

Nº 204
AÑO LXVI
JULIO-DICIEMBRE 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

20 SET. 2000

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

ACTOS DE INVESTIGACION DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR PENAL Y ACTOS DE PRUEBA DEL JUICIO¹

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat de València (Estudi General)

España

1. DIFERENTE TRASCENDENCIA DE LA DISTINCION SEGUN EN EL PROCESO PENAL LAS FUNCIONES DE INSTRUIR Y DE JUZGAR SE ATRIBUYAN O NO A DIFERENTES ORGANOS

Para referirnos a los actos de procedimiento preliminar destinados a averiguar y comprobar los hechos aparentemente delictivos y las personas responsables de los mismos, hemos cuidado de no utilizar la denominación actos de prueba, sino la de actos de investigación.

Es cierto que unas mismas fuentes y medios sirven para realizar actos de investigación y actos de prueba. Unos y otros actos contribuyen al conocimiento y comprobación de los hechos relevantes en el proceso. Pero el régimen de la comprobación de hechos en el proceso no responde sólo al objetivo de alcanzar un conocimiento de los mismos, sino también a otros intereses y principios. Es comprensible, pues, que, a pesar de cualquier similitud, ambas clases de actos tengan diferente naturaleza jurídica.

El tema de la conferencia de hoy tiene un interés relativo. Está en función del tipo de proceso penal en el que se enmarque la materia.

En un proceso penal, que aunque esté dividido en dos etapas -sumario y plenario-, la dirección de ambas está atribuida al mismo órgano jurisdiccional, resulta escasamente relevante distinguir la naturaleza jurídica de los actos para la comprobación de los hechos realizados en el sumario y la de los realizados en el plenario.

Si el titular del órgano jurisdiccional en las dos etapas es el mismo juez no cabe esperar de él, ni imponerle como deber jurídico, el comportamiento

¹Texto base de la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción el día 3 de septiembre de 1997.

esquizofrénico de diferenciar lo que ha comprobado, con los actos de investigación, en el sumario, de lo que ha considerado probado, mediante los actos de prueba, en el plenario. Las reglas de ordenación del proceso no le imponen esa diferenciación sino que asimilan ambos materiales de convicción. Repasemos algunos datos relevantes del Código de Procedimiento Penal chileno: el recibimiento de la causa a prueba no es imprescindible -art. 451-, lo que demuestra que actividad probatoria ya preexiste en el sumario; no es necesario ratificar en el juicio plenario a los testigos del sumario para la validez de sus declaraciones -art. 469-; el informe pericial del sumario es válido, aunque ampliable y rectificable en el plenario -art. 471-; la confesión del reo tiene el mismo valor prestada en el sumario o en el plenario -argumentando arts. 481.1ª y 483.

Si el titular del órgano jurisdiccional es diferente en el sumario y en el plenario por razones meramente eventuales, el sistema demuestra su opción básica por la escritura y la dispersión de los actos, lo que comporta admitir por necesidad la mediación en la recepción de la prueba, y le permite al juez sentenciador fundar su sentencia en unos y en otros actos de comprobación de los hechos.

Se puede decir que la prueba del plenario establece la plena vigencia del principio de contradicción que durante el sumario estuvo sometido a variadas restricciones -limitaciones de conocimiento del material procesal, de admisión de diligencias propuestas y de participación en la práctica de las mismas-. Otra cosa es la más que dudosa efectividad de la contradicción establecida en esta oportunidad: las alegaciones y pruebas de la defensa habrán de enfrentarse con el bloque compacto de las comprobaciones del sumario conducentes a la acusación -por eso ha continuado el plenario, en otro caso se hubiera acordado el sobreseimiento- y tal vez con el obstáculo aún más insuperable del propio juez que ha formado ese bloque de comprobaciones, cuya actitud mental se ha exteriorizado de entrada favorable a considerar mejor fundada la acusación que lo contrario.

Sin embargo el tema que nos ocupará adquiere extraordinario interés en relación con aquellos procesos penales en los que el procedimiento preliminar no es dirigido por el mismo órgano que el juicio o proceso principal, sea porque aquél esté dirigido por el Ministerio Público o por un juez de instrucción diferenciado del órgano jurisdiccional sentenciador.

2. DIFERENCIAS ENTRE LOS ACTOS DE INVESTIGACION Y LOS ACTOS DE PRUEBA

Plantea menos dificultades la distinción entre actos de prueba y actos de investigación no judiciales (del Ministerio Fiscal, de la policía judicial). La prueba procesal es, sin duda, una actividad dirigida por un órgano jurisdiccional y destinada a él, de modo que unos actos de investigación que se realizan sin intervención jurisdiccional no pueden confundirse con actos de prueba.

