

PROBLEMAS DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL (ORALIDAD, CONTRADICCIÓN, INMEDIACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERSONALES)*

Manuel ORTELLS RAMOS**

SUMARIO: I. *Significado de la diversidad de tipos de procedimiento (escrito, oral)*. II. *La opción por el procedimiento oral en el proceso penal español y sus principales problemas*. III. *Oralidad e inmediación en la práctica de los medios de prueba personales. Especiales riesgos en el proceso penal debidos a la existencia de una etapa previa de investigación formalizada*. IV. *La forma oral del procedimiento penal y la realización del principio de contradicción en los actos de alegación y de proposición de prueba*. V. *Nota bibliográfica complementaria*.

I. SIGNIFICADO DE LA DIVERSIDAD DE TIPOS DE PROCEDIMIENTO (ESCRITO, ORAL)

Indicaba Calamandrei que “según la forma de los actos procesales singulares que constituyen la serie y según el orden y la relación en que se suceden, el proceso puede asumir diversas figuras típicas”.¹ Lo que caracteriza esa tipicidad es el predominio del elemento oral o del escrito, que viene a convertirse en el primer problema del procedimiento.

También es antigua la constatación de que ni los sistemas procedimentales vigentes ni las pretensiones de reforma se orientan hacia el establecimiento en su estado puro de alguna de las formas citadas, sino que más bien reflejan y tienden a una combinación de formas orales y escritas. Decía

* Este trabajo ha sido elaborado durante la estancia de su autor en la *Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne*, subvencionada por la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación del Gobierno de España.

** Catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Valencia (España).

¹ Calamandrei, P., *Instituciones de derecho procesal según el nuevo Código*, I, Buenos Aires, 1962, p. 382.

Cappelletti que: “El problema de la oralidad y de la escritura en el procedimiento se plantea a menudo como un problema de predominio o de coordinación y no de exclusión total”.² Pasado el tiempo, se continúa manteniendo por la doctrina procesal que la cuestión de las formas procedimentales es cuestión de combinación y de predominio.

Planteado el problema de la caracterización oral o escrita del procedimiento como una cuestión, no de exclusividad, sino de combinación y predominio de formas, se ofrece al observador un panorama muy amplio de modelos procedimentales. Estos modelos pueden ser calificados como escritos u orales según la forma de los actos que predomine y la función de los actos que se realicen en cada una de las formas. La sola existencia de un debate oral no convierte en oral un procedimiento, porque, aparte de su irrelevancia cuantitativa comparada con la forma escrita en los demás actos, cumple una función secundaria respecto a la aportación contradictoria del material procesal que consta por escrito y respecto al cual se limita a ser un resumen crítico y conclusivo. De igual modo, la utilización de la escritura no desnaturaliza un procedimiento oral si el carácter de los actos escritos es el de preparación de la vista oral o el de documentación de lo que en ella acaece y ha de ser constatado por su relevancia para posteriores instancias o recursos.

Ni el significado literal de los términos oralidad y escritura ni la observación de que en los diversos ordenamientos estas formas se presentan combinadas proporcionan, sin embargo, una idea suficiente de los criterios generales de ordenación del procedimiento. Oralidad y escritura no son principios individuales, sino que designan sendos sistemas integrados por series respectivas de principios entre sí coordinados. La doctrina alemana se ha orientado, desde luego sin olvidar la interconexión que entre ellos existe, al estudio asilado de cada uno de los principios, profundizando en su individualidad conceptual.³ La doctrina italiana, por el contrario, ha insistido preferentemente en que oralidad y escritura designan un sistema orgánico de principios procedimentales; y, así, pudo decir Denti que

...en efecto, el predominio de la discusión oral del pleito, con la conexa función meramente preparatoria y de documentación de los escritos, sólo tiene sentido si el juez que ha de decidir la controversia es el mismo que ha asistido al desarrollo de la prueba y ha entrado en relación directa con las partes, si el

² Cappelletti, M., *Procédure orale et procédure écrite*, Milán-Nueva York, 1971, p. 12.

³ La metodología de la doctrina alemana al tratar de la oralidad puede ejemplificarse con Grunsky, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, p. 213, y Arens, P., *Mündlichkeitssprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*, Berlín, 1977, p. 27.

tratamiento del pleito se desenvuelve en audiencias cercanas, de tal modo que permita la valoración directa de las actividades procesales por parte del juez.⁴

Esta misma orientación ha sido seguida por la doctrina española.⁵

Solamente del último modo referido puede adquirirse un conocimiento acertado del modelo procedimental. La forma oral, predominante en el conjunto de actos procesales, se concreta en la inmediación en cuanto a la práctica de la prueba; la eficacia de la oralidad y la inmediación exigen la concentración y todo ello conduce a la facilitación de la publicidad general. Si es preponderante la forma escrita, se requiere una cierta dispersión de los actos procesales —que, además, tiende a aumentar—; si la inmediación está prescrita deviene ineficaz a causa de la dispersión, deduciéndose del conjunto la dificultad o la limitación de las posibilidades de publicidad.

Veamos más específicamente cómo se produce la interconexión de componentes que da lugar a un tipo procedimental oral, que es el que, ahora, interesa.

1) La oralidad significa, en primer lugar, predominio de la palabra hablada frente a la escritura como forma de los actos procesales. Es en la concreción del concepto indeterminado de “predominio” donde las discusiones pueden surgir. Se pueden apuntar dos posturas extremas, ambas rechazables. Primera: no es suficiente, para que un procedimiento deba ser considerado oral, una discusión oral conclusiva sobre el material procesal que ya ha sido aportado sin sujeción al conjunto de características que después veremos. Pero —segunda postura— tampoco es necesario para que el procedimiento merezca la calificación de oral que hasta la prueba documental sea leída. Fuera de esto, las posturas sobre los ingredientes escritos de un procedimiento oral son muy diversificadas. Para Chiovenda, los escritos sólo han de tener una función preparatoria y de documentación no exhaustiva.⁶ Para Calamandrei, si la escritura es la forma de las “deducciones” de las partes, el procedimiento ha de considerarse

⁴ Denti, V., “L’oralità nelle riforme del processo civile”, *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, 1971, p. 123.

⁵ Sobre la orientación de la doctrina española, más próxima a la italiana, puede verse clásicamente Fairén Guillén, V., “Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento”, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, pp. 265 y ss.; Prieto-Castro, L., “Precisiones sobre oralidad y escritura”, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I, Madrid, 1950, pp. 78 y ss.

⁶ Chiovenda, G., *Instituciones de derecho procesal civil III*, trad. de E. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, pp. 161 y 162.

escrito;⁷ ahora bien, según esto, habría de dudarse sobre la oralidad del proceso penal español, dado que son escritas las calificaciones provisionales —y las definitivas, si hay cambios— de la acusación y de la defensa y las proposiciones de prueba. Prieto-Castro entiende que la oralidad permanece aunque los actos iniciales de proposición del objeto y aportación de hechos sean escritos y no tengan carácter meramente preparatorio, sin perjuicio de su posterior exposición oral.⁸ Holzhammer, con referencia al proceso austriaco, resalta la necesidad de la preparación escrita y de que determinados actos procesales importantes consten por escrito para asegurar un permanente recuerdo exacto de su contenido.⁹

- 2) La oralidad respecto a la práctica de la prueba se concreta en la inmediación entre los medios de prueba y el juez que ha de dictar sentencia. Propiamente, en la práctica de la prueba la oralidad no cede todo el lugar a la inmediación, sino que ambas se combinan en el sentido de que la propia participación de las partes en la práctica de la prueba no está vinculada por un interrogatorio escrito preparado previamente, sino que se desarrolla oralmente y con plena agilidad. Este aspecto de la oralidad ha sido el más apreciado por su necesidad para una correcta valoración libre de la prueba y, en general, porque es el más adecuado para obtener el máximo rendimiento de los medios de prueba personales.
- 3) La eficacia de la oralidad y de la inmediación depende de la concentración en el tiempo de las actividades procesales y de la sentencia como término de ellas. En efecto, la consideración, en el momento de dictar la sentencia, de las alegaciones orales, del desarrollo de la práctica de la prueba y de la discusión oral final sólo es posible, sin recurrir a documentos, si entre el momento de producirse aquéllas y el momento de sentenciar no media un periodo de tiempo tan prolongado que haya borrado el recuerdo del material procesal.

Concentración significa, en definitiva, que el conjunto de actos procesales, que han de desarrollarse oralmente y con inmediación, se realice en una sola sesión, en varias consecutivas o en varias que, aunque no sean consecutivas, estén separadas por periodos de sus-

⁷ Calamandrei, P., “Oralità nel processo”, *Opere Giuridiche*, I, Nápoles, 1965, p. 452

⁸ Prieto-Castro, L., “Precisiones sobre oralidad y escritura”, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I, cit., pp. 101 y 102; del mismo autor, “Oralidad y escritura”, *Trabajos y orientaciones*, Madrid, 1964, pp. 209-211.

⁹ Véase Holzhammer, R., *Österreichisches Zivilprozessrecht*, Viena-Nueva York, 1976, pp. 129 y 130.

pensión breves, constituyendo todas ellas una sola vista o audiencia, seguida, igualmente en el más breve plazo de tiempo, por la sentencia. Desde este punto de vista ha de ser comprendida la advertencia reiterada de la doctrina española de ser necesaria una doble concentración: concentración procedimental y concentración del contenido del proceso. La primera no es más que el problema de la unidad de la vista o la tendencia a ella, preparando adecuadamente todas las actividades que han de realizarse dentro de la vista, para que efectivamente así pueda ser, sin suspensiones o interrupciones. La segunda, lo mismo, pero por razón distinta: un procedimiento oral no admite más incidentes que los previos a la audiencia y los acumulados a ella; un incidente suspensivo de la audiencia puede quebrar la concentración si su tratamiento y resolución exigen un largo periodo de tiempo; incidentes de tramitación simultánea, pero separada, pueden llegar a ser resueltos cuando la audiencia principal ya ha terminado y la sentencia ha sido dictada, o bien, si suspenden el plazo para dictar sentencia, pueden perjudicar la concentración.

