

La conversión de la prueba pericial en documental, artículo 788.2.II LECr

Magdalena LOPEZ CASTILLO
José Antonio DIAZ CABIALE

A D. Lorenzo Cabiale Sguazzotti, *in memoriam*

P.: ¡Digo que es la luna!

C. Reconozco que es la luna.

P.: ¡Mentis entonces! ¡Es el sol bendito!

C.: ¡Bendito, pues, sea Dios! ¡Es el sol bendito! Y, no será el sol si decís que no lo es, y cambiará la luna cuando se os antoje que cambie. Y, por tanto, lo que queráis que sea, será para Catalina.

(W. Shakespeare, *La fierecilla domada*, escena V, acto IV)

1. PLANTEAMIENTO

La LO 9/2002, de 10 de diciembre de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores, contiene, en su disposición adicional tercera, un precepto procesal trascendental pues, añadiendo un párrafo segundo al artículo 788.2 LECr, dispone que en el ámbito del procedimiento abreviado “tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

2. FINALIDAD DEL PRECEPTO

La finalidad del precepto es elemental: se trata de que ciertos peritos, en supuestos tasados, no tengan que acudir a los juicios y éstos tengan que suspenderse, artículos 746 o 788.1 (éste en su nueva versión) LECr, provocar nuevos señalamientos, artículo 183.4 LEC o interrumpirse, artículo 193.1.3º LEC, o bien evitar que el informe, ante la incomparecencia, no pueda resultar material apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Al convertirse en documentos los informes, la presencia del autor de los mismos es superflua: “¿Cuál es la filosofía de nuestra enmienda? Agilizar el procedimiento, porque si es documental no se les escapa a ninguna de sus señorías que en el momento en que queda incorporada al procedimiento, dándolo por reproducido, tiene fuerza de prueba. En cambio, la prueba pericial requeriría la presencia del perito para su ratificación. En este punto, quiero decir a sus señorías que en la práctica de la abogacía, de la que soy algo conocedora, nunca he oído hablar de una falsificación de una prueba pericial —estoy hablando de una analítica—. Es una experiencia personal, pero contrastada con otros letrados.”. Así, se razona, la agilidad del procedimiento se

refuerza por la no suspensión del juicio ante la ausencia del perito. Estamos ante impresos sin valoraciones subjetivas y además se facilita el trabajo del perito. ¡Basta ya de garantismo¹!

3. LA AZAROSA TRAMITACION PARLAMENTARIA DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 788.2 LECR

Lo cierto es que ni la forma ni el contenido de esta reforma son dignos de encomio. En cuanto a la primera, cabe destacar:

a) No se ha producido el merecido debate parlamentario que merece una innovación de este calado

Se ha tratado de una introducción sorpresiva, a través de una enmienda en el Senado, en una ley que no tiene nada que ver con la reforma del proceso penal².

nado, DS Senado núm. 374, de 14 de noviembre de 2002, pág. 4. Y en el Congreso, el portavoz del PP reiteró: “Con esta enmienda se evita que los funcionarios responsables de estos informes tengan que comparecer en el proceso para una mera ratificación formularia consistente en un simple me afirmo y ratifico, y además se evitan suspensiones de juicios motivadas por la imposibilidad de comparecer por parte de los funcionarios señalados. En terminos de garantías conviene resaltar que esta modificación afecta únicamente a los informes oficiales emitidos en relación a la cantidad y calidad de las drogas decomisadas, siempre que se realicen siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas. Vemos, por tanto, que se trata de un supuesto muy concreto, en el que no existe singularidad en la prueba, lo que corroboraría la idoneidad de su consideración como prueba de carácter documental más que pericial. Además, quiero resaltar que en el noventa por ciento de los juicios por delitos contra la salud publica los informes a los que he hecho referencia no son contradichos por la defensa de los acusados, que en todo caso siempre podrán pedir la práctica de una prueba pericial en aquellos supuestos en que tales informes pudieran ser puestos en cuestión”, DS Congreso de los Diputados, num. 211, de 28 de noviembre de 2002, pág. 16087. Por su parte, el portavoz de CC se refirió, pág. 16081, críticamente, a la “necesidad de soslayar o quitar de en medio esa piedra u obstáculo que viene a tener”. Y, CiU, pág. 16084, adujo que, en realidad, se trata de documentos, “pues se hacen de manera pautada y reiterativa que excluye cualquier valoración no descrita en el propio informe”

² Defensa de la enmienda en el Pleno del Senado, DS Senado núm. 111, de 20 de noviembre de 2002, pág. 6765

³ Ciertamente, la sustracción de menores no justifica la reforma de la LECr, la LOPJ y la LORPM, porque no tiene nada que ver ni con la prueba documental en el proceso penal, ni con los jueces

¹ Defensa de la enmienda en la Comisión de Justicia del Se-

Y, además, contrasta con el pretendido consenso que se busca en el denominado "pacto para la justicia" que, precisamente, se había plasmado en la tramitación de la L 38/2002, de 24 de octubre, de la que el segundo párrafo del artículo 788.2 LECr no es más que un añadido⁴.