Ahora bien, como los actos de investigación se documentan, se podría pretender que nos hallamos ante fuentes de prueba documental, que pueden acceder al juicio a través del medio de prueba documental. Sin profundizar en

esta posibilidad baste decir ahora que de no poner coto a este hipotético tratamiento se corre el riesgo de que los actos de prueba ante el Tribunal sentenciador sean sustituidos por aquellos documentos, con infracción de los principios del juicio penal.

La distinción resulta más difícil entre actos de investigación judiciales y actos de prueba, porque también los primeros son dirigidos por un órgano jurisdiccional y practicados ante él. Pero la diferenciación viene impuesta por leyes procesales penales que, no obstante atribuir la dirección del procedimiento preliminar al juez de instrucción, distinguen nítidamente esa etapa de la fase de juicio.

Veamos en qué consisten las diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba:

A) En primer término, hay una diferencia estructural. El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. Presupone, pues, la previa realización de tal afirmación que se convierte en el objeto de la prueba

El acto de investigación no se refiere a una afirmación, sino en todo caso a una hipótesis, a un estado de desconocimiento o conocimiento imperfecto de hechos y persigue alcanzar ese conocimiento o perfeccionarlo, para determinar si puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre ciertos hechos.

Este criterio es válido aunque haya supuestos en que el procedimiento preliminar empieza con una afirmación sobre hechos (denuncia, atestado, querrela) y aunque en el juicio pueda haber actividad probatoria de oficio. Respecto a lo primero cabe advertir que los actos de investigación no están condicionados temáticamente por las afirmaciones iniciales respecto a los aparentes hechos delictivos, sino que pueden desarrollarse con amplitud y conducir a afirmaciones de hechos distintos a los iniciales.

En cuanto a lo segundo, a pesar de la vigencia del principio de investigación oficial, la actividad propiamente de averiguación queda en extremo reducida, porque la prueba está temáticamente condicionada por los hechos relevantes para resolver sobre el objeto del proceso fijados en los actos de acusación y defensa.

B) El acto de investigación forma parte del procedimiento preliminar y está al servicio de sus funciones, mientras que el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirven al fin de éste. Los efectos de hecho de ambas clases de actos son los mismos (conocimiento de los hechos), pero su eficacia jurídica es distinta.

La eficacia jurídica de los actos de investigación está relacionada con las funciones del procedimiento preliminar. Consiste, de una parte, en proveer el fundamento necesario para que se dicten resoluciones de imputación, resoluciones sobre medidas cautelares y asimiladas y, muy destacadamente, para las peticiones y resolución respecto al sobreseimiento o apertura del juicio. Por otra parte, según ordenamientos, pueden servir al tribunal sentenciador para ejercer sus poderes oficiales de dirección respecto a la prueba (control de su admisión, determinación del orden de su práctica, intervención en la práctica e introducción de pruebas *ex officio*).

La eficacia jurídica de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia, que el tribunal debe dictar apreciando las pruebas practicadas en el juicio y solamente ellas.

C) Una tercera diferencia tiene que ver con la calidad del juicio de hecho en las resoluciones que se fundan en actos de investigación y en la que se basa en actos de prueba.

El procesamiento, otros actos de imputación condicionantes de la admisibilidad de la acusación, la adopción de medidas cautelares, la apertura del juicio oral no se apoyan, ni precisan apoyarse, en un juicio de plena convicción sobre la responsabilidad penal de una persona, sino que es suficiente un juicio de mera probabilidad acerca de ello. Sólo la plena convicción de lo contrario excluye que esas resoluciones se dicten en sentido positivo.

Con la sentencia ocurre al revés: sólo la plena convicción acerca de la responsabilidad permite condenar, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a la absolución, en virtud del derecho a la presunción de inocencia.

Es congruente con lo anterior mantener que los actos de investigación no deben ser exhaustivos (particularmente en el examen de las fuentes) porque, en cuanto sólo sirven para acreditamiento y para un conocimiento sumario, su eficacia jurídica no requiere tal cosa. Por el contrario, sobre los actos de prueba ha de recaer el máximo peso de la demostración de hechos en el proceso.

