

2 La formación de testimonios para el expediente del juicio oral

RAQUEL LÓPEZ JIMÉNEZ

Profesora titular del Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Instituto “Alonso Martínez” de Justicia y Litigación

ISSN 1575-4022

**Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 42
Abril - Agosto 2016**

Sumario:

- I. Delimitación del objeto de estudio
- II. Testimonios que forman el expediente de juicio oral
- III. Contenido de los testimonios para el expediente de juicio oral
- IV. Contenido de los testimonios para el uso de las partes en el juicio oral
- V. Bibliografía

RESUMEN: Reviste verdadera importancia en el proceso penal el material que puede utilizar el juez a la hora de dictar sentencia, ya que sólo puede hacerlo con la prueba de cargo, que como regla general se practica en el juicio oral (con las excepciones que la ley prevea). Siendo ello relevante en el procedimiento común, lo es más cuando se trata del juicio con Jurado, formado por jueces legos, por lo que es importante que sólo atiendan a la prueba practicada delante de ellos, sin verse contaminados con diligencias de investigación que son sólo eso, diligencias de investigación y no prueba de cargo para condenar al acusado. Este material con el que va a contar el órgano sentenciador se formará a través de los testimonios que el juez de oficio remitirá al órgano sentenciador o será pedido y aportado por las partes, por lo tanto, este estudio se centra en delimitar los testimonios que se tienen que formar para el expediente del juicio oral. Se parte de la regulación ofrecida por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que por primera vez se reguló lo que en la Disposición final cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal Jurado se establecía, -concederle al Gobierno el plazo de un año para enviar a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “generalizando los criterios procesales instaurados en la Ley del Jurado y, en el que se establezca un procedimiento fundamentado en los principios acusatorio y de contradicción de las partes”. Posteriormente, el Código Procesal Penal presentado el 25 de febrero de 2013 al Ministro de Justicia, también contempló y reguló los testimonios que se pueden pedir e incorporar al juicio oral, aunque con algunas diferencias al Anteproyecto. Los criterios procesales contemplados en los preceptos de la

Ley del Jurado los reguló el legislador con la intención de que fuesen generalizados en el resto de procedimientos penales. Sin embargo, todavía no ha habido una reforma total de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí intentos legislativos como los comentados en este artículo. Dada la falta de consenso se ha optado por una reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin incluir la materia comentada.

ABSTRACT: The material that can be used by the judge for sentencing in criminal proceedings is of real importance, as sentencing can be done only with the incriminating evidence that, as a rule, is practiced in the oral proceedings (with some exceptions foreseen by the law). Being so significant in the common proceedings, it becomes even more in the jury trial, formed by lay judges. It is important that they should only attend to the evidence produced before them, without being affected by investigative proceedings that stay just investigative ones and not incriminating evidence for the conviction of the accused. The material for trial body will consist of the testimonies officially forwarded to it by the judge or requested and provided by the parties. Therefore, this study focuses on the determination of the testimonies that are necessary for the dossier of the oral proceedings. It is based on the regulation offered by the Draft Law on Criminal Procedure of 2011 that for the first time regulates what has been established by the 4th Final Provision of the Organic Law on the Jury, i.e. giving the Government one year to submit to the Parliament a draft law amending the Law on Criminal Procedure that "generalises the procedural criteria of the Law on the Jury and establishes a procedure based on accusatory and adversarial principles". Subsequently, the Draft Criminal Procedure Code, submitted to the Minister of Justice on 25th February 2013, also considered and regulated testimonies that can be requested ordered and incorporated into the oral proceeding, albeit with some differences to the first Draft. The legislator regulated the procedural criteria laid down in the provisions of the Law of the Jury with the intention make them widespread in other criminal proceedings. However, an overall reform of the Law on Criminal Procedure has not taken place yet, only other legislative attempts as discussed in this article. Given the lack of consensus it has been opted for a partial reform of the Law on Criminal Procedure excluding the issue discussed.

PALABRAS CLAVE: Testimonios, expediente, juicio oral, valoración.

KEYWORDS: Testimonials, dossier, oral proceedings, assessment.

Fecha recepción original: 29 de Febrero de 2016


Fecha aceptación: 30 de Marzo de 2016

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Una vez más, y ya van más de sesenta y ocho, se ha vuelto a modificar la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#). La última de las modificaciones ha sido el 5 de octubre de 2015, pero a falta de una han sido dos las leyes, una ordinaria y otra orgánica, las que han vuelto de nuevo a modificarla. En concreto, nos referimos a la [Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre](#), de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, y a la [Ley 41/2015, de 5 de octubre](#), de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Estas modificaciones han supuesto un avance importante en nuestro modelo de proceso penal, pero evidentemente, sigue siendo precisa una reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tan reiteradamente se ha demandado. Ya en el "Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia" de 2001 se estableció como objetivo fundamental la elaboración de una Ley de Enjuiciamiento Criminal puesto que se trataba de una actuación imprescindible para culminar el proceso de mejora y modernización de nuestras leyes procesales, y aunque sí han existido intentos prelegislativos encaminados a este objetivo, sin embargo, nunca han llegado a

materializarse.

Uno de estos intentos prelegislativos lo constituye el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2011) que a continuación pasaré a comentar dado que el objetivo de este trabajo es profundizar sobre la materia relativa a la formación de los testimonios que integrarán el expediente que pasará a juicio oral. Materia que ya adelanto no ha sido contemplada en ninguna de las últimas reformas llevadas a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que, me ha parecido interesante analizar lo contemplado en el Anteproyecto de Ley (2011) que sí regula por primera vez, y de forma bastante exhaustiva, la formación de los testimonios para el expediente del juicio oral y que considero sería interesante incluir en la futura reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando ésta, por fin, tenga lugar. Posteriormente, el Código Procesal penal presentado el 25 de febrero de 2013 al Ministro de Justicia por la Comisión Institucional creada a tal efecto, también contemplaba y regulaba los testimonios que se pueden pedir e incorporar al juicio oral, no obstante, diferencia la Pieza principal del Tribunal del juicio y la carpeta del Ministerio Fiscal, regulado en los artículos 430 y siguientes de dicho texto, y a mi parecer lo regula de manera menos exhaustiva. Como ninguno de los dos textos se aprobaron definitivamente, y dado que el primer texto que contempla dicha regulación es el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, es éste el que vamos a comentar sin perjuicio de que al hilo de cada una de las cuestiones analizadas hagamos referencia, aunque sea a nota a pie de página, a la regulación que de los testimonios hace de forma distinta el Código Procesal Penal de 2013.

Por tanto, el objeto de este trabajo de investigación se centra en delimitar los testimonios que se tienen que formar para el expediente del juicio oral partiendo de la regulación ofrecida por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Dicha materia se contempla en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del Título III del Libro V, la apertura del juicio oral, en concreto, de los artículos 539 a 542 incluido este último¹⁾. Se regula por primera vez lo que en la Disposición final cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal Jurado se establecía, que no era otra cosa que concederle al Gobierno el plazo de un año para enviar a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "generalizando los criterios procesales instaurados en la  [Ley del Jurado](#) y, en el que se establezca un procedimiento fundamentado en los principios acusatorio y de contradicción de las partes". Criterios procesales contemplados en los preceptos de la Ley del Jurado con la intención de ser generalizados en el resto de procedimientos penales.

Este mandato evidentemente no se cumplió, la Ley del Tribunal del Jurado es de 1995, y en la actualidad, como ya he indicado, seguimos esperando la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero sí es verdad que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2011) que ahora estamos comentando, y también posteriormente el Código Procesal Penal de 2013, introduce en su articulado la regulación de los testimonios que, bien de oficio o instancia de parte, pueden formar el expediente de juicio oral. En definitiva recoge, con algunas matizaciones, la regulación que ya efectuó la Ley del Tribunal del Jurado en relación con los testimonios que se pueden llevar al juicio oral, sin embargo, a mi parecer el tratamiento efectuado por el Anteproyecto mejora en algunos aspectos aquélla otra regulación.