Así, del *iter* parlamentario del precepto que nos ocupa, podría parecer que se trata de una subsanación urgentemente de una antinomia u omisión de una ley anterior que va a entrar próximamente en vigor, consensuada con aquellos que apoyaron a ésta. Nada más alejado de la realidad: precisamente la contradicción tiene lugar con el añadido⁵.

b) La más que desafortunada ubicación temporal de la conversión, en ciertos supuestos, de la prueba pericial en documental.

En efecto, el artículo que nos ocupa está en vigor desde el día 12 de diciembre de 2002⁶, cuando en realidad se pretendía que lo hiciera después del 28 de abril de 2003, junto con la nueva reforma del procedimiento abreviado (así como del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y del juicio de faltas), L 38/2002.

En resumen, la conversión de la prueba pericial en documental se anticipó inconscientemente, de suerte que su ubicación temporal ha resultado disparatada: el artículo 788 LECr⁷, todavía en vigor, se refiere a la asistencia letrada y a la postulación del imputado⁸. Ni

en expectativa de destino, los requisitos para acceder a la condición de magistrado, ni con la supresión de la disposición transitoria única de la LO 9/2000 de medidas urgentes para agilizar la Administración de Justicia, ni tampoco con los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años. Por ello, buscar una referencia a estas cuestiones, en la exposición de motivos de la LO 9/2002 es una evidente pérdida de tiempo. Así, no puede resultar sorprendente que la oposición en bloque reprobase duramente esta deplorable técnica, tanto en la Comisión de Justicia, DS Senado núm. 374 de 14 de noviembre de 2002, como en el Pleno del Senado, DS Senado núm. 111 de 20 de noviembre de 2002, págs. 6764 y ss., y en el Congreso, IU, PNV/EAJ y PSOE insistieron en esta crítica, DS Congreso de los Diputados, núm. 211, de 28 de noviembre de 2002.

Contrastan, sospechosamente, las prisas y los modos del Ministerio de Justicia en ciertas materias con la insostenible situación generada por la entrada en vigor de la nueva LEC, L 1/2000, como se sabe muchos de sus preceptos, trascendentales (nulidad de actos, recursos extraordinarios...), están en situación de dormientes y las duplicidades con el articulado del Libro III de la LOPJ exigen una purga de ésta elemental. O bien lo contrario, reformar la LEC, depurándola de aquello que no se quiere que entre en vigor. ¿Hasta cuándo se va a consentir esta lamentable situación? En el ínterin, por ejemplo, está en juego el derecho fundamental a los recursos restringido inconstitucionalmente por la exégesis y la jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre la amplitud de los recursos extraordinarios de los que conoce.

⁴ De hecho, por parte del PSOE la crítica que en el trámite de Comisión del Senado sufrió la enmienda que introduce el artículo que nos ocupa fue ésta, la falta, literal, de una "llamada".

La lectura de esta reprobación y la defensa del PP de la enmienda en la Comisión del Senado, así como en el Congreso (junto con la de CC y CIU) da una exacta idea de la altura jurídica del debate. Bien es cierto que ya en el Pleno del Senado la oposición supo esgrimir como motivo de fondo la afectación de la intermediación, oralidad y contradicción DS Senado núm. 111 de 20 de noviembre de 2002 (portavoces del PSOE, pág. 6764, y, dentro del Grupo Mixto, EA, pág. 6767). Y en el Congreso, solo la portavoz del PSOE volvió a reiterar el menoscabo de esas garantías procesales constitucionalizadas, DS Congreso de los Diputados, núm. 211, de 28 de noviembre de 2002, pág. 16086.

⁵ Evidentemente, la idea de que el perito debe acudir al juicio es la que preside la LECr y a la propia L 38/2002.

⁶ Disposición final segunda de la LO 9/2002 (es decir, al día siguiente de su publicación).

⁷ Su equivalente se contiene en los artículos 767 y 768 LECr resultantes de la reforma del procedimiento abreviado.

⁸ De hecho, en la nueva versión del procedimiento abreviado su contenido, artículos 767 y 768, queda incardinado dentro de las

siquiera se trata de la regulación del informe pericial como acto de investigación en las diligencias previas, artículo 785.7º aún vigente y tuturo artículo 778 LECr. Por el contrario, el artículo 788º LECr en la versión resultante de la L 38/2002 contempla la práctica de la prueba en el juicio oral en el procedimiento abreviado y concretamente, apartado segundo, que la prueba pericial se practicará por un solo perito. Lógicamente, ahí sí que cobra sentido el reciente añadido.