Por otra parte, la oportunidad de acumular el tratamiento de ciertas cuestiones incidentales a la discusión y prueba del objeto principal, para que sean decididos en la misma sentencia, depende de la influencia que sobre ésta puedan tener, porque si resulta que el efecto de la resolución del incidente es hacer inadmisible la sentencia de fondo, todo el esfuerzo de preparación de la vista oral y de realización de la misma corre el riesgo de perderse inútilmente. De ahí que sea conveniente en algunos casos su tratamiento y resolución previa.

La concentración, sólo en una medida muy reducida, es un efecto o consecuencia de la oralidad. Más bien al contrario, por regla general es su presupuesto o la condición de su eficacia, por lo que la concentración necesaria no se alcanza con sólo establecer la oralidad, sino que exige aplicar técnicas específicas para conseguirla. Un procedimiento oral, por la simultánea presencia de todos los sujetos procesales, permite prescindir de los periodos de tiempo para la comunicación entre ellos, necesarios en un procedimiento escrito. Consecuentemente, liberar las posibilidades de alegación y contralegación, con sus correspondientes corroboraciones probatorias, adecuándolas a los términos reales de la controversia procesal, es algo que en un procedimiento oral puede permitirse sin asumir el riesgo de una duración limitada del proceso. Así se explica, por ejemplo, que en la primitiva redacción de la *Zivilprozessordnung* alemana no existiera ningún orden legal de los actos, ni preclusión ni eventual

lidad, confiándose la realidad de la concentración al principio proclamado de la unidad de la audiencia. Ahora bien, lo anterior sólo puede ser realidad si las partes se presentan en la audiencia conociendo todas las cuestiones que pueden ser discutidas y preparadas para discutirlas y, en su caso, para proponer y practicar inmediatamente las pruebas que les interesan; de no ser así, se hacen necesarias continuas suspensiones que vienen a negar, de hecho, la concentración del procedimiento.

Eso fue lo que sucedió y por ello el procedimiento oral ideado por Klein y las reformas del proceso civil alemán se han orientado, en este aspecto, por consideraciones más realistas. El primero estableciendo normas de inadmisibilidad de alegaciones y pruebas propuestas con intención de provocar retrasos.¹⁰ Las reformas alemanas combatieron los posibles obstáculos a la concentración con normas de preclusión —no de aplicación mecánica, sino dependientes de una apreciación discrecional de las intenciones de provocar retraso— y estableciendo, para su utilización si el asunto lo requiere, la posibilidad de una preparación oral o escrita de la audiencia principal.¹¹

- 4) Por fin, la oralidad implica la posibilidad práctica de realizar el principio de publicidad general, porque la presencia del público en las vistas permite, dado el contenido de éstas, formarse una noción suficiente del asunto litigioso y de los datos y medios de prueba importantes para la resolución del mismo. El artículo 120.1 de la Constitución Española proclama la publicidad de las actuaciones judiciales “con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”.

II. LA OPCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO ORAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y SUS PRINCIPALES PROBLEMAS

La Constitución Española de 1978 (en adelante CE) formula, actualmente, una clara opción política a favor de la oralidad del procedimiento, pues su artículo 120.2 establece que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 134-137; Fairén Guillén, V., *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, Valencia, 1975, pp. 402-405.

¹¹ Jauernig, O., *Zivilprozessrecht*, Munich, 1981, pp. 86-88; Arens, P., *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*, Berlin, 1971, pp. 24-27; Baur, F., *Zivilprozessrecht*, Frankfurt a. M., 1979, pp. 49, 50, 55 y 56.

No obstante, esa opción es históricamente más remota en el ordenamiento español, si bien en la legislación ordinaria del proceso penal, no en el plano constitucional. En la llamada Constitución *non nata* de 1856 se llegó a proclamar la publicidad del procedimiento para el proceso penal (artículo 69), aunque no expresamente su oralidad. Pero, de una manera muy estable en el ordenamiento español, fue la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante LECrim; corresponden a esta Ley los artículos que sean citados sin indicación del cuerpo legal al que pertenecen) la que, acompañada de adecuadas reformas de organización de los tribunales, representó la opción normativa decidida por la oralidad en el proceso penal.

Esa Ley permanece vigente en la actualidad en sus líneas fundamentales, entre ellas la forma oral del procedimiento.

Su prolongada vigencia, con regímenes políticos muy diferentes, con distintos niveles de medios materiales para la aplicación, con grados de formación igualmente diferenciados en la pluralidad de personas cuya actividad converge en la realización de un proceso penal, y con una ciencia procesal que ha experimentado, también, notables cambios, hacen de la oralidad en el proceso penal español una materia sobre la que se puede reflexionar ampliamente y con utilidad.

La amplitud de las reflexiones posibles impone optar por temas que quien escribe considera más destacados.

Espero que no se considere arbitraria mi elección de los dos siguientes temas, que, además, como apuntaré después, se entrelazan.

- 1) El especial riesgo que se cierne sobre la realización efectiva de la oralidad en un proceso como el penal, que va siempre precedido por una investigación que se documenta. El riesgo es mayor si la oralidad va a ser implantada en un ordenamiento en el que el proceso penal se ha desarrollado, históricamente, según las reglas de la escritura.
- 2) La oralidad es una forma del procedimiento. Puede ser una forma por la que, desde planteamientos de política jurídica, se haya manifestado una fuerte preferencia y que la ciencia jurídica haya considerado muy recomendable por razones diversas. Pero por apreciable que sea la oralidad, nunca ha de quedar en segundo plano el postulado de que entre las garantías procesales y las formas del procedimiento judicial existe —debe entenderse que existe, o, más aún, debe postularse que existe— una relación de prioridad en la que las segundas —las formas— están al servicio de las primeras —las garantías—. Estas últimas tienen naturaleza de valores jurídicos —en algunos supuestos son derechos fundamentales—, mientras que las

formas tienen una calidad instrumental o medial respecto de la rea- lización de las garantías. En definitiva, una de las cuestiones básicas para la ordenación de un procedimiento oral consiste en determinar de qué modo debe ser diseñada esa clase de procedimiento para que, con su aplicación, deje siempre a salvo la efectividad de las garantías fundamentales del proceso.

El primero de los temas que voy a tratar corresponde a una experiencia histórica muy concreta de la implantación de la oralidad en el proceso penal español. Pero, como se verá, es un aviso para cualquier navegante que se proponga iniciar la misma travesía.

Por otra parte, en ese primer tema, que se refiere a la práctica de la prueba en un procedimiento oral, se muestra también cómo detrás de ciertos falseamientos en la aplicación de esa clase de procedimiento no sólo hay desconocimiento de la forma procedimental, sino también infracciones, de diversa gravedad, del principio de contradicción y del modo de obtención por el tribunal del conocimiento de los hechos relevantes para la sentencia.

El segundo tema versa sobre la articulación entre oralidad y el principio básico de la contradicción, pero por lo que se refiere a la formulación inicial, y a la modificación, del objeto del proceso y al planteamiento de la defensa ante una y otra.

III. ORALIDAD E INMEDIACIÓN EN LA PRÁCTICA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERSONALES. ESPECIALES RIESGOS EN EL PROCESO PENAL DEBIDOS A LA EXISTENCIA DE UNA ETAPA PREVIA DE INVESTIGACIÓN FORMALIZADA

1. *La experiencia española al cambiar el sistema de enjuiciamiento penal: el antiguo sistema de práctica de la prueba, las interpretaciones del nuevo sistema y el predominio de una interpretación falseadora*

La efectividad de los cambios legislativos, incluso cuando no son de detalle, sino, como suele decirse, estructurales, se enfrenta con frecuencia a la resistencia de los profesionales del derecho que han de implementarlos. No a su resistencia frontal, pero sí a otra más peligrosa y efectiva, como es la de ajustar el modo de llevar a la práctica la innovación legal a los criterios (y rutinas) formados en decenios —en ocasiones siglos— de vigencia de otra

ordenación. De esta manera, la innovación legislativa acaba desnaturalizada en su vigencia real.

Enseguida se comprenderá el por qué de esta advertencia, reflexionando sobre la coyuntura histórica en la que se encontraba el derecho español cuando entró en vigor la LECrim de 1882.

En primer término, es conveniente recordar las disposiciones en materia de actos con eficacia jurídica de prueba y que regían en España antes de la promulgación de la Ley de 1882. Las encontramos en la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, formada en cumplimiento de autorización de Ley del 30 de diciembre de 1878 y eran los siguientes:

- 1) La causa sólo se recibe a prueba si alguna de las partes lo solicita (artículo 835, Compilación General); si se renuncia a la prueba, el juez da traslado de los autos a las partes para las conclusiones anteriores a la sentencia (artículo 846, Compilación General).
- 2) En la calificación de la causa por los acusadores, éstos han de manifestar si “renuncian la prueba y la ratificación de los testigos del sumario, o por el contrario conviene a su derecho el recibimiento a prueba y la ratificación de todos o algunos testigos” (artículo 801.5, Compilación General); similarmente, los procesados han de manifestar “si se conforman con las declaraciones de los testigos del sumario, a efecto de omitir su ratificación, y renuncian a la prueba; o si, por el contrario, piden la ratificación de todos o algunos testigos y el recibimiento de la causa a prueba” (artículo 834.2, Compilación General).