D) La distinta importancia de una y otra clase de actos, que se deduce de las dos diferencias anteriores, justifica, en definitiva, que el legislador distinga el régimen jurídico de la práctica de los actos, de modo particularmente notable en cuanto a la vigencia del principio de contradicción.

Primera referencia jurídico-positiva: en la redacción originaria de Ley de Enjuiciamiento Criminal española la contradicción en el sumario sólo se admitió restrictivamente. Su actual introducción con carácter general, no debe hacer olvidar la posibilidad de declaración de secreto y que el juez de instrucción tiene el protagonismo en la práctica de los actos de investigación y las partes un papel secundario -hasta el punto de no quedar claro el deber de citación y el preciso alcance de su derecho a intervenir-. Para los actos de prueba la contradicción está garantizada al máximo: citación de las partes a juicio oral como requisito de validez de éste (art. 850, 2.º Ley de Enjuiciamiento Criminal española), defensa técnica preceptiva para la parte acusada (art. 652, II Ley de Enjuiciamiento Criminal española), sistema de interrogatorio cruzado por las partes para las pruebas testifical (art. 708 Ley de Enjuiciamiento Criminal española), pericial (art. 724 Ley de Enjuiciamiento Criminal española) y de declaración del acusado, y, evidentemente, ninguna posibilidad de secreto para las partes de acto alguno (art. 681 Ley de Enjuiciamiento Criminal española).

Segunda referencia: a pesar de que el imputado y otros intervinientes tienen derecho a examinar las actuaciones de investigación del Ministerio Fiscal, éste puede excluir temporalmente este derecho de acuerdo con el art. 255 CPPM; el derecho a participar en la práctica de los actos depende de decisiones

discrecionales del Ministerio Fiscal y el alcance de la participación es limitado -art. 257 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-. En el juicio no puede excluirse la presencia de las partes y la participación de éstas en la práctica de las pruebas es plena: interrogando al acusado -art. 306, I Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-, a los peritos -art. 312, I Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-, a los testigos -art. 314 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-.

E) En fin, el acto de investigación en cuanto acto de un procedimiento dirigido por un juez (u otro órgano del poder público) distinto al juez que va a conocer del juicio, no puede confundirse con el acto de prueba (que es eficaz en el juicio), porque para ello sería necesario utilizar la documentación del acto de investigación, y esto no puede ser admisible como regla general sin que se produzca una quiebra evidente no sólo de la oralidad, sino del conjunto del sistema legal para el conocimiento de los hechos en la etapa del juicio.

3. LA PRUEBA ES UNA ACTIVIDAD JURIDICA, NO CUALQUIER MEDIO DE INFORMACION SOBRE LOS HECHOS

Desde la experiencia jurídica del proceso penal chileno puede resultar chocante que una documentación con informaciones útiles para el conocimiento de la verdad no pueda ser incondicionalmente utilizada por el juez sentenciador para formar su convicción. La asimilación de eso ha sido difícil incluso en ordenamientos que atribuyen la instrucción y el juicio a jueces diferentes. Valgan como muestra estas frases de un jurista español (Quintano Ripollés): "El carácter formal de prueba es reservado por la ley a las aportadas en el juicio; a pesar de ello el tribunal, en atención al principio de la verdad material que domina todo el procedimiento, puede valorar las pruebas practicadas en el juicio y en el sumario, sin distinción y sin sujeción a preceptos determinados".

Frente a estas opiniones es necesario recordar que la prueba es una actividad jurídica y, por ello, es consustancial a la misma estar sometida a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos y también, por consiguiente, la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción.

No es cierto que cualquier medio de información sobre los hechos pueda servir para que el juzgador forme su convicción y establezca los hechos en la sentencia. Ese valor y eficacia sólo corresponde a los medios que han entrado en el proceso con arreglo a la ley procesal y sin infringir la Constitución.

En este sentido cabe recordar algunos argumentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional español, 64/1986, de 21 de mayo: "...el derecho a la presunción de inocencia se viola cuando se utiliza como pruebas mecanismos o actuaciones que no merecen jurídicamente esa calificación... El derecho probatorio es de configuración legal, como hemos señalado cuando ha sido necesario puntualizar el derecho que también reconoce el art. 24 a las pruebas perti-

nentes. A su legalidad habrá que atenerse para enjuiciar la corrección de la acción de los tribunales, si la legitimidad constitucional del ordenamiento legal no está puesta en duda. Se deduce de todo ello que la presunción de inocencia queda destruida desde el momento en que se realizan *pruebas* de cargo legalmente válidas...".