En cualquier caso, la suerte ha sonreído¹⁰ al legislador doble e inmerecidamente. Primero, porque bien pudiera haber pasado que el precepto que se ha añadido prematuramente se hubiera ubicado en un lugar que no correspondiese con la actual regulación del procedimiento abreviado¹¹ y segundo, porque el artículo 788.2 LECr, en la versión todavía en vigor, no tenía un segundo párrafo que podía haber resultado trascendental y habría quedado derogado en el interregno al haberse sustituido por la nueva redacción.

A tenor de lo explicado, no es de extrañar que la conversión, en este supuesto tasado, de la prueba pericial en documental haya cogido con el paso cambiado a quienes se han aprestado a comentar la versión del procedimiento abreviado que entrará en vigor en fechas próximas¹².

4. INTERROGANTES QUE SUSCITA LA TRANSMUTACION DE LA PRUEBA PERICIAL EN DOCUMENTAL

Los interrogantes que pretendemos abordar son estos: ¿Resulta ser la voluntad del legislador la añorada piedra filosofal que, en este caso, permite alterar la naturaleza de las cosas?, ¿puede convertirse un medio de prueba en otro a través de esta alquimia voluntarista?, ¿acaso no se menoscaba el derecho fundamental procesal de defensa, interrogar a

disposiciones generales, capítulo primero del título segundo, libro cuarto de la LECr.

⁹ Su equivalente en la redacción todavía en vigor es el artículo 793, apartados 4 a 7 LECr.

¹⁰ La hipótesis de una actuación voluntaria del legislador debe desecharse por dos motivos. Primeramente, la reforma pretendida no era tan urgente, más bien todo lo contrario, para que entrara en vigor inmediatamente. Y en segundo lugar, a nadie se le ocurriría ubicar, ni siquiera temporalmente, un precepto sobre la práctica de la prueba en el juicio oral en el marco de las diligencias previas. De hecho, la lectura del DS del Congreso de los Diputados, núm. 211, de 28 de noviembre de 2002, deja muy claro que todos los grupos, CIU, pág. 16084, PSOE, pág. 16086, y págs. 16087, estaban pensando en el artículo 788 LECr que entraría en vigor a partir de finales de abril de 2003, sin reparar en que el párrafo en cuestión entraría en juego mucho antes.

En defensa del legislador, sólo cabría aducir que, en realidad, se está regulando la práctica anticipada de la prueba. Pero si fuera así, ¿qué ha sido de la intervención de las partes en la misma?

¹¹ Repárese en que la nueva regulación del procedimiento abreviado empieza en el artículo 757 LECr, rellenando el hueco que dejó la supresión del antejuicio, mientras que la que todavía está en vigor lo hace a partir del artículo 779 LECr.

¹² Por eso, al comentar el artículo 788 LECr no han podido hacer referencia a esta importante reforma, Téllez Aguilera, A., *Los juicios rápidos e inmediatos*, Madrid, 2002, pág. 195, Reig Reig, J.V., *Reforma del procedimiento abreviado*, Madrid, 2002, pág. 167; Pastor Mota, L., *Los juicios rápidos*, con Alonso Pérez, F., Barallat López, J. y Delgado Martín, J. (Coord.), Madrid, 2002, pág. 210, Sospedra Navas, F.J., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002. Los juicios rápidos. El juicio de faltas*, Madrid, 2002, pág. 71; Montón Redondo, A., *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*, Valencia 2002, pág. 522, con Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L. y Barona Vilar, S

los peritos, artículo 24.2 CE?, ¿qué sucede con las exigencias constitucionales de oralidad e inmediatez, artículos 120 CE y 229 LOPJ, que, a su vez, también derivan del derecho fundamental a la presunción de inocencia o del proceso con todas las garantías, artículo 24.2 CE?, ¿sólo funciona la transmutación en el procedimiento abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de ciertos delitos?, ¿tan distintas son las condiciones del juicio ordinario o el procedimiento ante el tribunal del jurado¹³?, ¿quizás no es tan acuciante en esos supuestos la agilidad del procedimiento?, ¿a lo mejor no se requiere en esos otros casos proteger la tranquilidad del trabajo de los peritos?, ¿no se habrá producido una sesuda ponderación por parte del legislador, principio de proporcionalidad, entre el derecho fundamental de defensa y la gravedad de los hechos enjuiciados, concluyendo que sólo en el procedimiento abreviado cabe la restricción del primero¹⁴?, ¿por qué se ha ubicado temporalmente el precepto en la LECr de forma tan poco acertada?

Y sobre todo, ¿qué resultaría de la prueba pericial si el legislador le diera por aplicar a los restantes casos los mismos criterios empleados en la defensa de esta reforma?, ¿qué distingue la hipótesis elegida por el autor de la reforma de otras pruebas periciales, por ejemplo, artículos 778.3 LECr en su nueva versión y artículo 758.8º.e) LECr en su redacción actual?, ¿tan distinto es, por ejemplo, el análisis del ADN?, o, ¿qué diferencia hay entre las pericias del apartado 6º y las del 8º del nuevo artículo 796.6º LECr?