La LECrim de 1882 introdujo en España un nuevo proceso penal, superador del proceso inquisitivo. En este nuevo proceso penal se distinguían dos etapas, sumario y juicio oral, y la competencia para conocer de cada una de ellas se atribuía a órganos jurisdiccionales diferentes (Juzgado de Instrucción y Audiencia Provincial). En un precepto clave de la Ley (el artículo 741 LECrim) se disponía que el tribunal debía formar su convicción apreciando las pruebas practicadas en el juicio. La clara regla general que este precepto establecía venía luego a ser reforzada por la excepción fijada por el artículo 730 LECrim, que permitía la lectura de la documentación sumarial de actos de prueba si fuera imposible practicarlos en el acto del juicio.

¿Cómo entendieron el cambio introducido por la nueva LECrim los profesionales del derecho, formados en el antiguo sistema de sumario y plenario ante el mismo juez?

Dejemos la palabra a algunos textos significativos de ese momento histórico.

El 4 de noviembre de 1863 remitía el gobierno al Senado un proyecto de ley de “Bases para la organización de tribunales y enjuiciamiento criminal”. El párrafo 2 de la Base 25^a establecía: “El juicio será oral y público”. Sumamente ilustrativo de cómo comprendía la Comisión de Codificación, autora del proyecto, las relaciones entre el material de la instrucción y el juicio oral, es el texto del fundamento de la Base citada:

Cuando ya están consignados en el sumario los hechos, tales como han podido justificarse en los primeros momentos de la perpetración de un delito, y se hallan evacuadas las diligencias conducentes a que consten en lo posible toda las circunstancias de alguna importancia que sirvan para esclarecer los actos punibles y la criminalidad de los que han tenido en ellos participación, empieza el verdadero juicio: *se practican las pruebas que conducen ya a rectificar el resultado del sumario, ya a corroborarlo, ya, por el contrario, a debilitarlo, y quizá hasta a hacer desaparecer del todo su importancia* (la cursiva es mía).

Consecuencias lógicas de esta concepción son: en primer lugar, que se someten a la consideración del tribunal del juicio, para que forme su convicción, dos bloques de materiales de idéntico valor, la documentación de la investigación sumarial y la prueba practicada en el juicio oral; en segundo lugar, y no obstante la calificación de “verdadero juicio”, la función que se le atribuye al juicio oral es accesoria respecto al sumario, en cuanto que, asumiendo provisionalmente los resultados de éste, tiene que rectificarlos, corroborarlos, debilitarlos o hacerles perder toda importancia.

Pocos meses antes de la publicación de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, Cirilo Álvarez, a la sazón presidente del Tribunal Supremo, expresaba ideas del todo similares: en el juicio oral comparecen los testigos del sumario y los que las partes presenten, “unos deben ser interrogados sobre su dicho para su ratificación, y los otros sobre lo que declaran nuevamente”; los testigos son examinados en el juicio oral “para asegurarse de la verdad y para purificar las mismas diligencias del sumario de los errores que con malicia o sin ella hayan podido en él cometerse”.

En la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 quedaba legalizada esa relación de complementariedad entre material instructorio y prueba del juicio, en el juicio ante el tribunal de Jurado. Sorprendente situación porque, precisamente, la naturaleza de esta institución hubiera debido favorecer la clarificación del problema, conduciendo a la separación tajante entre investigación sumarial y prueba del juicio oral. El artículo 753 de la

Ley disponía que los jurados “también podrán enterarse de la causa y de las piezas de convicción que hubiere, si lo solicitaren”. En su comentario a este artículo, critica un autor de la época, Gómez Rodríguez, a los “purtitanos del jurado”, que postulan que éste forme su convicción sólo sobre las pruebas ante él practicadas y por la impresión que su desarrollo les cause, evitando que a la vista de los autos escritos se produzcan dilemas o desviaciones respecto a la convicción de aquel modo formada; para el autor la convicción no es resultado de la impresión, sino más bien de la reflexión y de la comparación —entre sumario y prueba del juicio, hay que pensar—. Similar disposición contenía el artículo 78, párrafo segundo, de la Ley del Jurado de 1888. Sus comentaristas sólo vieron en el artículo el peligro de que pudieran ser valorados por el jurado actos de investigación que no hubieran tenido en el juicio oral un correlativo acto de prueba, de ahí que propugnaran interpretarlo en el sentido de que sólo se entregara o se permitiera leer a los jurados las partes del sumario reproducidas como prueba o, como ellos dicen, “antes contrastadas en el combate del juicio” (Amat), o “depuradas y confirmadas en el juicio oral” (Pacheco).

En la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882 se expresa con claridad una concepción distinta de las relaciones entre el material del sumario y la prueba del juicio:

...la nueva Ley... proscribe y condena una preocupación hasta ahora muy extendida, que, si pudo ser excusable cuando el procedimiento inquisitivo estaba en su auge, implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio con el cual es incompatible. Se refiere el infrascrito a la costumbre, tan arraigada de nuestros jueces y tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espalda del acusado. No; de hoy más las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente; ...en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba...; y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio.

La diferencia respecto a la concepción antes expuesta la veo en la posición autónoma y principal en la que se sitúa al juicio oral: el sumario tiene una función meramente preparatoria y sólo aquellos componentes del mismo que no sean reproducibles podrán excepcionalmente integrarse en el material de convicción; en el juicio oral se practica la prueba con la ex-

tensión que imponen sus propias necesidades, sin estar condicionada por la investigación sumarial.

Pero la Exposición de Motivos entra en contradicción consigo misma al manifestar que el sumario “es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia”, y se acerca a la otra postura cuando dice que los elementos recogidos en el sumario “han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público”.

Dos días antes de que empezara a publicarse en la *Gaceta de Madrid* el texto de la LECrim, indicaba Alonso y Colmenares, que presidía en ese momento el Tribunal Supremo, que el juicio oral “depura los sumarios, rectificando o fijando de un modo inequívoco y seguro la verdad de los hechos”, y que “la certeza de que todos los actos del sumario han de ratificarse y ofrecer materia de discusión en el juicio oral” será un estímulo contra la arbitrariedad, la malicia y para evitar abandonos, errores y descuidos en la formación del sumario.

Diferentemente se expresaba la Fiscalía del Tribunal Supremo en una “Instrucción” de carácter general sobre el tema de “si hay o no necesidad de verificar en el juicio oral todas las pruebas en que se apoyen la acusación y la defensa, sin recurrir al sumario, sino en los casos en que la Ley de Enjuiciamiento determina”. La Fiscalía del Tribunal Supremo, consciente del cambio producido por la LECrim respecto a la antigua forma de enjuiciar, manifiesta que “en el sumario hallarán las partes.... un arsenal al que será conveniente acudir para disponer de los datos necesarios en que hayan de apoyar sus especiales pretensiones; pero necesitan ofrecer estos datos en el juicio y revestirlos de las formas legales que puedan darles la eficacia necesaria”; indicaba también que “...es indeclinable la obligación de los contendientes de ofrecer y practicar todas las pruebas que sean pertinentes en el juicio...”. En esta misma dirección, Romero Girón, ministro de Gracia y Justicia, criticaba la tendencia tanto a desbordar la función de la instrucción preparatoria, haciéndola exhaustiva “hasta el extremo de anticipar y abarcar todos los elementos indispensables al juicio, en lugar de mero, aunque seguro, indicador para el debate y la prueba”, como a considerar la prueba del juicio “viciosa y hasta dañina ante la diafanidad del sumario”.

De esta breve selección de textos históricos significativos creo que se puede concluir la existencia, en la fase de introducción del nuevo sistema de enjuiciamiento, de dos concepciones diferentes sobre las relaciones entre material de investigación del sumario y prueba del juicio:

- 1) Según una postura, la práctica de la prueba en el juicio tiene la función propia y autónoma de convencer al tribunal de los hechos apor-

tados por la acusación y la defensa, reservándose al sumario una función subordinada, en el doble sentido de proporcionar los datos para la aportación de hechos e indicación de las fuentes de prueba y de servir, en supuestos excepcionales, para sustituir la práctica imposible de un medio de prueba.

- 2) Según la otra posición, la práctica de la prueba en el juicio tiene una función correctora y complementaria de la investigación sumarial, de lo que deriva que esta última es, por principio, apreciable junto a la prueba del juicio para dictar la sentencia.

Para quienes habían comprendido del segundo modo el cambio en el sistema de enjuiciamiento, toda la reforma que supuso la introducción del juicio oral quedaba reducida a que la confirmación, corrección o ampliación de la investigación sumarial se debía realizar ahora en un acto oral y concentrado.

Pues bien, precisamente este modo de entender el cambio producido dominó, en buena medida, la práctica judicial española hasta que, en la década de los ochenta, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) —con la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia— restableció una correcta interpretación del sistema de la Ley de Enjuiciamiento.

2. La correcta comprensión del nuevo sistema de enjuiciamiento y los vicios derivados de la interpretación incorrecta

¿En qué consiste esa correcta comprensión?

Los elementos para fundar la sentencia deben serle proporcionados al tribunal exclusivamente en el juicio oral, con la extensión adecuada al objeto probatorio del proceso, según las reglas que el principio de contradicción impone para la práctica de cada medio de prueba y con inmediación entre el juzgador y el medio de prueba para una correcta libre valoración.

También resulta, en relación con lo anterior, el tratamiento que, como regla general, debe ser aplicado a la introducción de la documentación de actos de investigación sumariales en el material de convicción: no es admisible porque implica, siempre, la lesión del principio de inmediación, muy frecuentemente la negación o incompleta realización del principio de contradicción en la práctica de las pruebas y, en algunos casos, un impedimento a que las partes y el tribunal obtengan del medio de prueba todos los datos relevantes para la resolución.