Como se especifica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto es evidente que para preservar el más perfecto ejercicio de la función de enjuiciamiento ha de cuidarse que no lleguen al tribunal sentenciador más que los materiales absolutamente imprescindibles. Para ello, se ha previsto que el Juez de la Audiencia Preliminar (denominación que recibe en el Anteproyecto el trámite de depuración, en garantía de la defensa, de la acción penal ejercitada, llevado a cabo ante el juez²⁾) forme lo que se va a denominar "expediente del juicio oral", que va a estar constituido por los testimonios que a continuación paso a comentar³⁾. Por tanto, la finalidad de tal previsión es la de evitar que lleguen al juicio oral material formado en la fase de investigación que puede contaminar al órgano sentenciador, en definitiva, se pretende que el juez que va a dictar sentencia atienda única y exclusivamente a la prueba practicada en el juicio oral más las excepciones legalmente previstas. Aunque sea obvio decirlo sólo se puede condenar a una persona cuando existe prueba de cargo que le incrimine y sólo es prueba la practicada en el juicio oral, por ello, el

material de investigación, con las excepciones que luego comentaremos, no puede ser llevado al juicio oral ya que ello vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. Para evitar precisamente que ello ocurra, en el Anteproyecto (en el Código Procesal Penal la pieza Principal del Tribunal del Jurado y la carpeta del Ministerio Fiscal) se ha previsto la formación de los testimonios, especificando cuáles en concreto pueden integrar el expediente de juicio oral, y a ello hace referencia tanto los testimonios aportados de oficio como los solicitados por las partes.

Para profundizar en dicha materia, debo remitirme necesariamente a la Ley del Tribunal del Jurado puesto que ésta instauró en algunos aspectos, entre ellos el probatorio, unos nuevos parámetros procesales que a mi parecer, y también para el legislador, debían extenderse al resto de procedimientos penales. Y a este respecto le ordenó al Ejecutivo que en un futuro próximo generalizase el sistema que instauraba en la Ley del Jurado. No se hizo así, y aunque se ha previsto en el Anteproyecto sin embargo todavía seguimos esperando a que se publique la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal y se incorporen la regulación de los testimonios que forman el expediente del juicio oral.

II. TESTIMONIOS QUE FORMAN EL EXPEDIENTE DE JUICIO ORAL

En el artículo 540 del Anteproyecto de [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) se especifica que en el auto de apertura del juicio oral se ordenará que se deduzca testimonio de la propia resolución y de las calificaciones provisionales de las partes. El secretario debe asegurarse de que el testimonio de las calificaciones no incluya los escritos de fundamentación e impugnación de la acusación. Por tanto, éstos son los testimonios que de oficio⁴⁾ forman el expediente de juicio oral, al que se pueden añadir, además, los testimonios que las partes pueden solicitar⁵⁾, que serían: a) las actas de las diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba realizadas conforme a lo dispuesto en el [capítulo VIII del Título V del Libro V](#); b) las actas de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral; c) los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación que hayan sido propuestos como prueba documental. A estos testimonios se acompañarán los soportes audiovisuales en los que consten las diligencias, documentos o informes que hayan de acceder al juicio oral.

Con todos estos testimonios, los ordenados deducir por el juez y los solicitados por las partes, se formará un expediente para el juicio oral que el secretario debe remitir junto con los efectos e instrumentos del delito y demás piezas de convicción al tribunal competente para el enjuiciamiento, notificándose a las partes para que se personen ante dicho tribunal en el plazo de diez días.

La Ley prevé en el mismo artículo 540, apartado 5, que en cualquier momento previo al emplazamiento ante el órgano de enjuiciamiento, es decir, antes de los diez días concedidos, las partes puedan solicitar al Juez de la Audiencia Preliminar el aseguramiento de una fuente de prueba. En concreto, se permite a las partes que puedan solicitar el aseguramiento de una declaración de un testigo o perito cuando existan motivos para temer que por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no podrá comparecer o testificar válidamente en el juicio oral. También las partes pueden solicitar el aseguramiento de una declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que puede ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral⁶⁾.

En definitiva, estos serían los testimonios que llegarían al expediente de juicio oral y que tendría el órgano sentenciador, única y exclusivamente estos testimonios. Por ello, para evitar confusiones me parece correcta la previsión que efectúa el legislador en el artículo 541 del Anteproyecto al prohibir expresamente el acceso al juicio oral de declaraciones y diligencias policiales⁷⁾. De esta forma, es tajante al indicar que en ningún caso podrán testimoniarse para el expediente de juicio oral declaraciones de testigos o exposiciones orales de peritos realizadas en el procedimiento de investigación o aportadas a éste, salvo las declaraciones sobre las que se ha pedido el aseguramiento de prueba.

También el legislador excluye del expediente las diligencias relativas a actuaciones policiales

distintas a las actas sobre las que se ha pedido el aseguramiento de prueba.

Por tanto, como posteriormente pasaré a comentar, en el acto del juicio oral nunca se va a poder contar con declaraciones de testigos o peritos efectuadas ante la Policía que no se hayan pedido su aseguramiento por la previsibilidad de no poderse reproducir en el juicio oral.

Por otro lado, en el artículo 542 del Anteproyecto se regulan los testimonios que las partes pueden disponer o utilizar en el juicio oral, son testimonios que sólo pueden tener las partes y no forman parte del expediente de juicio oral. No pueden formar parte del expediente, por lo tanto, veremos qué utilidad pueden tener. En este sentido, en el artículo citado se indica que las partes podrán pedir en cualquier momento las copias que les interesen para su propio uso en el curso del juicio oral. Precisamente para su propio uso podrán entregarse a las partes los testimonios de todas las declaraciones practicadas en el procedimiento investigador o de las aportadas al mismo, para su eventual utilización en el caso previsto en el artículo 592 del Anteproyecto⁸⁾.

Si nos remitimos al artículo 592, en éste se hace alusión a las "lecturas de contraste". Estas lecturas en el acto del juicio oral sirven, como su propio nombre indica, para contrastar las declaraciones efectuadas en la fase de investigación con las prestadas en el acto del juicio oral cuando ha habido contradicciones. Es así que las partes pueden solicitar los testimonios de las declaraciones llevadas a cabo en la fase de investigación para someterlas a contradicción con las que se van a prestar en el juicio oral⁹⁾, pero es importante manifestar que las declaraciones efectuadas en la fase de investigación no tendrán valor probatorio de los hechos en ella afirmados, aunque pueden servir para determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio oral. Por tanto, nunca pueden servir para condenar a una persona pero sí para valorar la credibilidad de quien declara en el acto del juicio oral¹⁰⁾. En este sentido, las contradicciones pueden constituir un elemento indiciario para no dar credibilidad a la declaración prestada anteriormente, pero desde una interpretación literal nunca podrán servir para justificar la declaración de condena.

En relación con las "lecturas de contraste", tal y como se las denomina en el Anteproyecto, echamos en falta una mención a las declaraciones realizadas por los peritos¹¹⁾. Si bien nos parece lógico que el legislador no las haya incluido dentro de las declaraciones que se pueden contrastar en el juicio oral, porque entendemos que en relación con las declaraciones testificales aquéllas tienen diferente naturaleza¹²⁾, no entendemos por qué, en cambio, se permite a las partes que pidan testimonio de las mismas, ya que la redacción del artículo 542 del Anteproyecto es bastante general, no especifica que las partes sólo puedan pedir testimonios de las declaraciones de los testigos efectuadas en la fase de investigación para contrastarlas con las prestadas en el juicio oral, sino que literalmente se indica en dicho artículo que "las partes podrán pedir en cualquier momento las copias que les interesen para su propio uso en el curso del juicio oral".

Una diferencia entre la regulación efectuada por la Ley del Jurado y la regulada por el Anteproyecto (igualmente en el Código Procesal Penal) es en relación con la lectura de las declaraciones llevadas a cabo en la fase de investigación. Mientras que en el procedimiento con Jurado no se permite la lectura completa de las declaraciones sumariales, sino única y exclusivamente se permite a las partes poner de manifiesto la contradicción entre ambas declaraciones, lo que puede provocar que se saque de contexto y ocasione confusión¹³⁾, en el procedimiento previsto en el Anteproyecto sí se permite la lectura de la declaración y no sólo la contradicción.