¿Se habría atrevido el legislador a tanto de no contar con una corriente jurisprudencial tanto del TS como del TC que permite obviar la necesidad de la presencia de los peritos en el juicio oral en ciertos supuestos?

5. LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y LEGALES A LA CONVERSION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN PERICIAL

Sorprende que en la defensa del precepto que se introduce no se haga mención alguna a la jurisprudencia del TS y del TC, que puede servir de apoyo a la utilización del material que se ha formado sin contradicción.

No se trata de dejar de reconocer el papel decisivo de ambos tribunales, a través de la exégesis expansiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE, en la conformación del concepto constitucional de prueba. Sin embargo, y por existir, salvo en el caso de la LORPM, una fase de investigación encomendada a un órgano jurisdiccional que genera todo un material cuyo valor no puede

quedar reducido a la nada¹⁵, tanto el TC como el TS, sobre todo este último, se han visto obligados a matizar en ciertos supuestos el valor de algunos actos de investigación, destacando fundamentalmente la jurisprudencia¹⁶ relativa a las declaraciones de los testigos¹⁷ cuando, en determinadas ocasiones, no pueden estar presentes en la vista STC 323/93, por fallecimiento, residencia en el extranjero o paradero desconocido¹⁸. Sin que en esos supuestos se exija necesariamente la contradicción en la práctica del acto de investigación¹⁹, y, de hecho, en ciertos casos se llega a la peligrosa práctica de mezclar el juego del artículo 730 LECr con el del artículo 726 LECr, SSTS de 3 de noviembre de 2000, RJ 9520 y 15 de noviembre de 2000, RJ 9770. Se confunde así un acto de investigación documentado con una prueba documental y se prepara el camino para reformas como la que nos ocupa.

En el marco descrito, los antecedentes más decisivos del párrafo segundo del artículo 788.2 LECr son:

a) La antigua redacción del artículo 801.3 LECr en los procedimientos de urgencia, que permitía al tribunal la no suspensión del juicio ante la incomparecencia del testigo si había depuesto en el sumario y aquél se consideraba suficientemente informado. Precepto que generó gran confusión en la jurisprudencia, ATC 127/82, SSTC 116/83 y 64/86, SSTS 13-4-1981, RJ 1635, 18-8-81, RJ 3379, 22-12-1981, RJ 5119... Y que a la postre provocó, además de la utilización del testimonio, la no suspensión del juicio ante la incomparecencia del testigo.

b) Dentro de las matizaciones, antes reseñadas, que el TS y el TC han ido elaborando a la regla de

¹³ Nada que objetar si ha existido contradicción.

¹⁴ Jurisprudencia que se ha visto compelida a interpretar, *contra legem*, el desafortunadísimo artículo 46.5 LOTJ para evitar que resultase ser un "islole robinsoniano", SSTS 11 de septiembre de 2000, RJ 7462, y 20 de septiembre de 2000, RJ 8007. Se trata de una dudosa actuación del TS, no porque el precepto sea desacertado, que lo es, sino porque la opción de excluir los actos de investigación sumariales no es contraria a ninguna exigencia constitucional, no pasa de ser una opción de técnica legislativa. Ahora bien, el resultado práctico sí puede provocar una lesión del derecho del artículo 14 CE, al permitirse en un proceso, y por tanto provocar la condena, la utilización de una prueba y en otro no.

No parece que la trascendencia constitucional de la búsqueda de la verdad obligue al legislador a permitir el empleo del material generado en la fase de investigación y en el que se ha hecho valer la contradicción. Ni tampoco, por otra parte, imponen las exigencias constitucionales de inmediatez y oralidad, artículos 120 y 24 CE y 229 LOPJ, así como la continua jurisprudencia del TC y TS, llegar hasta el extremo de excluirla. El problema, como se sabe, es que el autor de la LOTJ se fijaba en un sistema procesal penal en el que la investigación se encomienda al Mº Fiscal, por lo que sólo puede acceder al juicio la prueba anticipada, sin ser consciente de que ése no era nuestro caso, con la excepción del proceso de menores.