El Auto del Tribunal Supremo español de 18 de junio de 1992 afirma: "... en un Estado de Derecho como el nuestro, corresponde a los jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes instrumentos internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real".

4. REGLA GENERAL SOBRE LA ADQUISICION DEL CONOCIMIENTO SOBRE LOS HECHOS PARA DICTAR LA SENTENCIA: PRUEBA PRACTICADA EN EL JUICIO

El modelo de proceso penal que propone el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica y el proceso penal español, que es diferente al anterior porque conserva la figura del juez de instrucción, responden a una regulación general o de principio sobre la adquisición de los elementos de hecho para fundar la sentencia, que sintetizaría así: se le han de proporcionar al juez sentenciador en el acto del juicio, 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 intermediación entre el juzgador y el medio de prueba para garantizar la libre valoración más correcta posible. Lo desarrollaremos brevemente:

A) Extensión adecuada al objeto probatorio: los actos de investigación pueden ser frente a las necesidades probatorias del juicio, que se concretan en los escritos de acusación y defensa y en las modificaciones permitidas, inadecuados por exceso o por defecto. En la instrucción se habrán practicado actos de investigación luego impertinentes como pruebas y a la inversa. Con la sustitución de la práctica de un acto de prueba por la lectura de la documentación de un acto de investigación se crea el peligro de que las partes no puedan obtener del medio de prueba todos los datos favorables a su posición y de que el tribunal no pueda desarrollar con la amplitud necesaria sus poderes de investigación oficial.

B) El principio de contradicción en la práctica de la prueba no queda satisfecho con la simple condición de que todo el material de convicción sea introducido de modo que todas las partes puedan conocerlo y discutirlo, sino que impone que el material de convicción resulte o derive de la actividad de las partes y del tribunal sentenciador practicando cada medio de prueba admitido con arreglo a las normas de su práctica.

C) La regla general sobre adquisición del material de convicción tiene que ver con la opción por la oralidad, y, dentro de ésta, con la inmediación y su conexión con la libertad de valoración de la prueba. La función de la inmediación es particularmente destacada en la prueba testifical (en alguna medida en la pericial) y en la recepción de declaración al acusado. En estos casos la inmediación permite al juez sentenciador no sólo adquirir conocimiento de la información sobre los hechos que la declaración proporciona, sino también de la personalidad del declarante, de sus cualidades y capacidades, de su comportamiento al declarar y del tono que imprime a sus palabras. Todos estos factores influyen en la valoración de la declaración, de ahí que en la evolución histórica del proceso penal, al mismo tiempo que se suprimían las reglas legales para la valoración de la prueba y se encomendaba a los jueces su apreciación libre, se les imponía recibir las pruebas de un modo que pone de manifiesto los factores que condicionan la apreciación y que garantiza, mejor que otro, la formación de un juicio acertado sobre la cuestión de hecho. Se comprende entonces fácilmente hasta qué punto es erróneo confundir -como a veces se ha hecho- libre apreciación de la prueba con una inexistente autorización al juzgador de valorar cualquier medio de información sobre los hechos, prescindiendo de cualquier requisito jurídico sobre el modo de su obtención. Hay que distinguir la libertad de vínculos jurídicos en la valoración de la prueba, con una inexistente libertad de vínculos de esa misma naturaleza a la hora de determinar qué constituye prueba. Qué tiene naturaleza de prueba está determinado por las normas. Cómo ha de valorarse o apreciarse esa prueba es actividad judicial que se realiza después, y sólo sobre lo que sea prueba. Esta actividad es la no sometida a normas jurídicas. Está muy bien formulado en este sentido el art. 149 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica ("Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán por su crítica racional").

5. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL: ADMISION DE LA DOCUMENTACION DE LOS ACTOS DE INVESTIGACION

En coherencia con esa regla general y con sus fundamentos resulta que, en principio, la documentación de los actos de investigación de la instrucción previa no forma parte del material de convicción para fundar la sentencia. Dentro de este sistema es necesaria una norma expresa que autorice la toma en consideración y esa norma la estará concebida en términos más o menos amplios, pero, como es lógico, en todo caso, excepcionales y restrictivos. En Derecho español la norma la establece el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que permite que, mediante la lectura, puedan incorporarse al material de convicción la documentación de actos de investigación practicados por el juez de instrucción si es imposible -absoluta o relativamente, por ejemplo por no proceder la suspensión del juicio- practicar el medio de prueba correspondiente. La norma se aplica también a los actos dirigidos por el Ministerio Fiscal, pero