Es así como en el artículo 592 del Anteproyecto se indica que "cuando la declaración del testigo no sea conforme en lo sustancial con la prestada o aportada al procedimiento de investigación podrá pedirse, por cualquiera de las partes, su lectura total o parcial, siempre que se aporte en el acto el testimonio de la misma obtenido conforme a lo dispuesto en el artículo 542 de esta ley". Por tanto, se permite su lectura, sea ésta total o parcial. Ello, a mi parecer, es más coherente que el mecanismo establecido por la Ley del Jurado de preguntar sobre la contradicción puesta de manifiesto en el juicio oral sin leer la declaración sumarial, por lo dicho anteriormente de que puede llevar a equívocos¹⁴⁾. Y además si tenemos en cuenta que en el procedimiento con Jurado aunque no se permite leer las declaraciones anteriores, sin embargo, se va a unir al acta del juicio el testimonio que quien interroga debe presentar al acto. Esta acta va a pasar a manos del jurado,

por lo que éstos van a tener conocimiento de la declaración, a no ser claro está que sólo se incorpore al acta del juicio oral la parte de la declaración donde existe la contradicción, que difícilmente puede ser así¹⁵.

En relación, con las lecturas que están prohibidas, en el artículo 593 del Anteproyecto se indica que "fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores no se admitirá la lectura de ninguna declaración o diligencia practicada en la fase de investigación, sin perjuicio de la declaración testifical que, en su caso, puedan prestar en el juicio los funcionarios que hayan intervenido en ellas". El legislador en este artículo lo que hace es cerrar la posibilidad de que llegue al juicio oral material de investigación que no sea el que expresamente permite, y lo que permite es la lectura de declaraciones efectuadas en fase de investigación para contrastarlas con las que se están prestando en el juicio oral, es lo que el legislador en el Anteproyecto denomina "lecturas de contraste".

En lo que se refiere a las lecturas admitidas, pero que no van a ser contrastadas, precisamente por ser irreproducibles en el acto del juicio oral, se regulan en el artículo 591. En este sentido, se establece en dicho precepto que "cuando siendo imposible su práctica en el juicio oral, el tribunal haya declarado expresamente la admisibilidad total o parcial de una fuente de prueba obtenida de acuerdo con lo dispuesto en el título VIII del Libro IV de esta ley, se procederá a la lectura de su documentación, o a la reproducción, en su caso, de su grabación.

Del mismo modo se procederá con la prueba practicada anticipadamente ante el propio tribunal.

También se leerá o reproducirá la confesión obtenida ante el Juez de Garantías conforme a lo establecido en el artículo 253 de esta Ley.

Cuando el acusado preste declaración en el juicio oral, la confesión le será leída en ese momento.

Se leerá o reproducirá en todo caso la declaración del menor, persona enferma o discapacitada cuyo examen contradictorio en el juicio oral haya sido descartado conforme a lo dispuesto en el título VIII del Libro IV de esta Ley.

Se leerá la documentación de las diligencias no reproducibles que haya sido incluida en el expediente del juicio oral conforme a lo dispuesto en el artículo 540.2 de esta Ley. En este concreto supuesto, la lectura de la diligencia podrá excusarse conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En cualquier caso, la lectura o designación de las diligencias no reproducibles no exime de las declaraciones testimoniales o periciales que sean necesarias para acreditar su contenido.

Excepcionalmente y previa audiencia de las partes, podrá el Presidente autorizar, de oficio o a instancia de parte, la lectura de la documentación de alguna diligencia realizada en el procedimiento de investigación, cuando siendo de indudable importancia para la causa, no haya podido ser asegurada ni reproducida en el acto del juicio oral por la pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente, siempre que se haya realizado de forma contradictoria".

A mi parecer, este artículo es verdaderamente importante por dos razones; la primera, porque viene a regular de forma expresa el material de investigación que puede ser, de oficio o a instancia de parte, llevado al acto del juicio oral, y la segunda, porque el legislador prevé expresamente la excepción¹⁶. Hasta ahora al no contemplar la ley este supuesto, en la práctica la jurisprudencia no era uniforme, viniendo a permitir en algunos casos sí y en otros no, la lectura de declaraciones sumariales irrepetibles.

Uno de los problemas que en la práctica se plantean, y que con la Ley del Jurado se agudizó (precisamente por la naturaleza del órgano que dicta la sentencia), es si pueden acceder al juicio oral las declaraciones llevadas a cabo ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal, tanto declaraciones que se van a reproducir en el acto del juicio oral como declaraciones que han devenido irrepetibles por causas sobrevenidas¹⁷.

En relación con las declaraciones efectuadas ante el Ministerio Fiscal, tanto si se van a reproducir como si no se pueden repetir porque ha desaparecido la fuente de prueba pero no se había asegurado, con el Anteproyecto dejaría de tener sentido dicha cuestión puesto que el Anteproyecto regula un nuevo modelo de investigación donde el Ministerio Fiscal sería el encargado de dirigirla, dejando al Juez de Garantías la competencia para autorizar las diligencias de investigación que puedan afectar a los derechos fundamentales de las partes. Por tanto, es evidente que al tener que realizarse las declaraciones ante el Ministerio Fiscal que va a dirigir la investigación, y no ya ante el Juez de Instrucción, la respuesta es obvia: podrán acceder al juicio oral las declaraciones efectuadas ante el Ministerio Fiscal cuando siendo de indudable importancia para la causa, no haya podido ser asegurada ni reproducida en el acto del juicio oral por la pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente, siempre que se haya realizado de forma contradictoria.

Nos quedaría por tanto, resolver la otra cuestión, la de si es posible llevar al acto del juicio oral las declaraciones efectuadas ante la Policía cuando no pueden ser reproducidas en dicho acto. Con la redacción de la excepción que antes comentábamos prevista en el artículo 591 del Anteproyecto parece que no, puesto que literalmente se indica "diligencia realizada en el procedimiento de investigación" y como sabemos las declaraciones realizadas ante la Policía son anteriores a la formación del sumario, (ahora hablaríamos de fase de investigación), por lo tanto, no tendrían cabida las declaraciones policiales. Además, el pre-legislador para evitar confusiones establece literalmente en su artículo 541 la prohibición de acceso al juicio oral de las declaraciones y diligencias policiales; así se indica que "en ningún caso podrán testimoniarse para el expediente de juicio oral declaraciones de testigos o exposiciones orales de peritos¹⁸⁾ realizadas en el procedimiento de investigación o aportadas a éste, salvo las comprendidas en el artículo 540.2. a) de esta ley. Tampoco podrán testimoniarse las diligencias relativas a actuaciones policiales distintas a las actas a las que se refiere el artículo 540.2. b) de esta ley". En definitiva, las declaraciones o diligencias policiales que no se van a repetir en el juicio oral no podrán acceder al acto del juicio oral, no van a formar parte del expediente de juicio oral.

Por otro lado, tendríamos que analizar si pueden tener acceso al juicio oral las declaraciones policiales cuando se van a reproducir en el acto del juicio oral. Este sería otro supuesto distinto, es decir, si las partes pueden tener esas declaraciones policiales para contrastarlas con las que se presten en el juicio oral, si encajarían dentro de esos testimonios que pueden pedir las partes para su uso en el juicio oral. A este respecto, en el artículo 542 del Anteproyecto se indica que "las partes podrán pedir en cualquier momento las copias que les interesen para su propio uso en el curso del juicio oral.

Podrán entregarse a las partes a estos efectos los testimonios de todas las declaraciones practicadas en el procedimiento investigador o de las aportadas al mismo, para su eventual utilización en el caso previsto en el artículo 592 de esta ley".

En un principio parece que las declaraciones prestadas ante la Policía no se pueden entregar a las partes puesto que hace referencia a "declaraciones practicadas en el procedimiento investigador", y como antes he señalado, las declaraciones policiales son anteriores al procedimiento investigador. Sin embargo, seguidamente en el mismo artículo se menciona "o de las aportadas al mismo", por lo que tenemos que entender que las declaraciones policiales al ser aportadas al procedimiento investigador pueden ser solicitadas por las partes y utilizadas para contrastarlas con las declaraciones que se efectúen en el acto del juicio oral. Y en este sentido, podrían servir para valorar la credibilidad del testigo, nunca tendrían valor probatorio de los hechos en ellas afirmados.