¹⁵ Con el fundamento recurrente de la STEDH de 19 de febrero de 1991, caso Isgró

¹⁶ Por ejemplo, Auto TS 9-4-1997, SSTS 23-4-1998, RJ 3812, 11-4-1998, RJ 3767, 30 junio y 22 de julio de 1999, RJ 5459 y 6494, 24 de enero de 2000, RJ 207, 31 de enero de 2000, RJ 726, 9 de febrero de 2000, RJ 733, 3 de marzo de 2000, RJ 1112, 21 de febrero de 2000, RJ 1790, 11 de mayo de 2000, RJ 3160, 17 de mayo de 2000, RJ 3470, 7 de junio de 2000 RJ 4726, 21 de junio de 2000, RJ 5785, 15 de julio de 2000, RJ 6912, 6 de octubre de 2000, RJ 8483, 18 de octubre de 2000, RJ 8783, 11 de septiembre de 2000, RJ 7462, 20 de septiembre de 2000, RJ 8007, 15 de febrero de 2001, RJ 1243, 4 de mayo de 2001, RJ 2954, 4 de abril de 2001, RJ 2963.

¹⁷ Circunstancia criticada por la doctrina, por ejemplo, Vega Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, págs. 276 y ss., Miranda Strampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, págs. 406 y ss.

¹³ Dado el ámbito de la reforma, informes periciales sobre sustancias estupefacientes, su aplicación, artículos 368 a 376 Cp, podría abarcar tanto el proceso ordinario por delitos graves, el abreviado y el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de ciertos delitos (art. 796.6º LECr). Sin embargo, por decisión del legislador (¿consciente?), queda excluido el primero de ellos.

En cualquier caso, en el texto principal hacemos una reflexión con carácter general.

¹⁴ Siguiendo el razonamiento, en los juicios de faltas, en general, nunca haría falta la presencia del perito.

que la única prueba decisiva para desvirtuar la presunción de inocencia es la que tiene lugar en el juicio oral, resultan hitos decisivos: primero, la constatación de que en el atestado policial también pueden incluirse pericias, y segundo, la introducción de un nuevo concepto, el de prueba preconstituida²⁰, distinto al de prueba anticipada.

En definitiva, se ha creado, desafortunadamente, un marco jurisprudencial propicio a consentir mayores y decisivas matizaciones:

1. La existencia de una corriente jurisprudencial que empieza a distinguir el valor de los informes periciales procedentes de los gabinetes de la policía, "especialmente si se ratifican..." SSTS 21-1-87, RJ 439, 23-4-87, RJ 2608..., llegando hasta el extremo de matizar el valor a tenor de la naturaleza del gabinete del que proceden, SSTS 19-4-88, RJ 2810 y 6-7-88, RJ 6503.

2. Ciertas resoluciones del TS consienten la ausencia del perito en el juicio a través de la deducción de que la pasividad del acusado (no pidiendo su comparecencia) significaba una renuncia a la presencia del mismo, STS de 1 de marzo de 1994: "sin que sea conforme a la buena fe procesal alegar la falta de contradicción de tal prueba cuando quien lo hace tuvo oportunidad de proponerla para el acto de la vista y contradecirla en tal momento y se abstuvo de hacerlo así, aceptando tácitamente que se tuviera como documental, conforme a lo propuesto por la acusación"²¹. Argumento ya anticipado, respecto de la prueba testifical, en la STC 64/86, "La defensa del acusado aceptó, pues, pasando a elevar a definitivas sus conclusiones provisionales y llevando a cabo el preceptivo informe, que las declaraciones sumariales se convirtieran en pruebas del juicio, por lo cual no le es lícito ahora pretender que al actuar de ese modo los tribunales vulneraran su derecho a la presunción de inocencia". Y, por fin, el TC concluirá, influido decisivamente por el TS, respecto de la prueba pericial, FJ 1º del ATC 19/97 y FJ 2º del ATC 326/97: "pueden ser tomados en consideración informes practicados en la fase previa del juicio que se basan en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permite su valoración y contradicción en juicio, sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho

acto de quienes lo emitieron para ser interrogados personalmente".

Estamos, pues, ante el antecedente más próximo a la reforma, aunque, como se comprueba, no se lleva a cabo la generalización que ahora proclama inmisericordemente el artículo 788.2, párrafo segundo LECr, aunque sea en una hipótesis muy concreta.

— *Crítica a la jurisprudencia: la naturaleza de los derechos fundamentales procesales.*

Lo que subyace a las resoluciones, tanto el TC como el TS, es la tesis de la plena disponibilidad de los derechos fundamentales procesales, en concreto del derecho fundamental de defensa, artículo 24.2 CE, al no existir oposición expresa a la utilización del acto de investigación. Y eso es un error. Como se sabe, la naturaleza de los derechos fundamentales procesales presenta ciertos rasgos distintivos que los diferencian de los sustantivos. En concreto, la naturaleza de los derechos fundamentales procesales es compleja, ya que, de una parte, representan derechos de los ciudadanos frente al Estado, perspectiva subjetiva, y de otra, consisten, a la vez, en reglas y exigencias procesales constitucionalizadas, garantías procesales constitucionales²², perspectiva objetiva²³, necesarias para impartir la potestad jurisdiccional en un estado de derecho, por lo que, en la mayoría de las ocasiones²⁴ la voluntad de las partes, aun cuando

²² Precisamente, el artículo 123 CE proclama la supremacía del TC en lo relativo a "las garantías constitucionales". Y, sin duda, respecto de las resoluciones judiciales los derechos del artículo 24 CE son el centro de gravedad. Y en la exposición de motivos de la LEC, apartado XIV, se proclama que "Esas cuestiones procesales (las del artículo 24 CE) son, a la vez, garantías constitucionales".