no a los realizados por la policía, cuyos funcionarios, en el aludido supuesto de imposibilidad, tienen el deber de comparecer personalmente a declarar como testigos de referencia. La excepción se justifica en la necesidad de evitar que, por imposibilidad de practicar el medio de prueba, se pierdan para el proceso los eventuales resultados del mismo en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad y de los intereses de las partes en que se aprecien los datos que favorecen sus posiciones. La ley, a pesar de reconocer menor valor a la documentación del acto de investigación respecto a la prueba practicada con intermediación y plena contradicción, precisa ceder en la admisión de la documentación, pues de lo contrario debería renunciar a toda posibilidad de constatar un determinado hecho relevante. Al requisito de la imposibilidad el Tribunal Constitucional español ha añadido el de que el acto se hubiera practicado en su momento con observancia de las garantías necesarias para la defensa, aunque esto no hay que entenderlo en el sentido de que se debió practicar cumpliendo los requisitos rigurosos de los actos de prueba anticipada.

El art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española autoriza la lectura de declaraciones prestadas en la instrucción al testigo (aunque se ha generalizado a otros sujetos de prueba) que declara en el juicio en contradicción con las primeras -por omisión o por contradicción estricta-. No resuelve el difícil tema de si el tribunal puede valorar la declaración leída aunque el testigo persista en su versión distinta. El art. 46 de la Ley del Jurado sí que dispone expresamente excluir la valoración de la declaración de la etapa instructoria.

En el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica hay disposiciones de admisión por razón de imposibilidad de práctica en el acto del juicio (art. 300.3 y 5), pero hay también una disposición que permite la incorporación si la aceptan todos los intervinientes y el tribunal sentenciador (art. 300.1). Me parece criticable porque el legislador abandona en manos de los sujetos del proceso (juez y partes) un aspecto esencial del modo de conocimiento de los hechos para dictar sentencia.

Por otra parte el art. 300.2 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica se refiere a la lectura de declaraciones anteriores de quien está declarando en el juicio y ni éste ni otros preceptos permiten excluir la atendibilidad de lo leído aunque persista en rechazarlo el declarante.

6. CONSECUENCIAS DEL REGIMEN DE ADQUISICION DE CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS EN LOS QUE PUEDE FUNDARSE LA SENTENCIA

Sea cual sea el alcance de las normas que permiten la excepcional incorporación de la documentación de los actos de investigación al material de convicción para fundar la sentencia, dos consecuencias derivan de lo anteriormente expuesto:

A) Es claramente incorrecto entender que la actividad probatoria del juicio es complementaria y correctora de la actividad de comprobación de hechos de la instrucción previa. Para que así fuera sería necesario que el juez sentenciar-

dor pudiera, de entrada, tomar en consideración toda la documentación de la investigación instructoria, lo cual hemos visto que está prohibido en general y autorizado sólo en determinados supuestos. Esta comprensión de las relaciones entre investigación instructoria y prueba del juicio -así como otras aparentemente más inofensivas, como la que entiende que, sin discutir el carácter principal de la prueba del juicio, no está excluido considerar sin límites la documentación de la investigación- acaba por dar fundamento a interpretaciones y aplicaciones prácticas de la ley contrarias a sus preceptos y a su sistema.

En Derecho español -en el que la práctica falseó por largo tiempo el sistema de la ley en esta materia- esa idea justificaba la denegación de proposiciones de medios de prueba, de preguntas concretas a los sujetos de prueba y de suspensiones del juicio por simple incomparecencia de estos sujetos, con el argumento de que la documentación de la investigación sumarial era suficiente para satisfacer las necesidades de comprobación de un hecho determinado.

En el texto del Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica esa desviada comprensión podría influir negativamente en la interpretación del art. 288.1, que permite rechazar medios de prueba si fueren superabundantes (esto se valorará respecto a la propuesta para el juicio o teniendo en cuenta lo practicado en el procedimiento preparatorio?) y en la del art. 300.3, que permite la lectura de las declaraciones de testigos "que por cualquier obstáculo difícil de superar no puedan declarar en el debate" (el tribunal puede tender a esa lectura, en vez de a suspender el juicio e intentar recibir la declaración -art. 297.2-, en función de que sean esperables o no novedades de una nueva declaración del testigo).

