es una formalidad de las prevenidas en el art. 569 L.E.Cr. sólo exigible cuando la diligencia de entrada y registro es autorizada judicialmente, pero no cuando es practicada por la Policía como mera diligencia de investigación (art. 282 L.E.Cr.), de suerte que en el primer caso, cuando la diligencia de entrada y registro ha sido acordada por la Autoridad judicial y practicada con las formalidades exigidas procesalmente, adquirirá la naturaleza de prueba preconstituida (véase STS de 11 de septiembre de 1.996) con eficacia probatoria propia; pero en el segundo supuesto, cuando la diligencia carece de cobertura judicial y es practicada por los funcionarios en el seno de la investigación policial, es preciso que los agentes que realizaron el registro comparezcan en el plenario y, como testigos, y bajo los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, expongan ante el Tribunal lo

---

<sup>94</sup> Ello sin perjuicio de lo señalado en el art. 451. 3 LOPJ “Excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de Letrados de la Administración de Justicia, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del Letrado de la Administración de Justicia, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta”.

<sup>95</sup> MARTÍNEZ GUERRERO, A., “Las Diligencias de entrada y registro en el procedimiento penal español”, *Revista Acta Judicial*, 2019, Nº. 3, pp. 2-50, p. 38. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7258818>

<sup>96</sup> STS núm. 17/2014, de 28 de enero [FJ 7].

acaecido en la diligencia y los efectos y objetos intervenidos, para que el órgano judicial sentenciador pueda valorar dicha diligencia como prueba de cargo válida para formar la convicción sobre los hechos (véase STS de 6 de noviembre de 1.995)<sup>97</sup>.

En conclusión, y tras haber analizado dos de los actos procesales que configuran la prueba preconstituida judicial, se puede deducir que todo aquel acto procesal cuya competencia corresponda al Juez de Instrucción adquirirá valor de prueba preconstituida, siempre y cuando cumpla los requisitos concretos que su actividad requiere, así como las exigencias que la configuración de un acto procesal como prueba preconstituida precisa.

### 5.5 Incorporación al juicio oral: observancia de principios probatorios

Predominará en este punto, por su carácter esencial, el estudio de la presencia de los principios de contradicción e inmediatez en la prueba preconstituida, sobre lo cual se puede adelantar ya que la observancia de tales principios en la instrucción no se configura de forma idéntica a la observancia propia del juicio oral<sup>98</sup>.

Respecto al principio de inmediatez, en primer lugar, cabe señalar que toda instrucción debe estar, necesariamente, bajo el control del Juez de Instrucción, puesto que los actos de investigación han de realizarse en presencia de éste o bajo autorización judicial –sin perjuicio de los casos en que esta presencia es delegable o imposible como ya se ha podido observar–. No obstante, dicha presencia del Juez de Instrucción no debe sustituir en ningún caso la inmediatez del juicio oral, y por lo tanto, toda prueba preconstituida deberá tener su correspondiente manifestación en el juicio oral de la forma en la que fuera posible (lectura, testifical, reproducción, etc.)<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> STS núm. 1248/1999, de 12 de marzo [FJ 1].

<sup>98</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.127), p. 2. “por más perfectas que sean, será siempre imprescindible introducir la fuente de prueba en el juicio oral, si no está disponible será una introducción en el estado en que haya quedado preconstituida en la instrucción, y hay que someterlas necesariamente a la inmediatez del juez decidor y a la contradicción de las partes, que serán limitadas en comparación a si la fuente estuviera disponible de forma actual y directa”.

<sup>99</sup> *Ibid.* p. 3. *Vid.* también la STS núm. 96/2009, 10 de marzo [FJ 3]. “la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediatez desaparece al menos como inmediatez espacio-temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje”.

Por su parte, la garantía de contradicción deberá llevarse a cabo, siempre que fuese posible, en el mismo momento en que se realice la práctica de la prueba<sup>100</sup>. De esto se deduce que siempre que exista un imputado identificado a disposición del correspondiente órgano judicial, se le deberá permitir su participación en los actos de instrucción o investigación oportunos, en tanto esta participación influirá en la preconstitución deseada. Dicha participación ha de ser, principalmente, simultánea al momento de la práctica de la diligencia, y en su defecto, sucesiva; esto es, lo más cercana posible en el tiempo al momento de su realización<sup>101</sup>.