²³ De hecho, los derechos fundamentales procesales son un vórtice, en el que se dan cita los tres elementos básicos del derecho procesal. Lógicamente, estamos ante una manifestación elemental de los derechos subjetivos de los justiciables, pero además, principios básicos del proceso y del procedimiento también confluyen en ellos (basta comprobar la proyección del artículo 120 CE en el 24 CE: fundamentación, oralidad, publicidad), y lo mismo ocurre con la jurisdicción y alguna de sus garantías (por ejemplo, la imparcialidad, derecho fundamental procesal y principio constitucional de los jueces y magistrados, o el derecho al juez predeterminado, artículos 24.2, 117 y 122 CE...).

²⁴ Desde luego, no afirmamos que no existe el poder de disposición de la parte sobre ciertos derechos fundamentales procesales del artículo 24 CE: el derecho a no declarar o no confesarse culpable, a ciertas manifestaciones del derecho de defensa, también en su vertiente de autodefensa —el derecho a la última palabra—... Pero si mantenemos, taxativamente, que se trata de supuestos excepcionales, ya que en la mayoría de las ocasiones esa disposición es impensable: derecho fundamental al juez ordinario, a la tutela judicial efectiva (aun cuando la generalidad de su contenido podría conllevar alguna matización), al proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia, a la asistencia de letrado... Porque, como explicamos, son también garantías procesales constitucionalizadas.

En definitiva, nos movemos en el mismo espectro de la hipotética restricción de los derechos fundamentales procesales por el legislador o el órgano jurisdiccional: siempre excepcional, Martín Morales, R. y Díaz Cabiale, J. A., *La garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, págs. 94 y ss.

En verdad, el supuesto más evidente de disposición de derechos fundamentales procesales que constituyan también garantías procesales constitucionalizadas tiene lugar con la conformidad. En efecto, con independencia de constituir una manifestación de la oportunidad y, por ende, una disposición directa sobre el proceso e indirecta sobre el *ius puniendi*, la conformidad consiste en el abandono del acusado de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE: su condena se basa en un material que no puede considerarse en modo alguno como prueba apta para desvirtuarla. Aunque esta disposición redunde en su beneficio, como se aprecia con claridad en la nueva regulación del artículo 801 LECr. Por ello, aun cuando pudiera ponerse en duda, a tenor de las diligencias practicadas, artículo 797 LECr (en su nueva versión), la imparcialidad del juez de guardia (en el proce-

²⁰ Que ha merecido las críticas doctrinales, por ejemplo, Pedraz Penalva, E., "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida", en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1998-III, págs. 49 a 56.

²¹ La crítica de Marchena Gómez, M., *De peritos, Cuasiperitos y Pseudoperitos*, Poder Judicial, septiembre, 1995, págs. 233 y ss., es contundente: "Nótese la peligrosa alteración en el entendimiento de las garantías constitucionales que late en la resolución transcrita. De un lado, (. . .), la inactividad procesal de las partes —acusación y defensa— sustrae al órgano decisorio uno de los principios sobre los que, en buena técnica, habría de cimentarse la respuesta jurisdiccional, esto es, la inmediación. Por otra parte, la vigencia de la buena fe procesal, tal y como es entendida por el TS obligaría al propio encartado, no haciéndolo la acusación, a solicitar la ratificación en el juicio de lo que, con toda probabilidad, encierra el principal elemento de cargo contra su reivindicada inocencia. Ello conlleva, además, una inversión de la carga de la prueba contraria a la parte que constitucionalmente tiene amparado su propio silencio. Completa el cuadro crítico la forzada desnaturalización de la prueba pericial, que se convierte, a fin de obviar la ausencia de contradicción, en prueba documental, por la vía del artículo 730 de la LECr".

fuera expresa e inequívoca, no es suficiente para disponer del derecho fundamental procesal.