En este contexto, las disposiciones que expresamente permiten la lectura de la documentación de actos de investigación del sumario dejan de ser preceptos ociosos e innecesarios, como llegaron a ser expresa o tácitamente considerados por la doctrina y jurisprudencia que mantienen una errónea concepción sobre el valor de los actos de investigación sumarial. Esos preceptos adquieren plenitud de sentido como regulación de la excepción al anterior principio. La excepción se funda, básicamente, en la necesidad de evitar que, por imposibilidad de practicar un medio de prueba en el juicio oral, se pierdan para el proceso los resultados de ese medio, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad y del interés de las partes en que puedan apreciarse los datos que favorezcan sus posiciones respectivas. La ley, a pesar de reconocer el menor valor de la documentación del acto de investigación respecto a la práctica en inmediación y con contradicción del medio de prueba, debe ceder en la admisión de la documentación, pues de lo contrario, en caso de imposibilidad de práctica, debería renunciar a toda posibilidad de constatar un determinado hecho.

De ello se deduce, en primer lugar y con plena evidencia, que es contraria al nuevo sistema de enjuiciamiento que establecía la LECrim la sustitución total o parcial de la práctica de un medio de prueba por la lectura de la documentación del acto de investigación cuando no concurren las causas de excepción.

También se deduce, en segundo lugar, la incorrección de la tesis que concibe la actividad probatoria del juicio como complementaria y correctora de la instrucción: la viabilidad de semejante labor presupondría que, de entrada, el tribunal pudiera tomar en consideración toda la investigación instructoria, pero a ello se opone la regla general antes indicada. Además esta tesis resulta muy peligrosa en cuanto puede conducir a una aplicación práctica de la ley contraria a sus preceptos y a su sistema: con base en tal (incorrecto) fundamento teórico pueden producirse y confirmarse denegaciones de prueba con el argumento de que los actos de investigación sumarial satisfacen suficientemente las necesidades de comprobación de un determinado hecho. Y esto, tanto de una manera directa como, sobre todo, de la manera indirecta de considerar innecesaria la suspensión del juicio oral si ha dejado de comparecer un testigo que ya había declarado en la instrucción.

En tercer lugar, las consideraciones precedentes también conducen a rechazar la tesis según la cual todo el material de la investigación sumarial sería valorable en la sentencia junto a la prueba practicada en el juicio. Cabría pensar, en principio, que esa tesis no es del todo contraria a los principios de inmediación, contradicción y adecuación a su objeto de la actividad

probatoria, en cuanto no propugna, al mismo tiempo, una reducción de la prueba en el juicio por la suficiencia de la instrucción ni una sustitución de la práctica de medios de prueba por la lectura de documentación de actos de investigación. Desde el momento en que la ley establece los supuestos específicos en que se puede utilizar la documentación de la investigación sumarial (artículos 730 y 714 LECrim), y esta autorización particularizada y excepcional tiene sentido dentro del sistema de la ley, no puede entenderse que la última permita que toda la investigación de la instrucción pueda tenerse en cuenta para dictar la sentencia. La tesis es, por lo demás, absurda, pues si mantiene que toda la prueba pertinente ha de practicarse en el juicio con inmediación y contradicción, ¿qué necesidad puede haber de tomar en consideración la instrucción salvo, precisamente, en los supuestos de los artículos 714 y 730 LECrim? En realidad, si se atiende a las consecuencias prácticas de esta tesis, se observa que no es diferente a la que concibe el juicio oral como una complementación de la investigación instructoria y que, como la última, se orienta tendencialmente a facilitar la mera sustitución de la práctica efectiva del medio de prueba por la consideración de la documentación del acto de investigación sumarial.

3. Causas que posibilitaron el predominio de la incorrecta comprensión del sistema en el ordenamiento español

¿Cuáles fueron los defectos de la ordenación de la LECrim que posibilitaron el falseamiento que dominó por tanto tiempo?

Principalmente, la falta de previsión de normas que sancionaran con la ineficacia la sentencia fundada en elementos de convicción no obtenidos de acuerdo con el régimen jurídico que la Ley había establecido con bastante perfección para su época.

No se previó un motivo de casación orientado a la específica tutela del principio de que la sentencia sólo puede basarse en la prueba practicada en el juicio oral (artículo 741 LECrim) y al control de toda infracción procesal producida en la aplicación del artículo 730 LECrim, como excepción a aquel principio.

En concreto:

- 1) Solicitada por alguna de las partes y admitida por el tribunal una lectura de documentación de actos de investigación, no cabía recurso de casación (por la parte contraria), concurrieran o no en el caso concreto los presupuestos de la lectura del artículo 730 LECrim, por-

que, según el artículo 659 LECrim, contra la parte del auto admitiendo las pruebas no procederá recurso alguno. La misma situación se producía cuando la introducción de esa documentación hubiera sido propuesta y admitida como prueba documental, corruptela frecuentísima.

- 2) La causal de casación que tutela el derecho de las partes a la admisión y práctica de los medios de prueba pertinentes permitía corregir algunas desviaciones. Si las resoluciones del tribunal de instancia desestimatorias de las peticiones de las partes relativas a la proposición y práctica de un medio de prueba estaban condicionadas por la consideración de que ya existen los correspondientes elementos de convicción en la investigación sumarial, el citado motivo permitía, indirectamente, someter al examen de la casación la corrección del recurso al sumario para fundar la sentencia. Se incluyen aquí tanto las resoluciones de inadmisión de pruebas como las de denegación de suspensión del juicio que hubieran impedido la práctica de un medio de prueba.
- 3) Pero había infracciones de ese régimen procesal de imposible acceso a casación.

Según el artículo 142 LECrim, el tribunal debe expresar en la sentencia exclusivamente el resultado de la valoración de las pruebas: los hechos que estime probados. Consecuentemente, en la sentencia no debe expresarse el iter formativo de la convicción, lo que obligaría al tribunal a consignar, entre otras cosas, qué manifestaciones de testigos o peritos, qué datos que él mismo pudo observar en un reconocimiento judicial o bien deducir de la lectura de un documento, le han conducido a estimar probados unos hechos determinados.

Vinculado sólo por la obligación de declarar los hechos probados, el tribunal no sólo puede ocultar en virtud de qué razonamientos, sobre la prueba practicada en el juicio, ha podido efectuar aquella declaración, sino también qué material de convicción ha tomado en consideración para elaborar aquellos razonamientos, si el que le ofrecía la prueba practicada en el juicio o, por el contrario o además, el contenido en la documentación de investigación sumarial, sin limitación a los casos en que la LECrim lo permite.

Siempre que el tribunal no incurriera en alguna de las infracciones indicadas en el anterior punto 2, fundar la sentencia no sobre la prueba practicada en el juicio oral y, en los casos permitidos, también sobre lo que resulte de documentos del sumario leídos en la vista, sino, puramente, sobre la

completa documentación sumarial, era posible en la práctica y la sentencia no era atacable en casación por ese defecto.

Lo único que se garantizaba a través del recurso de casación, y ello aun con abundantes restricciones, era que las partes pudieran practicar pruebas en el juicio oral, pero no que esa prueba y sólo ella fuera la valorable y valorada por el tribunal para dictar la sentencia.

4. La reconducción de la aplicación de la LECrim a una correcta comprensión de la práctica de la prueba en un procedimiento oral: la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la “mínima actividad probatoria” o qué constituye prueba en un proceso penal

El artículo 24.2 CE reconoce, como uno de los derechos fundamentales, el derecho a la presunción de inocencia. Ese derecho es de los que pueden ser protegidos mediante amparo ante el TC, frente a infracciones del mismo por los tribunales ordinarios. En la formación de su jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia, el TC tuvo que plantearse y resolver la cuestión de sobre qué base podía el juzgador fundar su convicción acerca de los hechos, destructora de aquella inicial presunción. La respuesta era obvia: sobre la base de la prueba. Dejando a salvo la potestad de valoración, propia del juzgador ordinario, la desvirtuación de la presunción requiere “una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo... y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dichos presupuestos en caso de recurso [de amparo]” (STC 113/1980, del 31 de agosto).

Pero esta proposición abría otra interrogante: ¿qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por otros órganos de poderes públicos cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

Queda así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumarial y de otras investigaciones desarrolladas en procedimientos preliminares al acto del juicio.

Ese problema estaba —y sigue estando— resuelto en la LECrim de un modo esencialmente correcto, pero, como hemos visto, la rutina histórica y algunos defectos de la LECrim permitieron, durante tiempo, una práctica forense totalmente divergente de la ordenación legal.

La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia ha impulsado nuevamente una correcta interpretación del sistema de la LECrime en este punto y, en los extremos que veremos, ha introducido alguna novedad en él, con fundamento en una interpretación conforme a la Constitución.

Una síntesis de esa jurisprudencia del TC la ofrece su sentencia 217/1989, del 21 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico segundo puede leerse:

Es doctrina consolidada de este Tribunal que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (artículo 299 de la LECrime), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia 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. Al respecto, la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: *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, y *c)* no constituyen medios de prueba en sí mismos los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (artículo 297 LE^Crim), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un “objeto de prueba” (STC 31/1981 y 9/1984). Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los artículos 297.2 y 727 LE^Crim, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales.

Una actualización en cuanto a la exposición general de esta doctrina puede encontrarse en la STC (Sala 1^a) 40/1997, del 27 de febrero, y en la STC (Sala 2^a) 94/2002, del 22 de abril.

A. La prueba practicada en el juicio oral

El artículo 741 sienta, sin duda, la afirmación más indiscutible acerca de lo que constituye prueba en un proceso penal, al decir: “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio... dictará sentencia...”. La expresión “pruebas practicadas en el juicio” comprende:

- 1) Las practicadas en el local en que se desarrolla la vista y durante las sesiones de ésta.
- 2) Las practicadas fuera del acto de la vista en los casos en que legalmente está autorizado: artículos 718 y 719, para la declaración de testigos imposibilitados de comparecer; artículo 727, para la prueba de reconocimiento judicial.

Que prueba sea, primera y principalmente, la practicada en el juicio oral no es sólo el resultado de una fácil interpretación literal del artículo 741, sino que está avalado por el conjunto de principios y normas que inspiran y rigen la actividad probatoria en un proceso penal, y viene impuesto por preceptos constitucionales.