## **6. LA PRUEBA ANTICIPADA O PRECONSTITUIDA COMO SOLUCIÓN A LA REVICTIMIZACIÓN**

### **6.1 La declaración: ¿irreproducibilidad absoluta?**

Si bien es cierto que la prueba preconstituida adquiere sentido en aquellas diligencias, ya sean policiales o judiciales, de imposible reproducción en el juicio oral, no lo es menos que su configuración adquiere especial relevancia en aquellos casos que lo integren víctimas especialmente vulnerables.

No se debe avanzar en este tema sin antes esclarecer, en cierta medida, y poner de relieve uno de los principales aspectos centrales del presente estudio: la constante confusión de los términos prueba preconstituida y prueba anticipada, y su consecuente indistinta aplicación; y es que el análisis concreto de la revictimización contribuye a apreciar, más si cabe, dicho problema. Es necesario volver a recordar en este punto, que a pesar de que diversos trabajos e incluso reiterada jurisprudencia, hagan uso de conceptos de preconstitución y anticipación como equivalentes, tal y como se ha reiterado a lo largo

---

<sup>100</sup> Sirva como ejemplo la diligencia de registro de un automóvil sobre la que STS núm. 1655/2002, de 7 de octubre [FJ 6] señala que podrá adquirir valor como prueba preconstituida una vez se practique judicialmente como inspección ocular bajo la observancia de todas las garantías y en concreto la contradicción a través de la asistencia del imputado y su defensa, siempre que ello fuese posible.

<sup>101</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.127), p. 7. No obstante, tal y como recuerda GUZMÁN FLUJA, la prueba preconstituida podrá llegar a adquirir valor probatorio a pesar de que su realización haya tenido lugar sin ningún contradictorio, en aquellos casos en los cuales medie consentimiento del imputado, exista imposibilidad objetiva o tenga lugar alguna conducta ilícita de una de las partes para evitar dicho contradictorio. *Ibid.* p. 9.

del presente trabajo, estos dos conceptos ostentan significados diferenciables, y por lo tanto, individuales.

Por ello mismo, y pese a que sea el concepto de prueba preconstituida el más utilizado en este asunto, bien jurisprudencial, bien doctrinalmente, lo cierto es que podría considerarse que ésta encuentra mejor encaje en la prueba anticipada, en tanto la prueba preconstituida obedece a que, por naturaleza, la práctica de la diligencia en el juicio oral resulta irreproducible, carácter del que no se puede dotar a una declaración, independientemente de si proviene de una víctima especialmente vulnerable o no. Consecuentemente, recordando que la prueba anticipada tiene lugar en aquellos casos en los que, por razones diferentes a la naturaleza de la diligencia, su reproducción en el juicio oral se prevé imposible, la declaración de una víctima especialmente vulnerable encuadra de mejor forma en dicho contexto. De forma muy precisa; afirmar que la declaración de un menor en fase de instrucción puede configurarse como prueba preconstituida, supone admitir que la declaración, por naturaleza, resulta irreproducible. En cambio, admitirla como prueba anticipada conlleva enfocar su irreproducibilidad a las circunstancias de la declaración, siendo, en este caso, la presencia de una víctima especialmente vulnerable.

La exigua concreción del ámbito en el que operan estos dos institutos procesales desemboca, irremediablemente, en una aplicación indistinta, bien jurisprudencial, bien doctrinal, aunando ambos conceptos como si de equivalentes se trataran. La STS 3857/2019, de 26 de noviembre permite apreciar la realidad de tal consecuencia cuando señala que “Según esta Sala la "imposibilidad" de practicar la prueba en el juicio oral a que se refiere el art. 448 LECrim que justificaría la práctica anticipada de la prueba o la preconstitución probatoria ...”<sup>102</sup>.