B) No es correcto considerar la documentación de la investigación de la instrucción previa como prueba documental a efectos del juicio. Es evidente que se trata de documentos, específicamente de documentos públicos. Pero la admisión de pruebas documentales está sólo sometida a los requisitos generales de toda admisión de prueba (legalidad, pertinencia y oportunidad procedimental), de modo que introducir por la "puerta falsa" de la prueba documental la documentación de la investigación de la instrucción sería un fraude notorio a la regulación específica de su acceso al material de convicción.

7. FRAGILIDAD DE ESTE REGIMEN NORMATIVO FRENTE A COMPORTAMIENTOS PRAGMATICOS EN LA REALIDAD FORENSE. TECNICAS PARA CONTROLAR SU APLICACION

Se puede convenir en que, para un determinado tipo de proceso penal, la regla de que prueba es la que se practica en el juicio y de que sólo en ella puede fundarse la sentencia es un aspecto esencial del mismo. Al mismo tiempo ofrece un flanco muy fácil a la desvirtuación por una innata tendencia de los representantes del poder público, en el proceso penal, a liberarse de trabas reputadas formales al descubrimiento de la verdad. Es necesario que el texto normativo regulador del proceso penal proteja adecuadamente ese aspecto esencial. En otro caso hay experiencias históricas que demuestran esa fácil tendencia a la desvirtuación.

Me parece oportuno mencionar la experiencia española con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Esta ley estableció una regulación correcta de ese aspecto esencial -es la que he expuesto en esta conferencia-, pero omitió normas suficientes para el control de la observancia de aquella regulación. Esto último era más necesario aún porque había que vencer la enorme fuerza de la inercia histórica: el proceso penal español anterior al de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 no distinguía el valor jurídico de las diligencias del sumario y del plenario, permitía que la sentencia se fundara en la totalidad de los autos, de modo que la prueba del plenario no podía ser más que complementaria y rectificadora. Dictada la nueva ley, este sustrato histórico, insuficientemente "reprimido", condujo a interpretarla en el sentido de que la única diferencia entre el antiguo y el nuevo proceso consistía en que la confirmación, corrección o ampliación de la prueba sumarial había que realizarla no en un plenario escrito, sino en el juicio oral.

En la formación de la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia (reconocido como fundamental por el art. 24.2 Constitución española), el Tribunal Constitucional español 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 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" (Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1980, de 31 de agosto).

Pero esta proposición abría otro 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?

Quedaba así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumarial y de otras investigaciones desarrolladas en procedimientos preliminares. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha restaurado la correcta interpretación del sistema de Ley de Enjuiciamiento Criminal española. También el Tribunal Supremo en la casación por infracción de normas constitucionales.

¿En qué han de consistir las técnicas de control apuntadas antes?

En primer lugar, en una determinada forma de motivación del juicio de hecho en la sentencia. El error en Derecho español fue imponer al tribunal sólo el deber de declarar los hechos considerados probados. Podían así quedar ocultos no sólo los razonamientos que condujeron a aquella declaración, sino también qué material de convicción había sido tomado en consideración para llegar a aquella conclusión de hechos probados, si la prueba del juicio o, por el contrario o además, la documentación de la instrucción fuera de los casos autorizados

por la ley. En segundo lugar, una específica posibilidad de recurso. En Derecho español el recurso de casación sólo daba cobertura, en este ámbito de problemas, al derecho de las partes de practicar pruebas en el juicio, no a que esa prueba y sólo ella fuera valorable para dictar la sentencia. Esto se ha introducido con la técnica antes citada de la violación del derecho a la presunción de inocencia.

El Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica enuncia con perfección la parte preceptual de la norma en esta materia: "El tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate" (art. 321); "Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido... incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código". También la sanción por el incumplimiento: "No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial,..., los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código..." (art. 225). Son, en cambio, mejorables las técnicas para la efectividad de esas normas.

Se podría reforzar el modo en el que deben constar en la motivación los elementos de convicción considerados. Esa constatación puede hacerse en la exposición concisa de los fundamentos de hecho de los votos de los jueces, pero es incierto, aunque probablemente restrictivo, el futuro interpretativo del requisito de la concisión.

La cobertura casacional es perfeccionable. Si la infracción consiste en que se ha producido una lectura fuera de los supuestos legalmente autorizados, la posibilidad y expectativa de éxito del recurso es clara por el art. 342. Pero si consiste en que el tribunal ha considerado la documentación aun sin lectura, haría falta para facilitar la casación un motivo más específico que el de "que falte, sea insuficiente o contradictoria la motivación" (art. 343 en relación con 328, ambos del CPPM), que es el que más se aproxima.