En cuanto a lo primero: el sistema de oralidad requiere que así se entienda, pues en otro caso fallaría, especialmente, el principio de inmediación, que es importante para una adecuada libre valoración de las pruebas.

Sólo de este modo la producción de la prueba se somete a la plena vigencia del principio de contradicción y se pueden obtener de los medios de la misma todos los datos que las partes y el juzgador estimen convenientes en vista del objeto de la prueba, que tiene que estar determinado en el momento del juicio.

Para la segunda justificación aludida, el TC ha hecho notar el valor que al sistema de oralidad ha venido a otorgarle el reconocimiento constitucional del artículo 120.1 y 2 CE (STC 137/1988, del 7 de julio), y la importancia de la práctica de la prueba testifical en el juicio oral, a la vista de los artículos 6.3 CEDH y 14.3.e PIDCP—artículo 10.2 CE—(STC 101/1985, del 4 de octubre). También queda involucrado en este asunto el derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 CE).

B. La prueba anticipada

Ésta es una primera excepción al principio general acabado de sentar, y razonablemente justificada, como inmediatamente veremos.¹²

Consiste en la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (y que es un cierto momento en la vista del juicio oral), que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma. Las finalidades de esta institución en el proceso penal son dos: preservar el fin de la plena investigación de los hechos (“verdad material”) y también el principio de concentración de la vista.

La primera finalidad era la única a la que se podía atender en los supuestos de práctica anticipada de prueba que podía acordar el juez de instrucción, según la redacción original de la LECrim (reconocimiento judi-

¹² El TC parece equipararla a la prueba preconstituida (por ejemplo, SSTC 182/1989, 217/1989 y 40/1997), lo que no es acertado. El concepto de prueba preconstituida (constatación documental de un hecho representativo a efectos probatorios) es más amplio que el de prueba anticipada y, tal vez, esencialmente distinto (una declaración testifical anticipada no ha de ser considerada, en el momento del juicio, como una prueba documental). La formación de la prueba preconstituida no requiere —a diferencia de la anticipada— intervención de un órgano jurisdiccional ni constatación formal de que la prueba es irreproducible, ni que se respete la contradicción, por todo lo cual su calidad de prueba tampoco se determina del mismo modo que respecto a la prueba anticipada. Prueba preconstituida podría decirse que es una prueba por si hubiera proceso. Más técnicamente: la preparación extraprocesal de la fuente de prueba. El paradigma de la misma es la prueba documental. Prueba anticipada es, por el contrario, una prueba porque hay proceso y, además, concurren razones (podría perderse la fuente de prueba) para no esperar a la etapa ordinaria de práctica de la prueba.

cial, artículos 333 y 336; testifical, artículos 448 y 449; y pericial, artículos 467, párrafo segundo, 471 y 476; y también para pericias especiales, artículos 350 y 356). La nueva redacción de los artículos 777.2 y 797.2 posibilita que el juez de instrucción acuerde la práctica anticipada de la prueba para atender a las dos finalidades de la misma.

La prueba anticipada que puede ser acordada por el órgano jurisdiccional sentenciador atiende a las dos finalidades (artículos 657, párrafo tercero, 777.2 y 797.2 LECrim).

Pueden provocar la suspensión de la vista: la práctica de la prueba de reconocimiento judicial (artículo 727 en relación con el 746.2), de la prueba testifical en los casos de los artículos 718 y 720 (artículo 746.2), y de la pericial en cuanto al reconocimiento previo al informe de los peritos (artículo 725). En general, cualquier prueba que deba practicarse mediante auxilio judicial, en cuanto éste ha de cumplimentarse con la antelación necesaria para que la documentación sea devuelta antes de que se declare conclusa la vista (STS del 12 de junio de 1970).

La prueba anticipada se realiza siempre ante un órgano jurisdiccional: según los casos, el juez de instrucción, el órgano sentenciador, un magistrado de éste o el órgano a quien corresponda prestar el auxilio judicial.

La intervención de las partes es sustancialmente la misma que les corresponde en la práctica del medio de prueba dentro del juicio oral (véanse los artículos antes citados).

La reforma a la LECrim realizada por la Ley 38/2002, del 24 de octubre, regula la forma mediante la cual la prueba anticipada ha de introducirse en el juicio oral: reproducción de la grabación o lectura literal de la diligencia en el acto del juicio oral. Se respetan así los principios de contradicción —porque se garantiza que las partes toman conocimiento del resultado de la práctica en el acto del juicio— y los de oralidad y publicidad.

Es discutible que la prueba anticipada pierda su eficacia si en el momento del juicio oral no concurre de hecho la causa por cuya previsión se acordó aquélla. Sin duda es admisible, en tal caso, una complementación de la misma.

C. Los actos de investigación de la instrucción previa judicial

Los artículos 730 y 714 autorizan la lectura de la documentación de diligencias sumariales y reconocen a la misma, con el alcance excepcional y condicionado que se verá, la calidad de prueba.

a. Lectura al amparo del artículo 730

Según el artículo 730, “podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquélla, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

Este precepto responde a una situación distinta a la del anterior apartado B. La imposibilidad de practicar un medio de prueba se constata cuando ya se está celebrando el juicio oral, de modo que es tarde para atajarla con la prueba anticipada. Sin embargo, la documentación del acto de investigación correspondiente al medio de prueba de imposible producción permite aun evitar que ciertos elementos de convicción se pierdan absolutamente, con detrimento del fin de plena investigación de los hechos y de los intereses de las partes. Esto es lo que justifica la excepción del artículo 730 a la regla de separación entre actos de investigación y de prueba. Veamos ahora el alcance preciso de esta importante disposición.

1) Documentos a los que afecta: son los que recogen actos de investigación de una instrucción previa judicial. Se refiere expresamente a las diligencias sumariales, pero no hay obstáculo en extenderlo a los actos de las diligencias previas del proceso abreviado y a las diligencias urgentes del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Los actos de investigación de procedimientos no judiciales no están contemplados en el artículo y merecen, como inmediatamente veremos, un tratamiento aparte.

Además, es necesario que en la realización del acto de investigación que se quiera utilizar se hayan observado las garantías necesarias para la defensa (SSTC 80/1986, del 17 de junio; 182/1989, del 3 de noviembre, y 217/1989, del 21 de diciembre). En este aspecto, el TC ha innovado el régimen del artículo 730 con una interpretación conforme a la CE. Se requiere, pues, que, como mínimo, se haya dado la posibilidad de intervención que establece la LECCRIM para los actos del procedimiento preliminar (artículo 302, y la intervención del abogado del imputado). La doctrina del TC expuesta al principio del párrafo tiene continuidad en las SSTC 40/1997 (Sala 1^a), del 27 de febrero; 12/2002 (Sala 1^a), del 28 de enero, y 94/2002 (Sala 2^a), del 22 de abril.

2) Presupuestos de la introducción de estos documentos son la instancia de las partes y que la prueba (correspondiente al acto de investiga-

ción) no pueda practicarse por causas independientes de la voluntad de aquéllas.

En cuanto al primer presupuesto hay que advertir que no queda excluido que se acuerde de oficio, habida cuenta que de ese mismo modo puede acordarse la práctica de las propias pruebas (artículo 729.2).

Igualmente, el presupuesto de que la imposibilidad no sea imputable a la parte experimenta la influencia de la potestad de acordar pruebas de oficio. Si es imputable a la parte, ésta perderá el derecho a que se practique esa prueba y la lectura sustitutiva, pero el juzgador podrá acordar de oficio la lectura si concurre objetivamente el presupuesto de la imposibilidad.

La imposibilidad de práctica de la prueba puede ser absoluta o relativa.

La primera permite, sin otra gestión, que se autorice la lectura. Concurre, para la prueba testifical, en caso de muerte o incapacidad del testigo. Para la pericial hay que distinguir la imposibilidad de practicar las operaciones periciales —que es absoluta si ha desaparecido o se ha alterado esencialmente el objeto de la pericia— y la de declarar el perito en la vista —que se daría en los mismos casos que el testigo, salvo la posibilidad de reproducción del examen pericial—. La práctica de la prueba de reconocimiento judicial es absolutamente imposible si ya ha desaparecido todo vestigio del delito o ha sufrido alteración esencial el objeto o lugar que deba ser reconocido.

La imposibilidad relativa lo es en determinadas circunstancias de tiempo y lugar. Esta clase de imposibilidad no justifica sin más la lectura, sino otras actuaciones previstas para superar esa relativa imposibilidad. Las imposibilidades previstas antes de la iniciación de la vista pueden superarse haciendo el señalamiento (artículo 659, párrafo quinto) para cuando cese la imposibilidad, acordando un aplazamiento (artículo 745) o la práctica como prueba anticipada. Iniciada la vista, la simple incomparecencia del testigo o perito no constituye el presupuesto de imposibilidad; ésta sólo se da si legalmente no puede acordarse la suspensión de la vista. Sólo tras el agotamiento de esas actuaciones procede la lectura.

- 3) La forma requerida para que la documentación pase a formar parte de la prueba del juicio oral es la lectura. No es ningún formalismo, puesto que cumple la función de identificar claramente lo que sustituye a un concreto medio de prueba y también la de facilitar la publicidad general.

b. Lectura al amparo del artículo 714

El artículo 714 autoriza una lectura de documentación de actos de investigación por causas muy distintas a las del artículo 730. En el supuesto del artículo 714 la lectura se autoriza en el momento de recibirse la prueba testifical (y, probablemente, también de declaración del acusado y pericial) y persigue poner en evidencia y aclarar una divergencia sustancial entre declaraciones prestadas en la instrucción previa y en el juicio oral.