Tal sentencia refuerza de mayor forma la tesis mantenida sobre el mejor encaje de la declaración de un menor en la prueba anticipada, en tanto, si partimos de la premisa de entender la prueba preconstituida como irreproducible por su naturaleza, se puede deducir que bajo ninguna circunstancia dicha diligencia podría, efectivamente, ser practicada en el juicio oral –situación que sucede con la diligencia de entrada y registro de un domicilio que únicamente puede tener lugar en fase de instrucción, y por lo tanto su irrepetibilidad

---

<sup>102</sup> STS núm. 3857/2019, de 26 de noviembre [FJ 2]. En dicha sentencia se aprecia el uso indistinto y equiparable que se realiza sobre la prueba preconstituida y anticipada.

en el juicio oral resulta absoluta—. En este sentido, la STS 3857/2019, de 26 de noviembre termina por estimar el recurso interpuesto por la representación del acusado, y consecuentemente manda repetir la declaración del menor en el juicio oral. Esto, desde la perspectiva de la preconstitución, conlleva admitir como posible la repetición de una diligencia que en base a la calificación que se le ha pretendido otorgar resultaría completamente imposible.

En definitiva, pese a que en el apartado siguiente se utilicen ambos conceptos de preconstitución y anticipación, en tanto así queda reflejado en las fuentes de información que se van a utilizar para fundamentar lo expuesto, resulta necesario afirmar de nuevo que el encaje de la declaración de un menor en la anticipación de la prueba resulta más favorable.

Si bien este inicial planteamiento de la revictimización ha desembocado en analizar y apreciar, efectivamente, la confusión que existe en la práctica de la prueba anticipada y preconstituida, la precisa aplicación de tales institutos procesales se presentan como solución encaminada a evitar dicha revictimización.

## **6.2 Anticipación –o preconstitución– de la declaración: requisitos condicionantes de su admisibilidad**

El proceso penal exige, por un lado, tras el descubrimiento de los hechos que atañen al caso, que la víctima especialmente vulnerable –póngase un menor– declare en un primer momento en fase de instrucción, dando lugar a la diligencia de investigación. A esta primera, se le suma la declaración que tendrá lugar en el juicio oral, todo ello sin perjuicio de una primera declaración en sede policial. No genera duda alguna el sufrimiento añadido que comporta, para la víctima, el verse involucrada en un proceso judicial que le exige dar respuesta, en repetidas ocasiones, a diversas cuestiones dolorosas e intrínsecas a su más estricta intimidad, dando lugar a lo que se denomina “victimización secundaria”<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> ARROM LOSCOS, R., “La declaración del menor víctima en el proceso penal. En especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2015, Nº. 3, pp. 1-66, pp. 5-6. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5355163>

Así las cosas, “La prueba preconstituida es una fórmula jurídica que en los casos de víctimas especialmente vulnerables tiene dos objetivos fundamentales: por un lado, proteger el testimonio de la víctima (indicio cognitivo) del deterioro derivado de múltiples e inadecuados abordajes, y por otro, evitar la revictimización provocada por el sistema policial y de justicia”<sup>104</sup>.

El art. 26 EVD parece que regula, aunque de forma indirecta, la anticipación o preconstitución de la declaración de una víctima especialmente vulnerable, cuando matiza la oportunidad de adoptar las medidas que, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, “resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito.”. Se puede deducir, en base a este articulado, que lo que se pretende es evitar la revictimización o victimización secundaria, y para ello ofrece la siguiente posibilidad:

- a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

Si bien es cierto que se contempla la intervención de expertos en el desarrollo de la declaración, esto no supone que “el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto. Un modo de operar correcto que se acomoda a las exigencias del art. 777 de la LECr”<sup>105</sup>.

Reiterada jurisprudencia coincide en que el simple hecho de que se presente como víctima un menor de edad en el proceso no avala el desplazamiento del principio de contradicción, y en consecuencia, una menor observancia de las garantías que informan

---

<sup>104</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., MUÑOZ VICENTE, J. M., SOTUCA PLAZA, A., MANZANERO PUEBLA, A. L., “Propuesta de protocolo para...”, *op. cit.*, p. 227.

<sup>105</sup> STS núm. 96/2009, de 10 de marzo [FJ 6].

la valoración probatoria<sup>106</sup>. En este contexto, resulta necesaria la apreciación de la STS 3857/2019, de 26 de noviembre, que contempla de forma muy precisa todos aquellos criterios que se deben observar –además de los propios requisitos sobre el valor probatorio de las diligencias sumariales– en aras de comprobar si efectivamente cabe la preconstitución de la declaración de un menor.