En concreto, ¿puede la parte disponer de la presencia del perito en el juicio, renunciando a su derecho de defensa? Desde luego, lo acertado es exigir un acto de disposición expreso. No parece conforme a la naturaleza de los derechos fundamentales procesales, al menos en el proceso penal, tratar de buscar en la conducta procesal de la parte signos implícitos que conlleven la disposición de un derecho fundamental procesal. Pero ni siquiera un acto expreso sería suficiente para prescindir de la presencia del perito: ésta es también una garantía constitucional del proceso, resultantes de las exigencias constitucionales de inmediación y oralidad, artículos 120 CE y 229 LOPJ, acrecentadas incluso en la LEC²⁵, que se incardina en este caso, a su vez, en otro derecho fundamental procesal, la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE, (lo que debe entenderse por prueba

dimiento para el enjuiciamiento rápido) para dictar la sentencia de conformidad, ello no tiene mucho sentido si se repara en que ya con anterioridad ha existido la renuncia al derecho fundamental a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE. En definitiva, el artículo 801 LECr recoge un nuevo supuesto de disposición de derecho fundamental procesal, el derecho al juez imparcial, artículo 24.2 (dentro del derecho al proceso con todas las garantías), sin mayor trascendencia al ir precedido de otra renuncia previa a otro derecho fundamental procesal, en la medida que el acusado se ve favorecido.

²⁵ Artículos 137, 169.4 y 289.2 LEC. Aunque también es cierto que la intermediación está francamente reducida en el caso de la prueba pericial, como resulta de los artículos 337.2 y 427.2 LEC que sólo permiten la presencia del perito designado por la partes en el juicio si éstas así lo piden. Por el contrario, los artículos 338.2.II y 346 (al que remite también el artículo 351.2) LEC sí permiten al tribunal disponer de oficio la presencia del perito en el juicio si ha sido nombrado por las partes cuando su necesidad se ha puesto de relieve por sus alegaciones, o cuando lo nombró él a través del sistema estipulado.

En resumen, dentro del nuevo marco diseñado respecto a la prueba pericial (designación, momento de aportación del dictamen, sistema de tachas para los peritos designados por los contendientes) las partes y el tribunal pueden disponer de las exigencias constitucionales de oralidad e intermediación en la prueba pericial, artículo 429.8 LEC. Y eso, a nuestro juicio, es un error, si estamos ante una prueba que debe valorarse libremente. En efecto, el legislador podría haber optado, al tratarse de un proceso civil dispositivo, por estipular un mecanismo de fijación de los hechos, en el caso del informe pericial no impugnado o rebatido, semejante a otros que existen en la LEC: diseñando, habitualmente, presunciones legales *iuris tantum*, como sucede con los documentos no exhibidos o las preguntas no respondidas o los hechos alegados por la parte contraria no negados o sobre los que se guarda silencio... Ahora bien, al no hacerlo así expresamente, no parece admisible restringir la intermediación y oralidad como garantías procesales constitucionales en la formación del material probatorio.

Así pues, el problema, a nuestro juicio, no reside tanto en que se hubiera estipulado la fijación de los hechos a través de este sistema, ex artículo 427.2 (proceso civil dispositivo), sino en imponer la categoría de prueba a aquello que no es tal, por tratarse de una actividad extrajudicial (Gómez Colomer, J.L., en *Derecho Jurisdiccional II*, con Montero Aroca, J., Montón Redondo, A. y Barona Vilari, S., Valencia, 2002, pag. 309) que nunca va a alcanzar la cualidad de prueba si falta la intermediación y oralidad, artículos 120 y 24 CE. Carencia especialmente sangrante si la parte se opone al dictamen pero no solicita la presencia del perito, elegido antes del proceso por la parte contraria, pues entonces el tribunal ni siquiera puede ordenar la comparecencia. Además, recuérdese que también se imposibilita la exclusión del perito que es parcial (no, obviamente, por haber cobrado de la parte), ¿puede entenderse bastante el sistema de tachas? Aspectos, ambos, que deben entenderse incluidos en el derecho fundamental al proceso con todas las garantías, artículo 24.2 CE. En definitiva, aunque en el proceso civil no exista el derecho fundamental a la presunción de inocencia para delimitar lo que puede entenderse como prueba, las exigencias constitucionales de la actividad probatoria se encuentran en el derecho fundamental al proceso con todas las garantías, artículo 24.2 CE, y son un límite al legislador, aun cuando éste pueda disponer de otros mecanismos para la fijación de los hechos

apta para desvirtuarla) y en cuyo juego la voluntad de la parte no tiene trascendencia: el acusado no puede declinarla, otorgando valor probatorio a aquello que no tiene tal²⁶. Así pues, la presencia del perito en la vista no es una carga a levantar por el acusado, sino que ésta recae en la acusación para, a través de la intermediación y oralidad, poder formar un material apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Y el corolario de todo ello es justo el contrario de lo que deduce la jurisprudencia aludida: lo que corresponde al tribunal no es escrutar la voluntad implícita del acusado, sino velar de oficio por el respeto a los derechos fundamentales procesales, cuya infracción provoca actualmente, artículo 238 LOPJ y también en el futuro, artículo 225 LEC, la nulidad absoluta²⁷.