Por otro lado, podríamos preguntarnos si estas declaraciones policiales podrían acceder al juicio oral por la vía de la excepción prevista en el artículo 591 del Anteproyecto; aquí se regulan las diligencias llevadas a cabo en la fase de investigación que son irreproducibles. Sería el supuesto de una declaración policial que se convierte de manera sorpresiva en irreplicable, la pregunta es si excepcionalmente podría incorporarse al juicio oral. En este artículo, a diferencia del artículo 592, sólo se indica "diligencia realizada en el procedimiento de investigación" y no añade o "diligencia aportada al mismo", por tanto, creo que el legislador quiere diferenciar ambos supuestos. Tenemos

que tener en cuenta lo peligroso que puede ser incorporar al juicio oral declaraciones policiales que no se van a poder contrastar porque han devenido irreproducibles. Si permitiésemos incorporarlas, de nuevo la cuestión sería si podrían llegar a tener valor probatorio, de otra forma no entiendo la excepción a permitir incorporar al acto del juicio oral las declaraciones prestadas en la fase de investigación, si no es poder valorarlas, ya que no estamos en el supuesto de utilizarlas para contrastarlas.

En definitiva, por todo lo expuesto entiendo que el legislador no permite su incorporación al acto del juicio oral, y en ningún caso podrían ser valoradas por el órgano sentenciador.

Ya de por sí, es bastante problemático el permitir incorporar al juicio oral declaraciones prestadas en la fase de investigación, a mayor abundamiento, las prestadas ante la Policía, porque es evidente que no tienen las mismas garantías.

En definitiva, quiero dejar constancia de la gravedad de admitir esas declaraciones, aunque fuese única y exclusivamente como excepción, por lo peligroso que puede ser el dar valor probatorio a unas diligencias efectuadas o llevadas a cabo por la Policía sin las garantías que tiene el hacerlas ante el órgano judicial. Por ello me parece coherente que el legislador las haya excluido expresamente.

A mayor abundamiento, si tenemos en cuenta que lo que se pretende es evitar que el órgano que va a dictar sentencia se contamine con diligencias de investigación que en ningún caso son prueba, no se puede permitir una excepción que convierta en aguas de borraja la regla general. Si la voluntad del pre-legislador es desvalorizar la fase de investigación a efectos probatorios, no se puede convertir la excepción en regla general¹⁹). Por tanto, vuelvo a reiterar que sólo como excepción se debe permitir el acceso al juicio oral de diligencias llevadas a cabo en la fase de investigación que no han podido ser aseguradas ni reproducidas en el acto del juicio oral, excluyendo, por todo lo dicho anteriormente, las diligencias o declaraciones policiales, que además son anteriores a la fase de investigación.

Además, se puede permitir la lectura de las mencionadas diligencias cuando cumplan con todos los requisitos legalmente exigidos, ahora bien, el valor que se les tiene que dar, es también discutible, en estos supuestos mi pregunta es si tendrían valor probatorio de los hechos en ellas afirmados, porque es evidente que para valorar la credibilidad de la persona que efectúa la declaración no es posible, puesto que nunca se va a poder someter a contradicción en el acto del juicio oral. Es indudable que hay que tener mucha cautela con esta previsión puesto que abre las puertas a la lectura de material de investigación convirtiéndose en material de prueba. Entiendo que servirían para contrastarlas con las otras declaraciones prestadas en el juicio oral y, en consecuencia, definir el valor probatorio de las vertidas en el plenario. De otra forma, se vulneraría el principio de contradicción, dada la imposibilidad de contradecir en muchos casos el resultado probatorio, de modo que la presencia e intervención del imputado (llamado en el Anteproyecto investigado) y su defensor en la adquisición de la prueba se hubiera perdido irremisiblemente. Admitir eso supondría desnaturalizar el juicio oral como momento apropiado para la práctica de la prueba y transformarlo en un instrumento ficticio, justificante exclusivamente de la decisión que pone fin al proceso.

La finalidad de que el pre-legislador haya regulado la formación de los testimonios para el juicio oral es evitar que llegue al juicio oral material que en ningún caso puede servir de prueba. El pre-legislador se ha nutrido, a mi parecer al igual que lo hizo el legislador de la Ley del Jurado, del análisis de otras normas del derecho comparado, en concreto, de los artículos 496 y siguientes del Código Procesal Penal italiano, en los que se regulan los efectos probatorios que pueden alcanzar las declaraciones prestadas en la fase de instrucción, una vez que se someten a contradicción en la vista oral del juicio.

En este sentido, en el proceso penal italiano se distingue entre el "fascicolo per il dibattimento" o autos para el juicio oral y el "fascicolo del pubblico ministero" o documentación del Ministerio Fiscal. El primero es elaborado por el secretario judicial siguiendo las indicaciones del juez y en él se recoge el material de la investigación preliminar llevado a cabo²⁰). Este *fascicolo* es conocido y

puede ser utilizado por el juez para el fallo, siempre que se haya procedido a su lectura de oficio o a instancia de parte, conforme al artículo 511 del Código Procesal Penal italiano.

El "fascicolo del pubblico ministero", contemplado en el artículo 433 del Código Procesal Penal italiano, no llegará a ser conocido por el juez sino solamente por las partes. Este *fascicolo* se remite al Ministerio Público y contiene todas las actuaciones no previstas en el artículo 431, junto al acta y las actuaciones practicadas en la audiencia preliminar.

Nuestra doctrina ya puso de manifiesto con la Ley del Jurado, y que ahora yo reitero, que el legislador español quiso instaurar con aquella algo similar a lo previsto en el Código Procesal Penal italiano sobre la formación de dos tipos de *fascicolos*. Así, el "fascicolo per il dibattimento" recoge aquellos actos que son irrepetibles tanto de la policía judicial como del Ministerio Público, la prueba anticipada y los actos relativos al ejercicio de la acción civil²¹.

En cuanto al "fascicolo del pubblico ministero", el artículo 433 del Código Procesal Penal italiano reconoce al defensor la facultad de ver y extraer copia, en la secretaría del ministerio público, de los actos recogidos en el mismo que son esencialmente la documentación de las diligencias complementarias de investigación que lleve a cabo el Ministerio Público, cuando las partes se hayan servido de la misma para formular peticiones al juez que conozca del juicio oral, y éste la haya admitido.

El sistema procesal penal italiano diferencia claramente entre lo que puede llegar al juicio oral y ser conocido por los jurados, y aquello otro que pueden utilizar las partes y el Ministerio Fiscal, pero que no puede ser conocido por el jurado²². En el cuaderno que se remite al juicio oral ("fascicolo per il dibattimento") se especifica claramente cada una de las actuaciones irrepetibles que de forma documentada deben remitirse al juicio oral, al contrario de lo que hace nuestra Ley del Jurado y ahora también el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde con la expresión "diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas" se comprenden una serie de actuaciones que nosotros necesitamos precisar, en el sentido de delimitar la categoría de diligencias irreproducibles que han de ser ratificadas en el acto del juicio oral, y que a continuación pasaré a comentar.

En relación al valor probatorio que se pueden dar a esas declaraciones sumariales, en el artículo 500.3 de aquél texto (en su redacción original de 1989, puesto que ha sido objeto de reformas posteriores) se disponía que "las declaraciones utilizadas para poner de manifiesto una contradicción (*per la contestazioni*) no pueden constituir prueba de los hechos afirmados en ellas, aunque fueran leídas por las partes. Pueden, en cambio, ser valoradas por el Juez para establecer la credibilidad de la persona examinada (*la credibilità de la persona esaminata*).

En este sentido, el precepto del Código Procesal Penal italiano distingue dos parámetros de eficacia probatoria para los testimonios sumariales sometidos a contradicción. Uno restringido y de carácter negativo, que cubriría los supuestos generales, y que sólo permite que la declaración sumarial opere como medio de cuestionamiento de la credibilidad del testigo en caso de que incurra en contradicción, quedando así excluida su operatividad en positivo para acreditar los hechos afirmados en la declaración sumarial. Y un segundo parámetro (recogido en otros apartados del artículo 500), de carácter más bien excepcional, en que sí operaría la declaración sumarial como prueba en positivo de los hechos afirmados en ella. Con posterioridad estos supuestos extraordinarios se han ido ampliando en las reformas legislativas posteriores.