En primer lugar, establece que “Es regla general en nuestro derecho procesal la necesidad de que los Tribunales deben velar por la observancia del principio de contradicción relacionado con el derecho de defensa”<sup>107</sup> y añade consecuentemente que, “la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio”<sup>108</sup>, y por lo tanto, se deberán adoptar todas aquellas medidas destinadas a la protección de la víctima<sup>109</sup>.

Dicha sentencia, además, refuerza la idea –que se ha mantenido en anteriores apartados– de que no se puede tratar como igual a aquella contradicción que tiene lugar en la instrucción y la que tiene lugar en el juicio oral; “Por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral”<sup>110</sup>.

Al hilo de lo expuesto, el art. 448 de la LECrim exige, en cumplimiento del principio de contradicción, la necesaria “presencia del procesado y de su defensor” en el desarrollo de la declaración. No obstante, “no hay razones objetivas que permitan afirmar que, siempre y en todo caso, la ausencia del procesado –hallándose presente su Abogado

---

<sup>106</sup> STS núm. 598/2015, de 14 de octubre [FJ 1]. *Vid.* a tal efecto, STS núm. 71/2015, de 4 de febrero [FJ 1] “La justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico”.

<sup>107</sup> *Vid.* también en este sentido, STS núm. 632/2014, de 14 de octubre [FJ 2], que señala que “en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso”.

<sup>108</sup> STS núm. 3857/2019, de 26 de noviembre [FJ 2].

<sup>109</sup> Entre otros, arts. 19, 25 y 26 EVD; art. 229 LOPJ; arts. 325, 448, 707 y 730 LECrim; arts. 11.2 y 17 LOPJM.

<sup>110</sup> STS núm. 3857/2019, de 26 de noviembre [FJ 2] añade que “La plena contradicción sólo es posible en el juicio oral, pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla”.

defensor– implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia”<sup>111</sup>.

Será requisito indispensable, igualmente, que todas aquellas razones o circunstancias que permitan prescindir de la presencia del menor en el juicio oral queden seriamente constatadas. “Ello podrá obtenerse bien por un informe que avale que la presencia en el plenario de la menor puede afectarle seriamente, o bien por cualquier otra circunstancia que permite objetivar y avalar por el Tribunal la existencia del perjuicio del menor de declarar en el juicio oral, por lo que no existe una especie de "presunción de victimización secundaria", sino que ésta debe reconocerse cuando el Tribunal pueda “ponderar” y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso”<sup>112</sup>.

En suma, la anticipación o preconstitución de aquellas declaraciones provenientes de víctimas especialmente vulnerables, no debe conllevar, necesariamente, la confrontación entre el derecho del acusado y el derecho del menor; siendo la solución más eficaz en estas situaciones aquella que atendiendo a las circunstancias concretas que plantea el caso concreto –p. ej., edad del menor en el momento del juicio oral– contribuye a la mayor observancia posible de cada uno de estos derechos. Asimismo, cabe afirmar que la anticipación o preconstitución de tales declaraciones no solo contribuye a efectos de revictimización, sino que además, este tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento en tanto evita la contaminación del material probatorio<sup>113</sup>, reforzando así la credibilidad de tal declaración.

---

<sup>111</sup> STS núm. 15/2008, de 16 de enero [FJ 1] que continúa “No es eso lo que parece desprenderse, por ejemplo, del art. 777.2 de la LECrim que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba “... asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes””.

<sup>112</sup> STS núm. 3857/2019, de 26 de noviembre [FJ 2]. Concretamente dicha sala decide admitir el recurso interpuesto por el acusado en tanto dicho “informe, o bien cualquier otro dato objetivable de relevancia, era preciso para evitar la comparecencia, y, además, resolución motivada, escrita u oral, en cualquier momento anterior a la práctica de la prueba que explique y avale la incomparecencia con el soporte del informe técnico, pero nunca sin él”.

<sup>113</sup> STS núm. 401/2015, 17 de junio [FJ 1].