El principal problema que plantea este precepto es el valor probatorio de la documentación leída, si el declarante insiste en su declaración divergente. A mi juicio no servirá sólo para apreciar la credibilidad de la declaración prestada durante la vista, sino que podrá también valorarse como prueba la declaración leída, si fue recibida respetando las garantías de la defensa.

Y ello por estas razones: la mera autorización de una prueba accesoria (destinada a apreciar la fiabilidad de otra prueba) no necesita del artículo 714, porque ya la establece el artículo 729.3. Tampoco es necesario el artículo 714 para que las partes puedan practicar una técnica de interrogatorio consistente en “oponer” anteriores declaraciones de contenido divergente con la que se presta en el momento del juicio oral.

La motivación de la STC 137/1988, del 7 de julio, corrobora la opinión que he expresado. Y también las SSST 730/1993 (Sala 2^a), del 2 de abril; 270/1997 (Sala 2^a), del 6 de marzo; 1332/1998 (Sala 2^a), del 4 de noviembre, y 1626/2000 (Sala 2^a), del 25 de octubre.

D. Los actos de investigación de la policía judicial, del Ministerio Fiscal y otros documentos asimilados

La expresión literal del artículo 730 no comprende los actos de investigación no judiciales, ni hay otro precepto que expresamente resuelva respecto a ellos el problema que afronta aquel artículo. Sin embargo, la justificación del artículo 730 y un elemental juicio valorativo sobre las mayores garantías de una investigación judicial demuestran, con evidencia, que esa falta de norma expresa no puede significar que la documentación de actos de investigación no judiciales sea tratada como prueba documental —admisible si, simplemente, es pertinente— al amparo del artículo 726. Como mínimo habrá de someterse a los mismos presupuestos de admisión que fija el artículo 730, y, tal vez, ni siquiera con ello tales documentos puedan constituir prueba.

Hay que distinguir dos supuestos:

a. Actos de investigación realizados por la policía judicial

La jurisprudencia del TC ha negado sistemáticamente la consideración de prueba a la simple aportación de la documentación de los mismos, en casos similares a los del artículo 730, por dos argumentos fundamentales: *a) los atestados no son en sí medio de prueba, pues su valor es el de denuncia* (artículo 297), de modo que, más que medio, deben ser “objeto de prueba”, y *b) tampoco lo son las declaraciones de la policía vertidas en el atestado, sino que es necesario, con arreglo a los artículos 297, párrafo segundo, y 717 que, por ser declaraciones testificales, las presten en el juicio oral* (SSTC 182/1989, del 3 de noviembre, y 217/1989, del 21 de diciembre). Se hubiera podido añadir que no asiste a la policía judicial la facultad de declarar por escrito sobre hechos conocidos en ejercicio de sus funciones, lo que reforza la clara interpretación del artículo 717 (ordinaria declaración testifical para introducir ese conocimiento en la prueba).

Por consiguiente, para que constituyan prueba los elementos de convicción resultantes de actos de investigación policiales, siempre que no sea posible practicarlos en el juicio como medios de prueba, no basta con atender a su documentación. Tampoco es suficiente una formal ratificación de la misma ante un órgano jurisdiccional (SSTC 150/1987, del 10 de octubre, y 182/1989, del 3 de noviembre). Es necesario que el funcionario que hubiera practicado el acto declare en el juicio, de manera que se respeten los principios de inmediación y contradicción propios de esta fase procesal (SSTC 101/1985, del 4 de octubre; 173/1985, del 16 de diciembre; 188/2002 (Sala 2^a), del 14 de octubre, y STS 1788/2001 (Sala 2^a), del 3 de octubre); y, además, que al realizar aquel acto se hayan observado las necesarias garantías (SSTC 100/1985, del 3 de octubre; 145/1985, del 28 de octubre; SSTS (Sala 2^a) 1079/2000, del 19 de julio, y 349/2002, del 22 de febrero: estas dos sentencias mencionan precisamente la asistencia del abogado del imputado).

No es inadmisible, si se atiende al artículo 710, que el funcionario policial declare en calidad de testigo de referencia (es decir, no sobre su directa percepción de hechos relevantes en el proceso, sino sobre manifestaciones oídas a otras personas), pero la admisión deberá subordinarse al presupuesto de la imposibilidad de practicar la prueba con la fuente más inmediata (STC 217/1989, del 21 de diciembre; ATC 205/2001 (Sala 1^a, sección 1^a), del 11 de julio; SSTS 395/2001 (Sala 2^a), del 14 de marzo, y 1627/2002 (Sala 2^a), del 8 de octubre).

b. Actos de investigación del Ministerio Fiscal

Sin prescindir en ningún caso del presupuesto de admisión de la imposibilidad de practicar el medio de prueba, el problema consiste en si bastará la lectura de la documentación o será necesaria la declaración del fiscal que presenció y dirigió el acto.

Aunque *lege ferenda* pueda defenderse otra tesis, los datos del derecho positivo apoyan la primera solución: el artículo 50., párrafo tercero, EOMF reconoce a esa documentación presunción de autenticidad, es decir, que hace fe por sí misma de la realización del acto y de que su resultado es el que consta documentado. Obviamente no de que sea cierto el contenido de lo declarado.

Evidentemente, tampoco se puede prescindir del requisito de que en el acto practicado por el Ministerio Fiscal hayan sido respetadas las garantías de la defensa.

IV. LA FORMA ORAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL Y LA REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LOS ACTOS DE ALEGACIÓN Y DE PROPOSICIÓN DE PRUEBA

El principio de contradicción, en cuanto posibilidad de tomar partido y de influir mediante alegaciones y pruebas sobre las cuestiones de hecho y de derecho que sean relevantes para diversas resoluciones, y, en especial, para la sentencia, ha tenido algún problema para su plena realización dentro del procedimiento oral, principalmente según la redacción inicial de la LECrim. Nos centraremos en la contradicción respecto del objeto del proceso y de las cuestiones relevantes para la resolución sobre el mismo en la sentencia, y partiremos de un breve examen de cómo se ha concebido y se concibe, en derecho español, la correlación entre acusación y sentencia, porque esta concepción se ha visto implicada, en ocasiones, con el régimen de la contradicción.

1. Los fundamentos de la correlación como límite a la potestad de resolver del tribunal penal. Conveniencia de desarticular un acostumbrado fundamento complejo: principio acusatorio, derecho a ser informado de la acusación y prohibición de indefensión

En torno a la correlación entre acusación y sentencia está planteada una serie de cuestiones que en los diversos ordenamientos —a pesar de una sustancial proximidad de los mismos— no recibe la misma respuesta.

El deber de correlación ¿lo es sólo respecto de la acusación o también respecto de la defensa?

La referencia para apreciar la correlación de una sentencia ¿está constituida sólo por actos de las partes o puede estarlo también por actos del tribunal? ¿Qué actos del tribunal y por qué?

La correlación como límite a la potestad de sentenciar del tribunal penal ¿tiene un único fundamento —el principio acusatorio— o tiene más de uno —por ejemplo, el principio de contradicción—?

Y relacionadas con las anteriores cuestiones, estas otras: ¿a qué alcanza el deber de correlación?, ¿a los hechos afirmados por las partes, a las calificaciones jurídicas que las mismas han hecho de los mismos, a la pena solicitada por las partes acusadoras?

En derecho español reina actualmente, en esta materia fundamental, un desconcierto notable.

Es muy frecuente la referencia en conjunto a un triple fundamento para justificar el deber de correlación como límite a la potestad de resolver: principio acusatorio, derecho a ser informado de la acusación y prohibición de indefensión.

Sin negar que exista una relación estrecha entre esos tres elementos, también entiendo que la claridad en el planteamiento de los problemas requiere deshacer ese argumento complejo y establecer, en primer lugar, la virtualidad por separado de cada uno de sus componentes.

Un sistema legal que responda al principio acusatorio más puro no asegura, por esa sola razón, la más plena satisfacción del derecho de defensa. Esto dependerá, en primer lugar, de cómo se configure normativamente el régimen de información de la acusación inicial y de las posibles modificaciones de la misma. En segundo lugar, dependerá de las posibilidades defensivas frente a la acusación y, en su caso, frente a sus modificaciones. Una configuración inadecuada podría dejar incólume el principio acusatorio, pero dar al traste o proteger insuficientemente el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa, que comprende el anterior y necesita basarse en él.

Buena muestra de lo que acabo de decir es la redacción que una reforma de octubre de 2002 dio al apartado 3 del artículo 789 de la LECrim:

La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el juez o tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3.

La interpretación literal de este artículo conduciría a entender que el tribunal podría condenar por delito distinto, aunque ello conllevara diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado —es decir, aunque cambiaran los elementos de identificación del objeto del proceso—, siempre y cuando algún acusador asumiera los planteamientos en el sentido expuesto que hubieran sido sometidos a debate por el tribunal.

Esta interpretación es inadmisible. El legislador, obsesionado por el principio acusatorio y por la necesidad —que entiende rigurosamente derivada de él— de que todo planteamiento desfavorable al acusado —aun el más mínimo, cuya consideración de oficio en nada afectaría a los pilares del acusatorio— debe ser asumido por un acusador, sin que baste la oportunidad de una contradicción efectiva, llega a admitir, al menos según una interpretación literal, que si un acusador asume, en calificación definitiva, un planteamiento que suponga un cambio de objeto del proceso, no se infringe el deber de correlación. Ciertamente esta norma podría ser muy acorde con el principio acusatorio, pero significaría también un desconocimiento radical del principio de contradicción. El acusado se vería en la necesidad de enfrentarse, al final del juicio oral, con un nuevo objeto procesal, con las limitadas posibilidades defensivas del artículo 788.4 LECrim.¹³

Del mismo modo, tampoco es cierto que un sistema legal que responda al principio acusatorio, pero que reconozca un ámbito de poderes oficiales del órgano jurisdiccional, signifique, en sí y por sí, lesión o menor protección del derecho de defensa. Eso dependerá de cómo se regule el derecho a conocer previamente no sólo la acusación, sino también las opiniones del tribunal acerca de cómo se propone ejercitar, en el caso concreto, sus poderes oficiales. Dependerá, a continuación, de cómo se regulen las posibilidades del acusado, subsiguientes a ese conocimiento, de tomar postura frente a la información recibida y de contradecirla.