Es evidente que el legislador español ha utilizado las fuentes del derecho comparado y ello explica tanto el contenido de los artículos de la Ley del Jurado como los del Anteproyecto que estamos comentando, incluso puede comprobarse cómo los tres textos utilizan incluso las mismas expresiones, suprimiendo claro está "declaraciones sumariales" por "declaración efectuada en la fase de investigación", y así en los tres se especifica que "no tendrán efectos probatorios de los hechos en ellas afirmados".

Por tanto, el legislador español permite que se contrasten las declaraciones efectuadas en la fase de investigación y las llevadas a cabo en el juicio oral, pero sólo a efectos de cuestionar la

credibilidad del testigo²³). Este sistema contrasta con lo que hasta hace poco era la práctica mayoritaria, que no era otra que conceder eficacia probatoria a las declaraciones sumariales cuando han sido contrastadas con las prestadas en el juicio oral.

Con la regulación efectuada por la Ley del Jurado y con la que asume ahora el Anteproyecto se está implantando un nivel de exigencia en la calidad del material probatorio notablemente superior al del procedimiento ordinario regulado en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es que si el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo llevan ya afirmando desde hace más de veinte años que las diligencias sumariales carecen de eficacia probatoria si no se someten a contradicción en la vista oral, es obvio que la polémica no está en esta afirmación jurisprudencial totalmente consolidada. Como ya se puso de manifiesto por la jurisprudencia en relación con la Ley del Jurado y que hacemos extensible a la regulación efectuada por el Anteproyecto es esta materia, "la innovación y lo controvertido del texto de la LOTJ se centran, como admite el propio legislador, en ese nivel o escalón hipergarantista que se instaura en el texto legal apartándose de las pautas ya arraigadas en la jurisprudencia. Y en ello se cifra precisamente la polémica de que habla el legislador, asumiendo así, sin duda, con la nueva ley los riesgos de una norma que distorsiona los parámetros de eficacia probatoria asignados hasta ahora a las diligencias sumariales. Todo ello en aras de que el Jurado forme su convicción sobre las manifestaciones que se prestan a su presencia, y no sobre la lectura de diligencias de instrucción que no ha presenciado y cuyo texto pudiera dificultarle la decisión a tomar"²⁴).

Esos parámetros procesales en materia probatoria que ya instauró el legislador con la Ley del Tribunal del Jurado son los mismos que recoge ahora el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien en la Exposición de Motivos de la Ley del Jurado se daba el plazo de un año para hacerlo extensible al resto de procedimientos, no es hasta el 2011 que lo recoge el pre-legislador en el Anteproyecto (2013 en el Código Procesal Penal), si bien, actualmente se sigue sin implementar dichos criterios por el legislador.

III. CONTENIDO DE LOS TESTIMONIOS PARA EL EXPEDIENTE DE JUICIO ORAL

Dentro de los testimonios que integran el expediente de juicio oral podemos hacer una división; por un lado, los testimonios de oficio que han de llegar al juicio oral, y por otro, los testimonios que las partes pueden solicitar y que se van a unir a aquéllos.

Dentro de los testimonios de oficio, sólo se incluyen los del propio auto de apertura del juicio oral y las calificaciones y proposiciones de prueba de las partes. Estos serían los testimonios que cómo mínimo integrarían el expediente de juicio oral, además las partes pueden añadirles tres clases de materiales obtenidos durante la fase preparatoria, en concreto, los actos de aseguramiento de prueba personal, las diligencias irreproducibles necesitadas de ratificación en el juicio y los elementos aportados como prueba documental. Se prohíbe, como hemos ya puesto de manifiesto anteriormente, que se libre testimonio de las diligencias policiales, de las declaraciones de testigos y de las exposiciones orales de los peritos que no hayan constituido actos de aseguramiento en el correspondiente incidente.

Por tanto, vamos a analizar uno por uno los materiales de investigación que pueden acceder al juicio oral. Así, en primer lugar los actos de aseguramiento de prueba personal. A ello se refiere el artículo 540.2 a) del Anteproyecto cuando indica que a petición de cualquiera de las partes, se formará también testimonio de las actas de las diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba realizadas conforme a lo dispuesto en el capítulo VIII del título V de este Libro. Tengo que decir que la remisión que hace tanto al Libro como al título es incorrecta, debería remitirse al Libro IV del Título VIII que es el que se refiere al incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba.

Dentro de la primera materia se incluiría:

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

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

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

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

En relación con la segunda de las materias apuntadas, a petición de las partes y por tanto, nunca de oficio, se formará testimonio también de las actas de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral, tal y como se prevé en el artículo 540.2 b) del Anteproyecto que es objeto de comentario.

Es importante delimitar el contenido exacto de dicha documentación, es decir, qué se entiende por diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral. Es un principio admitido que sólo es prueba la que se practica en el acto del juicio oral con estricta observancia de las garantías derivadas de la inmediación, oralidad, concentración y publicidad. Sin embargo, esta regla general admite excepciones en determinados casos, de donde lo importante es delimitar tales excepciones, para evitar cualquier hipervaloración de la actividad de investigación, y centrar la actividad procesal en la fase de juicio oral²⁵⁾.

El TC admite como excepción la práctica de la llamada prueba preconstituida y de la prueba anticipada, siempre que sea practicada de acuerdo con las exigencias marcadas por la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) y su reproducción resulte muy difícil o imposible²⁶⁾. Es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, y para ello es necesario utilizar la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa²⁷⁾. Así, el TC otorga un específico valor probatorio a los actos sumariales en cuanto concurren en ellos el requisito objetivo de la irreproducibilidad, y sean respetados los principios de la prueba penal, en concreto los de inmediación y contradicción.

No existe consenso ni por parte de la doctrina ni por parte de la jurisprudencia sobre los conceptos de prueba preconstituida y prueba anticipada, llegando incluso esta última a confundirlos²⁸⁾. No obstante, ORTELLS RAMOS ha señalado algunas diferencias entre ambas categorías, como que el concepto de prueba preconstituida es más amplio que el de la prueba anticipada y, la formación de la prueba preconstituida no necesita la intervención del órgano jurisdiccional, ni constatación formal de la irreproducibilidad de la prueba, ni que se respete la contradicción²⁹⁾. Lo que sí queda claro en cualquiera de las definiciones que la doctrina y la jurisprudencia dan del concepto de prueba preconstituida y prueba anticipada es que las dos son diligencias irreproducibles en el acto del juicio oral.

Las pruebas preconstituidas pueden ser diligencias irrepitibles de manera consustancial o por su propia naturaleza. En esta categoría se incluyen las actuaciones sumariales que tengan por objeto obtener y asegurar elementos o fuentes de prueba, que tienden a establecer como ciertas determinadas circunstancias y recaen sobre elementos probatorios que por su fugacidad no pueden ser obtenidos en el momento del juicio oral³⁰⁾.

Por otro lado, las pruebas anticipadas son diligencias previsiblemente irrepitibles³¹⁾, que por no poder practicarse en el juicio oral se adelanta su práctica con todas las garantías procesales, sometiéndolas a contradicción en el momento de practicarse.

Finalmente, las diligencias irrepitibles de manera sobrevenida son aquellas cuya función al momento de practicarse no era servir de base para su incorporación a un medio de prueba sino solamente buscar información³²⁾, pero devienen irreproducibles por circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes. La discutible eficacia probatoria de estas diligencias se produce posteriormente, cuando son llevadas a la vista oral y se somete a los principios de contradicción y publicidad, normalmente a través de su lectura, y nunca mediante su ratificación.

Partiendo de las definiciones dadas, a mi parecer, tanto la prueba preconstituida como la prueba anticipada podrían integrar el expediente del juicio oral si lo piden las partes, tal y como se permite en el artículo 540.2 del Anteproyecto, pero la vía sería diferente. En relación con la prueba anticipada, tal y como la he definido anteriormente, sería llevada al juicio oral de acuerdo al apartado a) del artículo 540.2, es decir, encajaría en las "actas de diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba (...)". Aunque es cierto que verdaderamente estaríamos ante una anticipación de prueba cuando se practica ante el órgano judicial que va a dictar sentencia. Hay que tener en cuenta que, una vez cerrada la fase intermedia, el acto de aseguramiento se practica contradictoriamente ante el tribunal llamado a dictar sentencia. En el Anteproyecto, dentro del marco de los actos previos al juicio oral, se prevé la posible práctica de "prueba anticipada" ante el órgano de enjuiciamiento antes de las sesiones del juicio oral.