## 7. CONCLUSIÓN

Si bien se daba comienzo al presente trabajo con una cita que GUZMÁN FLUJA dedica a la razón de ser de la prueba, no cabe mejor opción que terminarlo de igual forma, en tanto todo el análisis realizado solo puede desembocar en afirmar, sin duda alguna y con la mayor de las convicciones, que “la prueba es el alma del proceso”.

En este sentido, resulta insostenible que aspectos relativos a una figura con tanta relevancia en el proceso penal como es la prueba, sean, a día de hoy, objeto de constantes confusiones e incorrecciones por parte de la jurisprudencia, doctrina y normativa actual. Muy probablemente, toda esta amalgama de confusiones e incorrecciones sobre la prueba encuentra, actualmente, su razón de ser en la fase de instrucción que contempla el proceso penal, cuya complejidad al ser analizada va en aumento, en tanto cada vez con más frecuencia llega a albergar aquellas características propias del juicio oral; empero, esta afirmación debe ser aclarada si bien no se quiere dar pie a que esto induzca a una idea equivocada.

Existen en la actualidad diversas situaciones o circunstancias –como se quiera– que irremediablemente fuerzan que se desdibuje, con mayor intensidad, la línea que divide la fase de instrucción de la fase de juicio oral; y por lo tanto atribuyendo a los actos que tienen lugar en la primera de estas fases aquel valor que únicamente deberían adquirir los actos que se realizan en la segunda, esto es, valor probatorio. Lo cierto es que tal circunstancia no supondría ningún problema si los mecanismos que permiten dicha adquisición obtuviesen un reconocimiento claro y preciso; es decir, si la prueba anticipada y prueba preconstituida adquiriesen, definitivamente, una concreción precisa sobre el ámbito en el que opera cada una, cortando el nudo gordiano sobre el que operan ambos institutos procesales.

La premisa de que actos de investigación y actos de prueba son elementos diferenciables es clara, si bien en este contexto cabe afirmar que los primeros pueden llegar a adquirir el mismo carácter que los segundos; es decir, carácter o naturaleza probatoria. Esto será posible mediante la preconstitución y anticipación de la prueba, mecanismos cuya definición debe ser reiterada en este punto en tanto de ella se desprende la mayor cantidad de confusiones.

A grandes rasgos, la primera de ellas hace referencia a aquella diligencia sumarial que tiene lugar ante el Juez de Instrucción, cuya práctica en el juicio oral resulta imposible en atención a la propia naturaleza de la diligencia (p. ej., reconocimiento judicial). La segunda, en cambio, se refiere a aquellas diligencias cuyo traslado al juicio oral se prevé imposible en virtud de las diferentes circunstancias que la rodean y consecuentemente su práctica debe anticiparse al momento del juicio oral, bien ante el Juez de Instrucción, bien ante el Juez enjuiciador.

La efectiva práctica de la prueba, como se ha podido comprobar, se encuentra supeditada a la estricta observancia de diversos principios probatorios constitucionalmente exigidos; contradicción, inmediación, oralidad, publicidad y concentración. Es en esta premisa donde se encuentra el principal de los inconvenientes, dado que la anticipación y preconstitución de la prueba –esta última en mayor medida– se configuran como excepciones a dichos principios probatorios y, por consiguiente, su observancia se deberá adaptar a las circunstancias de cada caso.

Habida cuenta de que la anticipación de la prueba consiste, principalmente, en la realización de la práctica de ésta, de forma anticipada al juicio oral, la observancia de tales principios quedará considerablemente garantizada, puesto que estos podrán ser trasladados a dicho momento –salvo el principio de concentración–. Distinta suerte corre la prueba preconstituida, que genera mayor problemática en este asunto en tanto el grado de respeto de tales exigencias, como ha quedado expuesto, deberá quedar condicionada a las circunstancias concretas de cada caso<sup>114</sup>. En todo caso, la plena observancia de los principios probatorios únicamente podrá tener lugar en fase del juicio oral; y a tal efecto, el principio de contradicción, entre otros, en la fase de instrucción, en absoluto resulta equivalente a la plena contradicción que tiene lugar en el juicio oral, puesto que es en dicho momento donde el acusado tiene a su disposición la verdadera hipótesis acusatoria con todos los elementos que han resultado necesarios para construirla<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba...*, *op.cit.*, (TOL865.119), p. 3. “todo proceso penal opera sobre un caso concreto, sobre unas circunstancias determinadas, sobre unas necesidades que le son propias, y es en ese contexto donde habrá que determinar el respeto a las garantías”.