Acabamos de referirnos sólo a la posibilidad de contradicción de una de las partes procesales, la parte acusada. Pero otra de las ventajas de descomponer los argumentos que suelen aducirse para fundar la correlación como límite a la potestad de resolver es la de hacer evidente que si el derecho a la

¹³ Esto es lo que dispone el artículo citado: “Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el juez o tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas”.

no indefensión corresponde a ambas partes en el proceso, también deberían respetar ese principio los poderes de oficio del tribunal que le permiten no acoger la acusación y apreciar elementos favorables al acusado, aunque, ciertamente, estos poderes nunca puedan ser contrarios al principio acusatorio. Sería necesario regular posibilidades de previo conocimiento por los acusadores y de reacción efectiva de los mismos.

Partiendo de lo acabado de exponer, me parece imprescindible, a la hora de revisar los fundamentos de la correlación entre acusación y sentencia penal, distinguir, principalmente, entre lo que es exigencia del principio acusatorio y lo que es exigencia del principio de contradicción.

El principio acusatorio, en su significado más estricto, está relacionado con la exigencia de que los titulares del órgano jurisdiccional queden situados en una posición de imparcialidad. En atención a este principio (y a su raíz constitucional) debe tratarse la cuestión de hasta qué punto deben ser excluidos o es aceptable atribuir al órgano jurisdiccional poderes de oficio de dirección material del proceso penal. También debe valorarse si este principio debe (y cómo debe) afectar a la potestad judicial de subsunción, a la potestad de determinar las consecuencias legales que corresponden a los hechos alegados y probados sólo por las partes.

Por otro lado, habrá que atender al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión. En definitiva, al derecho a contradecir de modo eficaz sobre todo elemento que sea relevante para la admisibilidad y el sentido de la sentencia, con independencia de que se introduzca en el proceso por las partes o de que se introduzca, de oficio, por el tribunal.

En este aspecto del fundamento del deber de correlación, quedarían comprendidos:

- 1) El derecho del acusado a ser informado de la acusación, en cuanto lógico presupuesto de las manifestaciones subsiguientes de su derecho de defensa.
- 2) El derecho del acusador a ser informado de la defensa, porque en otro caso se produciría indefensión para la postura de aquella parte procesal.
- 3) También, como lógico presupuesto de otras manifestaciones del derecho de defensa, el derecho de las partes a ser previamente informadas del modo concreto en que el órgano jurisdiccional tiene previsto ejercer los poderes de oficio que el derecho pueda conferirle.
- 4) En fin, y de modo subsiguiente a los anteriores derechos, el derecho a reaccionar, en respuesta a esas informaciones, con medios procesales adecuados (alegaciones y, en su caso, medios de prueba).

2. La insuficiencia de las disposiciones de la LECrim para proteger la exigencia esencial del principio acusatorio

La disposición expresa y directa que la redacción originaria de la LECrim destinaba a regular la correlación, conducía a comparar las calificaciones jurídicas sostenidas por las partes en las conclusiones definitivas —que han sido presentadas después de la práctica de la prueba en el juicio oral— y las acogidas en la sentencia del tribunal.

Dispone, en efecto, el artículo 851.4 LECrim que podrá interponerse recurso de casación por quebrantamiento de forma: “Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733”.

Esto resulta sorprendente por varias razones.

En primer lugar, porque establecer una vinculación del tribunal a lo que estrictamente es calificación jurídica sostenida por las partes, en vez de hacerlo a otros —o también a otros— componentes de los actos de alegación iniciales del juicio oral, contradice el principio *iura novit curia*.

Segunda —y creo que principal— razón, porque lo que importa para la efectiva vigencia del principio acusatorio es que el hecho concreto del que se acusa y la persona a quien se acusa sean determinados por sujetos distintos al tribunal. Y esa determinación no ha de hacerse en el momento de las conclusiones definitivas, sino en la acusación que da lugar a la apertura del juicio oral y le proporciona el objeto. Es esta acusación la que garantiza que el tribunal del juicio no pierda su posición de imparcialidad, lo que ocurriría si debiera ser él quien, investigando en una realidad histórica de contornos indefinidos, tuviera que determinar cuál es el hecho posiblemente constitutivo de delito y quién su posible responsable.

En tercer lugar, el objeto del proceso no puede serlo estrictamente una calificación jurídica, porque la esencial abstracción de tal calificación nunca podría satisfacer las necesidades de identificación a las que sirve la noción de objeto procesal. Para cumplir esta función, el objeto del proceso ha de consistir en un concreto acaecer histórico. Esto lo impone tanto la funcionalidad del objeto del proceso hacia dentro del mismo —a ese objeto se habrán de referir la alegación y la prueba de los datos de hecho de los que depende la aplicación de la norma—, como la funcionalidad externa del objeto; es decir, dejar acotado el ámbito de la decisión a los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Esta laguna legal de la LECrim española fue integrada por la jurisprudencia, requiriendo para entender respetada la correlación —entre otros

requisitos— el mantenimiento de la identidad del hecho justiciable desde la acusación hasta la sentencia.

3. La limitada protección dispensada por la LECrim al derecho de las partes a contradecir sobre todos los elementos relevantes para el pronunciamiento de la sentencia

A. Sobre los elementos relevantes apreciados de oficio

Presupuesto que la vigencia del principio acusatorio no excluya, de modo absoluto, que se atribuyan al tribunal poderes de oficio de alcance, obviamente, muy limitado, importa ver ahora de qué modo el ejercicio de esos poderes se conjuga con la efectiva vigencia del principio de contradicción.

En un proceso configurado según los principios dispositivo y de aportación de parte (en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver), la mecánica de la contradicción se realiza casi “naturalmente”. Cada parte conoce los actos de la contraria y puede tomar postura frente a ellos. Y los actos de una y otra parte son los únicos relevantes para acotar el ámbito de la sentencia e influir en su contenido.

Por el contrario, si el tribunal tiene atribuidos poderes de oficio, el ejercicio de los mismos puede sorprender a las partes, porque si las normas no imponen otra cosa, el modo en que los poderes oficiales del juez han sido ejercitados se hace patente, por primera vez, en la propia sentencia, cuando las partes ya no tienen posibilidad de contradecir, con alegaciones y/o pruebas, e influir, con ello, en el contenido de la resolución.

Para evitar, en estos casos, la lesión o insuficiente efectividad del principio de contradicción, la técnica consiste en que, previamente al ejercicio de los poderes oficiales y como presupuesto de la eficacia de ese ejercicio, el órgano jurisdiccional debe someter sus apreciaciones al debate de las partes.

En este aspecto, la regulación originaria de la LECrim era deficiente. Y esa deficiencia sólo parcialmente ha tenido corrección.

- 1) El artículo 733 LECrim sólo imponía e impone —su letra lo sigue haciendo, a pesar de los cambios jurisprudenciales, para el procedimiento ordinario por delitos graves— que el tribunal informe a las partes de que estima que el hecho justiciable ha de ser calificado como un tipo de delito más grave. No de que estima más ajustado otro tipo de delito —aunque no sea más grave—, tampoco de

que entiende que la prueba ha revelado elementos de agravación sin cambio de tipo penal (grado de ejecución, forma de participación, circunstancias agravantes), y, menos aún, de que considera concurrentes elementos de exención o de atenuación de la pena que la defensa no había expresado.

Sobre todo esto, durante un prolongado periodo de vigencia de la LECrim, el tribunal podía resolver sin que su sentencia pudiera ser impugnada con éxito por falta de correlación.

Sólo una corriente jurisprudencial del TS que comenzó a mediados de los años ochenta rectificó el limitado número de cuestiones apreciables de oficio que habían de ser sometidas a debate de las partes como condición de validez del pronunciamiento sobre ellas. Esta doctrina jurisprudencial ha extendido progresivamente el requisito del previo debate a todo cambio de tipificación, aunque no sea agravatorio, y para apreciar cualquier elemento agravatorio aunque no implique cambio de tipificación. No obstante, continúa sin ser considerado el interés de la acusación en no ser sorprendida por una sentencia en la que el tribunal estime causas de exención y de atenuación de pena que formalmente nunca fueron objeto de debate.

- 2) Pero el artículo 733 LECrim tenía —y conserva en su letra— una insuficiencia adicional muy distinta a las tratadas hasta ahora. Aunque se amplíen —como ha hecho la jurisprudencia— los supuestos en los que el órgano jurisdiccional debe someter una calificación jurídica a discusión, subsiste el problema de las limitadas posibilidades de reacción que los artículos 733 y correlativos reconocen a las partes acusadoras. Como se deduce del propio artículo 733 (“Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal...”), la tesis que somete el tribunal a debate no significa, por lo común, sólo un cambio en las calificaciones jurídicas de los acusadores, sino un cambio que responde al resultado de la prueba practicada, y que, por lo tanto, puede sustentarse en una versión de los hechos en alguna medida diferente a la que fue ofrecida en las calificaciones (tanto provisionales como definitivas) de las partes.

Sin embargo, la letra de la ley —en esta disposición de su redacción originaria— no permite que la parte acusada articule la defensa amplia (alegaciones, prueba) que, en algún caso, puede ser necesaria para contrarrestar las variaciones en la versión de los hechos, sino que se limita a considerar que las partes podrán discutir la cuestión propuesta y que la tratarán en los informes finales.