Cuando se ha llevado a cabo el incidente de aseguramiento, estas diligencias, tal y como se dispone en el artículo 515 de dicho texto, sólo accederán al juicio oral si llegase a producirse la falta de disponibilidad del medio de prueba que lo motivó, a excepción de las declaraciones de menores o discapacitados que podrán hacerse valer en el juicio mediante la reproducción de lo grabado, cuando el juez o tribunal considere, que por razón de su vulnerabilidad no han de someterse al examen contradictorio de las partes. De otra forma, tendrán que volverse a practicar en el acto del juicio oral sin tener valor lo asegurado en el incidente.

Al incluir a la prueba anticipada en la definición de las actas de diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba realizadas conforme al incidente de aseguramiento, evitamos la problemática que se planteó con la Ley del Jurado cuando la doctrina entendía dentro de la definición de "diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral" a la prueba anticipada. Desde una interpretación literal, la prueba anticipada no encajaría dentro de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral porque la prueba anticipada nunca puede ser ratificada en el acto del juicio oral, a no ser que entendamos que la simple lectura de la documentación de la diligencia es su ratificación.

Esta misma cuestión fue ya debatida en relación con lo preceptuado en la ley del Jurado, en la que, al igual que ahora, hacía referencia "a las diligencias sumariales no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral"³³). En aquel entonces, yo propugnaba por no realizar una interpretación literal sino acorde con el espíritu de la ley, permitiendo otorgar eficacia probatoria a la prueba anticipada realizada conforme a las garantías que rigen la práctica de la prueba en el juicio oral, esto es, respetando los principios procesales de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, puesto que de otra forma, no tendría encaje en la Ley. Sin embargo, con la regulación efectuada por el Anteproyecto, la problemática de cómo se lleva al juicio oral deja de existir, puesto que la prueba anticipada encajaría en el apartado a) del artículo 540.2 y la prueba preconstituida en el apartado b) del mismo artículo.

Cuestión distinta son las diligencias irrepetibles de manera sobrevenida, es decir, diligencias que no son irrepetibles de manera consustancial u originaria, sino que la irrepetibilidad deviene de forma sorpresiva por lo que no se ha podido asegurar su fuente. Estas diligencias en principio no podrán testimoniarse para incorporarse al expediente del juicio oral, sin embargo, de forma excepcional y previa audiencia de las partes, podrá el Presidente autorizar, de oficio o a instancia de parte, la lectura de la documentación de estas diligencias realizadas en la fase de investigación cuando, siendo de indudable importancia para la causa, no ha podido ser asegurada ni reproducida en el acto del juicio oral, como decimos, por la pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente, siempre que se haya realizado de forma contradictoria, tal y como se preceptúa en el apartado quinto del artículo 591 del Anteproyecto.

La incorporación de diligencias irrepetibles al acto del juicio oral no ha sido una cuestión pacífica y, siempre se ha sostenido que en todo caso, han de introducirse matices y diferenciarse supuestos, de modo que la solución puede no ser unívoca. Así, la máxima de la práctica de la prueba en el juicio oral debe hacer compatible que se regule con mucha atención la incorporación a la vista de las diligencias sumariales irrepetibles mediante un mecanismo que anticipe la contradicción al momento de origen o la garantice en la forma que se estime adecuada a la naturaleza del acto practicado³⁴).

IV. CONTENIDO DE LOS TESTIMONIOS PARA EL USO DE LAS PARTES EN EL JUICIO ORAL

Como he venido comentando a lo largo de este trabajo, las partes pueden pedir en cualquier momento las copias que les interesen para su propio uso en el curso del juicio oral. En relación con ello, podrán entregarse a las partes los testimonios de todas las declaraciones practicadas en el procedimiento investigador o de las aportadas al mismo, para su eventual utilización en el caso previsto en el artículo 592 del Anteproyecto.

Pues bien, si acudimos al artículo 592 citado, en éste se hace referencia a las "lecturas de contraste". No voy a repetir lo dicho anteriormente en relación con la finalidad de los testimonios solicitados por las partes, me voy a referir a cuáles son las declaraciones, en concreto, que se pueden someter a contradicción en el acto del juicio oral.

Así, aunque a primera vista parece, leyendo el artículo 542, que las partes pueden pedir copia de todas las declaraciones para contrastarlas con las que se presten en el juicio oral, sin embargo, al acudir al artículo 592 del Anteproyecto, en éste sólo se regulan las declaraciones de los testigos y no se mencionan ni las declaraciones efectuadas por los peritos ni las del propio acusado³⁵. Ello difiere considerablemente con el régimen previsto en la Ley del Tribunal del Jurado, donde se permite contrastar tanto las declaraciones efectuadas por los testigos, como por los peritos y el propio acusado, y también ha sido así en la práctica con el resto de procedimientos penales aunque en la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) sólo se menciona a los testigos. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido admitiendo que el [artículo 714 LECRIM](#)³⁶ no se extiende sólo a los testigos, sino a todas las partes que prestan declaración sobre hechos ante el Tribunal y que previamente han declarado durante la instrucción³⁷.

De nuevo vuelvo a reiterar que me parece apropiado que el legislador no someta a un mismo régimen las declaraciones de los testigos con las de los peritos, ya que como anteriormente manifesté tienen diferencia naturaleza y por ello, considero que es más correcto hablar de exposiciones orales de los peritos. Ahora bien, lo que no logro entender es porqué en el artículo 592, que regula las "lecturas de contraste", no se menciona a las declaraciones del acusado, aunque sí que se permite en el artículo 591.2 del mismo texto, la lectura de la confesión del acusado. Así, se indica que "también se leerá o reproducirá la confesión obtenida ante el Juez de Garantías conforme a lo establecido en el artículo 253 de esta ley.

Cuando el acusado preste declaración en el juicio oral, la confesión le será leída en ese momento".

A mi parecer, es un olvido del legislador que no se haya hecho referencia dentro de las "lecturas de contraste" a las declaraciones del investigado ante el Ministerio Fiscal, porque las realizadas ante la Policía están excluidas expresamente. Tal vez, el legislador al enfatizar en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto que las declaraciones realizadas por el investigado ante la Policía y el Ministerio Fiscal carecen de todo valor probatorio, se le olvidó posteriormente incluirlo en el apartado que incluye las "lecturas de contraste".

En ningún caso, esas declaraciones realizadas ante el Ministerio Fiscal o ante la Policía van a ser testimoniadas de oficio para integrar el expediente de juicio oral, ya que al tratarse de un mero acto de investigación y carecer, como he dicho anteriormente, de todo valor probatorio, nunca podrán llegar al acto del juicio oral. No obstante, aunque al legislador se le haya olvidado incluirlo en el apartado referido a las "lecturas de contraste", las partes, tal y como se indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, podrán solicitar el testimonio para su propio uso, que no es otro que utilizarlo para contrastar las declaraciones efectuadas por el investigado ante el Ministerio Fiscal y la declaración que preste en el juicio oral, con la finalidad de evidenciar ante el órgano sentenciador las contradicciones puestas de manifiesto entre ambas declaraciones. Ahora bien, el valor probatorio que puede tener es el de evidenciar la credibilidad del acusado, nunca pueden servir para condenarle, sí para valorar la credibilidad.


En relación con el reconocimiento de hechos, como la declaración no tiene valor probatorio, para que pueda llevarse al acto del juicio oral tiene que haberse realizado la confesión judicial de

acuerdo con lo previsto en el incidente de aseguramiento de la fuente de prueba. Por lo tanto, la confesión tiene que haberse realizado ante el Juez de Garantías, que es el verdadero protagonista del incidente de aseguramiento de la fuente de prueba, sistema que garantiza la plena contradicción. Esta confesión, como anteriormente comenté, será leída en el acto del juicio oral.