<sup>115</sup> STS núm. 3857/2019, de 26 de noviembre [FJ 2].

Será la prueba preconstituida, a pesar de su creciente interés y utilidad en el proceso penal, la que sufrirá en mayor medida las consecuencias de las constantes confusiones que tienen lugar. Sus dos principales vertientes, esto es, la policial y la judicial, llevan considerablemente a conocer la indudable utilidad práctica que ostentan estas diligencias sumariales, en tanto el resultado que se obtiene de estas será susceptible de configurarse como prueba, y por lo tanto, servir de fundamento al tribunal sentenciador.

La prueba preconstituida y la prueba anticipada resultan de gran utilidad no solo en lo relativo a diligencias sumariales imposibles de traslado al momento del juicio oral, sino que contribuyen a la eliminación de un fenómeno tan presente en las instituciones como es la revictimización; sin perjuicio de que su apreciación quede supeditada a diversos requisitos que jurisprudencialmente han quedado establecidos, teniendo que tomar como regla general que, salvo circunstancias efectivamente constatadas mediante los medios pertinentes, la declaración deberá ser efectuada en el momento del juicio oral.

La notable confusión de términos de la que se ha ido dejando constancia a lo largo de todo el estudio culmina en el análisis de la revictimización, el cual permite entrever el verdadero galimatías que se desprende, tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia, sobre sus respectivos significados y alcances. Pese a que la jurisprudencia siga haciendo uso del término prueba preconstituida para aquellas declaraciones de víctimas especialmente vulnerables, es posible afirmar que dicha declaración encuentra mejor encaje en la anticipación de la prueba.

Como ya se ha expuesto, no se debe concluir que la propia naturaleza de una declaración perjudica un posible traslado al juicio oral, y por ende, su efectivo desarrollo en dicho momento. En este sentido, integrarla en las opciones que contempla la prueba preconstituida conlleva desechar esta idea y reconocer a la declaración una irreproducibilidad absoluta –cosa que efectivamente resulta imposible–. Todo esto encuentra su mayor contradicción cuando multitud de Tribunales terminan estimando que la declaración del menor deba volver a realizarse en el momento del juicio oral, rompiendo, de este modo, el carácter de irreproducibilidad absoluta del que le dotan

cuando en un primer plano la integran dentro de la configuración de prueba preconstituida.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que la declaración puede llegar a quedar rodeada por diversas circunstancias que conllevan que la práctica de la misma, en el juicio oral, sea irreproducible, o que en cambio dicha práctica resulte considerablemente gravosa para la persona a declarar; empero, se vuelve destacar que se esta haciendo referencia a elementos externos de la propia naturaleza de la declaración, es decir, a las circunstancias que acompañan a ésta. Es en este contexto donde la anticipación de la prueba encuentra su mayor sentido, de tal modo que el encaje de tal figura acoge mejor el fenómeno de revictimización y aporta cierta claridad a toda la situación descrita.

Únicamente asumiendo y siendo conscientes de la invisibilización a la que están sometidas la prueba preconstituida y anticipada, principalmente por parte de la normativa actual, así como de los innegables inconvenientes que genera la situación de confusión e incorrección que se extrae de la jurisprudencia, y que por consecuencia impide el correcto funcionamiento de estos relevantes institutos procesales, es posible dilucidar o arrojar cierta claridad sobre la realidad insostenible que rodea a la piedra angular de todo proceso: la prueba.

## 8. FUENTES<sup>116</sup>

### 8.1 Apéndice bibliográfico

ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español - referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada”, *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales)*, 2015, N°. 2180, pp. 1-54.