B. Sobre los elementos relevantes puestos de manifiesto en las calificaciones definitivas de las partes

En realidad, los inconvenientes que se acaban de mencionar subsisten cuando no es el tribunal, sino que son las partes acusadoras las que, en sus calificaciones definitivas, modifican los planteamientos que formularon en sus calificaciones provisionales.

El término de comparación para determinar la correlación entre acusación y sentencia son las calificaciones definitivas, y éstas pueden modificar —como se halla expresamente dispuesto (artículo 732 LEcRim)— las iniciales calificaciones provisionales. Los problemas son, en primer lugar, dónde están los límites de esta posibilidad de modificación y, en segundo término, cuáles son o deberían ser las consecuencias de la modificación.

No me refiero ahora al tema de la interdicción (o de las eventuales condiciones de autorización) de modificaciones que afectaran al propio objeto del proceso, sustituyendo el hecho justiciable afirmado en calificaciones provisionales, o introduciendo, junto a aquél, otro nuevo y distinto. Considero de mayor interés centrarme en las modificaciones que no afectan a la identidad del objeto del proceso.

Respecto de éstas hay que distinguir las que consisten en cambios estrictamente limitados a la calificación jurídica sostenida en calificaciones provisionales y las consistentes en cambios de los propios hechos que fueron narrados en la calificación provisional, no determinantes de un hecho justiciable (objeto de proceso) distinto, sino referidos a hechos accidentales, no identificadores del objeto, pero relevantes para el sentido de la resolución sobre él. Esta segunda clase de cambios estará, normalmente, acompañada por cambios de calificación jurídica (para ajustarla a la nueva narración) y, como lógica derivación, por cambios en la conclusión relativa a la penalidad.

Si las modificaciones se refieren sólo a la calificación jurídica, las posibilidades defensivas previstas por la ley parecen adecuadas. Es suficiente la argumentación y ésta puede desarrollarse en los informes finales para rebatir la pretendida mayor corrección de la nueva calificación que se sostiene.

Más insatisfactorio es el régimen legal cuando la modificación se refiere a la propia narración de los hechos para ajustarla al resultado de las pruebas.

La LEcRim, en el procedimiento ordinario por delitos graves, no tiene un modelo definido sobre el tratamiento de la modificación de las alegaciones iniciales de las partes.

De entrada, la ley parece inclinarse por soluciones próximas a los principios de eventualidad y de preclusión que, en realidad, resuelven la cues-

tión apuntada con la sencilla técnica de impedir que se plantee. La proximidad al principio de eventualidad se demuestra en el artículo 653 LECrim, que prevé el planteamiento de conclusiones alternativas sobre los diferentes puntos de la calificación “para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia”.

Sin embargo, después la ley no es consecuente con esos principios. Principalmente: no limita las posibilidades de modificación de las calificaciones a las diversas tesis que, de modo alternativo o subsidiario, ya fueron enunciadas en calificaciones provisionales, sino que, omitiendo toda restricción en ese sentido, autoriza ampliamente el ajuste de las calificaciones definitivas al resultado de las pruebas practicadas.

Se inclina, de ese modo, por la elasticidad de las alegaciones, pero al mismo tiempo mantiene la rigidez de la preclusión respecto de las aportaciones de prueba. En efecto, no prevé específicamente que éstas sean admisibles para contrarrestar ciertas versiones de los hechos, que sólo en las calificaciones definitivas reciben, por primera vez, una formulación clara, pero que en las calificaciones provisionales no aparecían o no estaban suficientemente definidas. Ese defecto de la estructura procedural acaba por lesionar al principio de contradicción, porque la contradicción efectiva frente a una nueva alegación de hecho no sólo ha de consistir en rebatir argumentativamente, en los informes, que tal alegación haya resultado probada, sino también en contrarrestarla mediante otras alegaciones de hechos y, en todo caso, mediante prueba adicional.

4. Oralidad, elasticidad en la formulación de alegaciones y protección de la contradicción

Tanto si las partes modifican sus escritos iniciales de acusación y de defensa, como si el tribunal hace notar a las partes la concurrencia de elementos relevantes para el pronunciamiento que no fueron tenidos en cuenta por aquéllas, la protección efectiva del principio de contradicción requiere, en definitiva, que la estructura del juicio oral se ajuste para posibilitar que las partes desarrollen una defensa completa frente a aquellas modificaciones. Así está previsto en varios ordenamientos europeos, y también en derecho español, aunque limitadamente al procedimiento abreviado por delitos.

Así, el parágrafo 265 de la *Strafprozessordnung alemana* establece la suspensión de la vista a petición del acusado que alegue no estar suficientemente preparado para la defensa, bien sea por un simple cambio de calificación jurídica a otra más grave, bien sea por la introducción de nuevas circuns-

tancias que determinan un aumento de la penalidad o la aplicación de medidas de seguridad. Más genéricamente establece la suspensión, a instancia de parte o de oficio, cuando un cambio en la situación de hecho haga adecuada la suspensión para una preparación suficiente de la acusación o de la defensa. Evidentemente resulta admisible en estos casos la proposición de nuevas pruebas, porque el límite final de esa admisibilidad viene situado en el comienzo de la publicación de la sentencia al término de la vista.

El *Código de processo penal* portugués distingue entre alteraciones sustanciales (artículo 359; en realidad son nuevos objetos procesales que dan lugar a acusaciones complementarias en el mismo procedimiento, o a otro procedimiento) y alteraciones no sustanciales de los hechos descritos en la acusación (o en la *pronuncia*, si la hubiere) relevantes para la decisión de la causa (artículo 358.1). En el segundo caso, el presidente del tribunal, de oficio o a instancia de parte, los comunica al acusado, y si éste lo pide, le concede el tiempo estrictamente necesario para preparar la defensa. La admisibilidad de nuevas proposiciones de prueba está asegurada porque, aunque el artículo 340 no fija límite temporal a la proposición, hay que entender que éste se halla en el inicio de las alegaciones orales, que incluso pueden ser interrumpidas para practicar nuevas pruebas en ciertos casos (artículo 360.4).

El artículo 519 del *Codice di Procedura Penale* establece la posibilidad de suspensión del juicio y, aquí de manera expresa, de proposición de nuevas pruebas no sólo cuando hay un cambio en el propio objeto del proceso (y se puede continuar procediendo respecto al nuevo objeto —artículo 518.2 y, discutiblemente, delitos conexos según el artículo 517—), sino también cuando aparezcan circunstancias agravantes no mencionadas en el *decreto che dispone il giudizio* (artículo 517.1), o resulte de la prueba que el hecho es distinto a como viene descrito en ese decreto (artículo 516.1).

Por fin, en derecho español, el artículo 788.4 LECrim, aplicable en el procedimiento abreviado por delitos, revela una exquisita tutela del derecho de contradicción de la parte acusada, y palia —en este aspecto— las insuficiencias del régimen del procedimiento ordinario por delitos graves, permitiendo, en caso de cambio de la tipificación o de apreciación de mayor grado de participación o de ejecución, o de circunstancias de agravación de la pena, un aplazamiento y la aportación de elementos de descargo, incluidas nuevas pruebas. Que este artículo sólo se refiera a los casos en que lo anterior resulta de una modificación de las conclusiones de las partes, y no de las cuestiones que, de oficio, ha podido plantear el tribunal —artículo 788.3, párrafo segundo, LECrim—, es, en ese momento, del todo secundario.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA COMPLEMENTARIA

Sobre la oralidad como sistema de características que identifican un tipo o modelo de procedimiento, y no sólo como forma de expresión de los actos procesales, sobre su realización combinada con elementos de escritura y sobre la interrelación entre las garantías del proceso y las formas del procedimiento, remito a Ortells Ramos, M., *Introducción al derecho procesal*, Granada, Comares, 1999, concretamente al apartado “Principios referentes a la manifestación externa y ordenación de los actos procesales”, dentro de la parte relativa al proceso, así como a mi trabajo “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, pendiente de publicación en el *Boletín de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Venezuela*, y a la bibliografía que se cita en los mismos. Una revisión reciente y profunda de la cuestión de las formas del procedimiento puede encontrarse en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente / Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure*, 2 vols. (Carpi, Federico y Ortells Ramos, Manuel, coords.), Valencia, Publicacions de la Universitat de València, 2008.

El principal problema de la oralidad en el proceso penal español —es decir, la oralidad en la práctica de los medios de prueba personales y sus especiales riesgos por la existencia de una instrucción o investigación previas y escritas— lo traté en mi trabajo “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 2-3, 1982, pp. 365-427, aunque hubo una publicación anterior, en 1979, en la *Revista General de Derecho*. Con posterioridad, he vuelto sobre él en obras generales o en textos breves, pero, sobre todo, en mi trabajo “La prueba. Valor de las diligencias sumariales”, en *La Ley del Jurado. Problemas de aplicación práctica. Estudios de derecho judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, núm. 45, pp. 241-305.

Para entender la reconducción de la práctica de la oralidad de la LE-Crim al buen camino es imprescindible atender a la doctrina jurisprudencial del TC, que se recoge, completa hasta 2004, en la obra, que dirigimos Isabel Tapia y yo, *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2005, y, dentro de la misma, al capítulo decimoprimer “‘Mínima actividad probatoria’ y medios o instrumentos que pueden ser utilizados por el tribunal para formar su convicción”, del que son autores J. Martín Pastor y J. Cámara Ruiz.

El tema de la oralidad y el régimen de la modificación de las alegaciones y de las proposiciones adicionales de prueba en el acto del juicio ha sido, en la

doctrina española, objeto de una atención digamos “colateral”, con ocasión de examinar los problemas de la correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Con esa oportunidad me referí al mismo en mi artículo “Principio acusatorio, poderes oficiales del juez y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia”, *Justicia*, núm. 4, 1991, pp. 775-798, al que me remito, así como a la bibliografía que se cita en el mismo. Unas reflexiones complementarias pueden encontrarse en mi prólogo a la monografía de Del Rio Ferretti, C., *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.