Para concluir, quisiera apuntar que sólo por el hecho de que el legislador (tanto en el Anteproyecto de 2011 como en el Código Procesal Penal de 2013) haya regulado las diligencias que se pueden testimoniar para integrar el expediente del juicio oral, ya de por sí es positivo, puesto que al ser una materia de evidente complejidad, se evita el no saber qué material de investigación puede llegar al juicio oral y, por tanto, se evita lo que en la práctica estaba ocurriendo, que no era otra cosa que remitir material de investigación que, en ningún caso, puede llegar al conocimiento del juez que va a dictar sentencia. Si además, se concretan los supuestos específicos en los que se pueden remitir diligencias de investigación al juicio oral e incluso incluir expresamente la excepción a la regla general, añadimos valor a la regulación. Por ello, considero, con las matizaciones que he expuesto a lo largo del trabajo, que el futuro legislador de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá tener en cuenta la regulación contemplada en el Anteproyecto que me parece muy exhaustiva, más que la regulación llevada a cabo posteriormente en el Código Procesal Penal, y que además mejora considerablemente lo contemplado en la Ley del Tribunal del Jurado y, en definitiva, mejora nuestro modelo de proceso penal.

V. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, *-Prueba prohibida y, prueba preconstituida* , Madrid, 1989.

-*"La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La  Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo"*, en *El Tribunal del Jurado* , CGPJ, Madrid, 1995.

CLIMENT DURÁN, *La prueba penal (doctrina y jurisprudencia)* , Valencia, 1999.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, "Constitución del Tribunal y desarrollo del plenario", en *Problemas del juicio oral con Jurado* , CGPJ, Madrid, 1999

DÍAZ CABIALE, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva* , AAVV, Granada, 1996.

GIMENO SENDRA, (con Cortés Domínguez y Moreno Catena), *Derecho Procesal. Proceso Penal* , Valencia, 1993

LÓPEZ JIMÉNEZ, *-La prueba en el juicio por jurados* , Tirant lo Blanch, 2002.

-*"La prueba y el juicio oral en la Ley del Jurado"*, en *Juicio por jurado: experiencia y revisión*, en Estudios de Derecho Judicial, 96, Consejo General del Poder Judicial.

ORTELLS RAMOS, "Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714de la Lecrim" , *RDPI* , año 1982, nº II-III

VERGER GRAU, "Las pruebas ante el Tribunal del Jurado, en *El Tribunal del Jurado* , Madrid, 1995

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, "Anticipación y aseguramiento de la prueba en la fase de instrucción", en *Revista Archivo Penale* , nº 12, 1997.

FOOTNOTES

En el Código Procesal Penal está regulado como he mencionado en los artículos 430 y siguientes.

2

Véase la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3

En el Código Procesal Penal será el Tribunal de Garantías el que dicte el auto de apertura del juicio oral. En este auto además de fijar el hecho justiciable y el delito por el que será encausado, deberá acordar también la formación de la Pieza Principal del Tribunal del Jurado y la inclusión en la misma de los documentos, actas, transcripciones, informes y resoluciones susceptibles de incluirse en la misma que las partes hayan interesado, artículo 429.

4

Por su parte, en el Código Procesal Penal, en la Pieza Principal del Tribunal del Juicio, se incluyen:

1º.- Los documentos y fuentes de prueba relevantes para la causa. No se entenderá por documento las actuaciones de la causa documentadas.

2º.- El certificado de antecedentes penales o de cualquier otro registro público.

3º.- Las actas de constancia de recogida de fuentes de prueba realizadas por la Policía o por el Ministerio Fiscal.

4º.- Los dibujos de lugares, cosas o personas, los planos y croquis realizados en la investigación.

5º.- Las actas de los registro domiciliarios.

6º.- Las actas de los registros e inspecciones corporales.

7º.- Los soportes de imágenes o sonidos de lugares, cosas, personas o comunicaciones intervenidas conforme a la Ley relevantes para la causa, incluidas fotografías, videos y grabaciones.

8º.- Las transcripciones de los sonidos referidos en el apartado anterior efectuadas por el Secretario Judicial.

9º.- Los informes técnicos, científicos o artísticos recabados o confeccionados en las Diligencias de Investigación o apartados por las partes que sirvan de base a la prueba pericial.

10º.- Las actas de las diligencias de prueba anticipada realizadas ante el Tribunal de Garantías.

11º.- Las resoluciones judiciales dictadas en la causa.

12º.- El documento acreditativo del acto de interrupción de la prescripción del delito.

En este mismo artículo, en su apartado 2, se especifica que ninguna diligencia o actuación de la Policía o del Ministerio Fiscal ni actuación procesal alguna que no está comprendida en el apartado anterior podrá formar parte de la Pieza Principal del Tribunal del Juicio ni de ninguna otra pieza de la causa remitida al

mismo.

5

En relación con la carpeta del Ministerio Fiscal, ésta incluirá las actas de diligencias de investigación practicadas que no puedan ser incluidas en la carpeta del Tribunal de Juicio que sean relevantes para el ejercicio de su función. En todo caso el Ministerio Fiscal incluirá en su Carpeta las diligencias de declaración en fase de investigación del encausado y también de los testigos y peritos cuya declaración en el juicio proponga cualquiera de las partes.

6

Este incidente se resolverá conforme lo previsto en los artículo 504 y siguientes del Anteproyecto que estamos comentando.

No obstante, aunque no lo voy a comentar, sí quiero apuntar aunque sea a nota a pie de página que, tal y como se especifica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el incidente de aseguramiento también da cabida a dos supuestos que no obedecen al fundamento general de la institución. Se trata de la confesión judicial del investigado y de declaración de personas vulnerables. Ambos se caracterizan por estar desde un principio orientados a acceder al juicio oral, sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba. Además, en los casos de exploración del menor a través de expertos, se busca justamente evitar la práctica de un examen contradictorio en el acto del juicio oral.


7

De igual forma se regula en el Código Procesal Penal, artículo 430.2.

8

En el Código Procesal Penal, esto está regulado de diferente forma, ya que las partes pueden utilizar esas declaraciones para contrastarlas con las declaraciones efectuadas en el juicio oral por el acusado, testigo, pero se lo tendrá que pedir al Tribunal, quien se lo solicitará a su vez al Fiscal para que éste entregue al Secretario Judicial el acta obrante en la Carpeta de Ministerio Fiscal, tal y como está recogido en el artículo 449. Igual tratamiento se lleva a cabo para las declaraciones contradictorias del testigo, regulado en el artículo 456.

9

La contradicción requiere que se aprecie una falta de conformidad entre lo declarado en el sumario, ahora fase de investigación, y lo declarado en el juicio oral, bien porque se advierta alguna incoherencia, bien porque se descubra alguna divergencia, o incluso porque el declarante diga no recordar algún extremo sobre el que declaró en fase sumarial o de investigación. Véase a CLIMENT DURÁN, *La prueba penal (doctrina y jurisprudencia)*, Valencia, 1999, pág. 221. También LÓPEZ JIMÉNEZ, *La prueba en el juicio por jurados*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 142. Una de las cuestiones que se plantearon en la práctica en relación con la  [Ley del Jurado](#) era si el silencio del acusado en el juicio oral se puede entender como

contradicción. A este respecto, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en la [sentencia núm. 247/2000](#) (JUR 2001, 46003), señaló que: en principio, hay que entender que el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere, se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial(...) De todo lo expuesto se infiere que, cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una "contradicción" a los efectos del [art. 46.5](#) de la LOTJ. (...). Véase con más detalle en LÓPEZ JIMÉNEZ "La prueba y el juicio oral en la Ley del Jurado", op. cit., págs. 177 y ss. Además, como manifiesta DEL RÍO FERNÁNDEZ, "Constitución del Tribunal y desarrollo del plenario", en *Problemas del juicio oral con Jurado*, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 130, los peritos pueden ser interrogados acerca de las discrepancias entre informe escrito y oral, pero con valor probatorio no circunscrito a lo dicho en el acto de la vista, sino amplio y extensivo a los que parezca más oportuno y adecuado al caso.