Recuperado de <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427569379?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B>

ARROM LOSCOS, R., “La declaración del menor víctima en el proceso penal. En especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2015, N°. 3, pp. 1-66. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5355163>

BARRIENTOS PACHO, J. M., *Prontuario procesal penal*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010. Recuperado de <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/ehu/60184>

BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, (D. José Gómez de Castro, Trad.), Ed. Imp. De Tomás Jordán, Madrid, 1835, (Obra original publicada en 1825).

CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, (N. Alcalá - Zamora y Castillo, Trad.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, (Obra original publicada en 1947).

DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. V. P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974.

---

<sup>116</sup> Todas las fuentes digitales han sido consultadas por última vez el día 17 de junio de 2020.

GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011. Recuperado de <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/eHu/52363>

GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, *Revista catalana de seguretat pública*, 2010, Nº. 22, pp. 35-64. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/viewFile/194212/260386>.

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

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., MUÑOZ VICENTE, J. M., SOTUCA PLAZA, A., MANZANERO PUEBLA, A. L., “Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables”, *Papeles del psicólogo*, 2013, Vol. 34, Nº. 3, pp. 227-237. Recuperado de <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2280.pdf>.

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

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal”, *Manuales de formación continuada (Consejo General del Poder Judicial)*, 2010, Nº. 51, pp. 31-692.

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

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

IGLESIAS CANLE, I. C., “La denominada «prueba pericial preconstituida»: La nueva redacción del art. 788.2 LECrim”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2003, Nº. 605, pp. 1-7.

MARTÍN OSTOS, J. (Ed.), “La prueba en el proceso penal acusatorio”, *Justicia revista de derecho procesal*, 2013, Nº. 2, pp. 25-68. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/84871845.pdf>.

MARTÍNEZ GUERRERO, A., “Las Diligencias de entrada y registro en el procedimiento penal español”, *Revista Acta Judicial*, 2019, Nº. 3, pp. 2-50. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7258818>

MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal: ó Exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. / por C. J. A. Mittermaier; traducido al castellano con un apéndice sobre la legislación criminal de España, relativa a la prueba*, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877.

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MUERZA, ESPARZA, J., “Sobre el valor de la prueba preconstituida en el proceso penal”, *Nuevos horizontes del derecho procesal libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Ed. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 769-785.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, (J. Ferrer Beltrán, Trad.), Ed. Trotta, Madrid, 2005, (Obra original publicada en 1992).

TARUFFO, M., *La prueba: artículos y conferencias*, Ed. Metropolitana, Santiago de Chile, 2009.

## 8.2 Apéndice legislativo

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

### **8.3 Apéndice Jurisprudencial**

STC núm. 31/1981, de 28 de julio

STC núm. 100/ 1985, de 3 de octubre

STC núm. 80/1986, de 17 junio

STC núm. 137/1988, de 7 de julio

STC núm. 5/1989, de 19 de enero

STC núm. 66/1989, de 17 de abril

STC núm. 182/1989, 3 de noviembre

STC núm. 217/1989, de 21 de diciembre

STC núm. 76/1990, de 26 de abril

STC núm. 303/1993, de 25 de octubre

STC núm. 79/1994, de 14 de marzo

STC núm. 173/1997, de 14 de octubre

STS núm. 1248/1999, de 12 de marzo

STC núm. 86/1999, de 10 de mayo

STC núm. 97/1999, de 31 de mayo

STC núm. 111/1999, de 14 de junio

STC núm. 141/2001, de 18 de junio

STS núm. 1655/2002, de 7 de octubre

STC núm. 188/2002, de 14 de octubre

STS núm. 1159/2005, de 10 de octubre

STS núm. 15/2008, de 16 de enero

STC núm. 16/2009, 26 de enero

STS núm. 96/2009, de 10 de marzo

STS núm. 199/2011, de 30 marzo

STS núm. 17/2014, de 28 de enero

STS núm. 2432/2014, de 10 de junio

STS núm. 632/2014, 14 de octubre

STS núm. 71/2015, de 4 de febrero

*LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y ANTICIPADA: DOS INSTITUTOS INVISIBILIZADOS POR  
EL PROCESO PENAL*

STS núm. 401/2015, 17 de junio

STS núm. 598/2015, 14 de octubre

STS núm. 3857/2019, de 26 de noviembre