10

De igual manera en el Código Procesal Penal, en el artículo 449.3, se especifica que "la declaración del encausado en la fase de investigación no podrá ser valorada como prueba de cargo por el Tribunal. Sin embargo, las contradicciones advertidas en su declaración y que hayan sido puestas de manifiesto en el acto del plenario, podrán ser integradas en la apreciación probatoria en el momento de valorar la credibilidad del encausado". De diferente forma, trata las declaraciones contradictorias de los testigos ya que para éstos, el Código especifica en su artículo 456, que "en tales casos, el Tribunal podrá formar su convicción mediante la valoración conjunta de las declaraciones de los testigos".

11

De igual manera tampoco se las incluye en el Código Procesal Penal.

12

Como pone de manifiesto VERGER GRAU, los peritos no realizan propiamente declaraciones, sino dictámenes o informes, y además el [artículo 483](#) de la LECRIM, considera que las "aclaraciones" que los peritos dan a las preguntas del juez de instrucción "forman parte del informe". Véase "Las pruebas ante el Tribunal del Jurado, en *El Tribunal del Jurado*, Madrid, 1995, pág. 144.

13


A esta problemática hice ya referencia en el trabajo *La prueba en el juicio por jurados*, op. cit., págs. 161 y ss.

14

Y sobre todo teniendo en cuenta que estamos en un procedimiento donde el órgano enjuiciador son jueces legos.

De esta forma, el Magistrado-presidente deberá fraccionar el testimonio para incluir única y exclusivamente la contradicción en el acta del juicio, lo que en la práctica puede resultarle difícil de llevar a cabo. Ya puse de manifiesto en mi trabajo sobre *La prueba en el juicio por Jurados*, op. cit., págs. 161 y ss, que ésta es la solución más adecuada, aún dada la gran dificultad que supone fraccionar el testimonio.

A mi parecer, esta regulación mucho más exhaustiva difiere con la llevada a cabo por el Código Procesal Penal, que no ha previsto expresamente en su articulado dicha excepción, sí que prevé dentro de la Pieza Principal del Juicio las actas de diligencias de prueba anticipada, pero no indica nada de las diligencias de investigación no reproducibles en el acto del juicio oral en el sentido de permitir o no su lectura.

En la práctica no ha habido un criterio unánime en cuanto a permitir contrastar las declaraciones prestadas en el juicio oral con las llevadas a cabo ante la Policía. Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido alguna vez la posibilidad de confrontar declaraciones prestadas ante la policía con declaraciones realizadas en el juicio oral, y así ha señalado: "Por el contrario el Tribunal sólo podrá tomar en cuenta como prueba las declaraciones del atestado policial si en el juicio oral pudo agotar en forma exhaustiva la confrontación del testigo con sus declaraciones anteriores y éstas habían sido prestadas, en defensa del letrado defensor del procesado".  [STS de 18 de mayo de 1993](#) (RJ 1993, 4163), RJA 1993/4163.

Me parece mucho más correcto hablar de exposiciones orales de los peritos que declaraciones de los peritos, puesto que entiendo que éstas tienen diferente naturaleza que las declaraciones de testigos.

En igual sentido ya me manifesté con la Ley del Jurado, puesto que si de la lectura de la Exposición de Motivos se deducía claramente la voluntad del legislador de desvalorizar el sumario a efectos probatorios, sin embargo al mismo tiempo de una lectura conjunta de determinados preceptos de la Ley se suavizaba tal idea por el elevado número de excepciones existentes a la regla general. Con el Anteproyecto se agudiza esa idea, puesto que la excepción es tan general que podría llegar al juicio oral cualquier documentación de diligencias practicadas en la fase de investigación.

En dicho fascículo se contienen, según el artículo 431 del Código Procesal italiano, lo siguiente:

- a) Los actos relativos a la procedibilidad de la acción penal y al ejercicio de la acción civil.
- b) Las actas en que consten las actuaciones, que no sean repetibles, realizadas por la Policía Judicial.

- c) Las actas en que consten las actuaciones irrepetibles realizadas por el Ministerio Público.
- d) Las actas en que consten las actuaciones realizadas en el incidente probatorio.
- e) Certificación del registro general judicial y los demás documentos a que se refiere el artículo 236.
- f) El cuerpo del delito y las cosas relacionadas con el delito, cuando no deban ser custodiadas por terceros.

21

Véase a DÍAZ CABIALE, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, AAVV, Granada, 1996, pág. 293.


22

En igual sentido, el Código Procesal Penal, diferencia entre la Pieza Principal del Tribunal del Juicio que se remite el órgano sentenciador y la carpeta del Ministerio Fiscal, que no se remite a dicho órgano.

23

El Código Procesal Penal diferencia, a mi parecer, entre el valor que pueden tener las declaraciones del encausado dadas en la fase de investigación cuando han sido contrastadas con las efectuadas en el juicio oral, por un lado, y por otro lado, la valoración de las declaraciones testificales. En las primeras, expresamente se dice que "la declaración del encausado en la fase de investigación no podrá ser valorada como prueba de cargo por el Tribunal. Sin embargo, las contradicciones advertidas en su declaración y que hayan sido puestas de manifiesto en el acto del plenario, podrán ser integradas en la apreciación probatoria en el momento de valorar la credibilidad del encausado". Por su parte, en relación con las segundas se indica que "el Tribunal podrá formar su convicción mediante la valoración conjunta de las declaraciones del testigo". En definitiva, el legislador del Código viene a otorgar un diferente valor probatorio a las declaraciones de investigación, bien sean las del encausado o las del testigo, en el sentido de que si son las del encausado sólo servirían para valorar su credibilidad, nunca como prueba de cargo para condenarle, pero si son declaraciones testificales y han sido contrastadas se pueden valorar conjuntamente y, por tanto, considerarlas prueba de cargo para condenar al encausado. De otra forma, entiendo que el legislador habría dado una igual redacción a ambas declaraciones.

24

Véase la sentencia dictada por la Audiencia Provincial número 122/2002 Madrid (Sección 15ª), de  [22 de marzo](#) (JUR 2002, 130084), procedimiento del Tribunal del Jurado número 1/2000 (JUR 2002/130084).

25

Véase a VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, "Anticipación y aseguramiento de la prueba en la fase de instrucción", en *Revista Archivo Penale*, nº 12, 1997, pág. 1.

26

Véanse las [SSTC 80/1986](#) (RTC 1986, 80); [150/1987](#) (RTC 1987, 150); [22/1988](#) (RTC 1988\22); [25/1988](#) (RTC\1988\25); [137/1988](#) (RTC\1988\137).

27

STC 137/1988.

28

Véase mi trabajo sobre *La prueba en el juicio por jurados*, op. cit., pág. 190.

29

ORTELLS RAMOS, "Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los [artículos 730](#) y [714](#) de la LECrim ", *RDPI* , año 1982, nº II-III, pág. 329.

30

GIMENO SENDRA, (con Cortés Domínguez y Moreno Catena), *Derecho Procesal. Proceso Penal* , Valencia, 1993, pág. 375.

31

Como indica ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y, prueba preconstituida* , Madrid, 1989, pág. 172, las pruebas anticipadas tienen que gozar necesariamente de dos presupuestos básicos: el de irrepetibilidad y el de la previsibilidad.

32

ASENCIO MELLADO, "La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La [Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo](#)", en *El Tribunal del Jurado* , CGPJ, Madrid, 1995, pág. 367.

33

Véase mi trabajo sobre "La prueba y el juicio oral en la Ley del Jurado", en *Juicio por jurado: experiencia y revisión*, en Estudios de Derecho Judicial, 96, Consejo General del Poder Judicial, pág. 175.

34

DEL RÍO FERNÉNDEZ, "Constitución del Tribunal y desarrollo...", op. cit., pág. 126.

En el Código Procesal Penal el artículo 449 regula exhaustivamente las declaraciones del encausado (denominación que recibe en este texto el acusado) en el juicio oral y establece la posibilidad de contrastar las declaraciones efectuadas en la fase de investigación y en la fase de juicio oral, y además, en dicho artículo se especifica la valoración que se le puede dar a la contradicción puesta de manifiesto en el juicio oral, que no es otra que servir para valorar la credibilidad del encausado.

En este artículo se indica "cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe".

 [STS de 4 de noviembre de 1996](#) (RJ 1996, 8045),  [STS de 20 de diciembre de 1997](#) (RJ 1997, 9403),  [STS de 18 de septiembre de 1998](#) (RJ 1998, 7493).