En resumen, aunque, en principio, se podría argüir que la parte puede disponer del derecho fundamental de defensa, artículo 24.2 CE, y consentir la ausencia del perito o del testigo en el juicio, las exigencias constitucionales de otro derecho fundamental, la presunción de inocencia²⁸, artículo 24.2 CE,

²⁶ Con excepción de lo indicado en el caso de la conformidad.

²⁷ La, explicada, naturaleza compleja de los derechos fundamentales procesales, exige (incluso éste es el trámite procesal adecuado, vid. apartado X de la expo. motivos de la LEC) que su respeto sea revisado de oficio por los tribunales ordinarios a lo largo del propio proceso. El amparo de los derechos fundamentales procesales ante la jurisdicción ordinaria requiere ese control. Por ello, la disposición contenida en el artículo 227.2.II LEC y que impedirá, si entra en vigor, disposición final 17ª LEC, su vigilancia de oficio en los recursos, salvo en un supuesto, artículo 225.1ª LEC, acarrea más que merecidas dudas sobre su constitucionalidad. En realidad, estamos ante un precepto que trata de salvar la dualidad de recursos extraordinarios por la que ha apostado el legislador en el nuevo proceso civil, con consecuencias inasumibles en el proceso penal (¿acaso no podrá, por ejemplo, controlar el tribunal de oficio en sede de recursos el respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE?). De *facto*, la vigencia del artículo 240.2 LOPJ, obliga al TS a esa revisión al conocer del recurso de casación, rompiendo la distinción entre éste y el recurso extraordinario por infracción procesal, Martín Morales, R., y Díaz Cabiale, J.A., *op. cit.*, Madrid, 2001, págs. 152 a 154, y Moreno Catena, V., en *Derecho Procesal Civil*, parte general, Madrid, 2001, pág. 411. Esto es en teoría, claro está, porque en la práctica existe una aplicación inmediata del artículo 227.2.II LEC, aún no en vigor, a resultas de la voluntad de la Sala primera explicitada por sus magistrados en el inconstitucional acuerdo de Junta General de 12 de diciembre de 2000 o en ciertas resoluciones (por ejemplo, desde finales de 2002, ATS 30-12-2002, recurso de queja 1350/2002, se ha expulsado del recurso extraordinario por infracción procesal la condena en costas, amparándose en la desafortunada redacción del artículo 397 LEC cuando: 1) no se prohíbe expresamente el recurso; 2) es contrario al derecho fundamental procesal a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE, acceso a los recursos, la interpretación restrictiva de los supuestos de admisión de los mismos; 3) la redacción del artículo 469.1.2ª LEC coincide con la del artículo 1692.3ª Lec 1881 que sí consentía el recurso de casación; 4) es muy peligroso tratar de reducir el campo del artículo 469.1.2ª LEC a los artículos 216 a 222 LEC, pues ello podría dejar fuera —si no media la exégesis adecuada del artículo 217.5 LEC— otros supuestos elementales: infracción de la prueba legal, de las presunciones judiciales, de ciertas presunciones legales, hechos admitidos..., o excluiría definitivamente la posibilidad de aducir algún quebranto trascendental de las garantías contenidas en los artículos 194 y ss LEC, o en los artículos 208 y ss. LEC y, sobre todo, 5) si la condena en costas no admite más que el recurso de apelación acontecerá algo impensable: no hay forma de provocar la necesaria unificación de jurisprudencia sobre un precepto procesal tan trascendental —misión que en su día corresponde al recurso en interés de ley frente a las sentencias dictadas por los TT.SS.JJ. al conocer del recurso extraordinario por infracción procesal— y solo cabrá el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. Podrá haber tantas interpretaciones del artículo 394 LEC como audiencias provinciales).

²⁸ En realidad, el efecto expansivo del derecho fundamental a la presunción de inocencia da lugar, en casos como éste a la superposición de garantías constitucionales de naturaleza procesal (sobre este fenómeno, Martín Morales R. y Díaz Cabiale, J.A., *op. cit.*, págs. 33 y ss), ya que la necesidad de respetar la contradicción en

exigen el cumplimiento de la oralidad e intermediación e impiden a las partes y al tribunal cualquier acto de disposición²⁹.

6. LA TRASCENDENCIA DEL CONCEPTO DE DOCUMENTO EN EL PROCESO PENAL Y LA VERDADERA IMPORTANCIA DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 788.2 LECR

Pero, ¿tanta relevancia merece la adición de un simple párrafo a un artículo de la LECr para un supuesto tan específico? La respuesta es afirmativa. La reforma destruye el concepto de documento, pilar básico para la estructura del proceso penal y el respeto a los derechos fundamentales procesales, especialmente el de defensa, y las exigencias constitucionales de intermediación y oralidad, artículos 120 y 24.2 CE, 229 LOPJ. Sobre todo, cuando la investigación se encomienda, con mayores o menores atribuciones según el tipo de proceso, al juez de instrucción, como sucede en nuestro proceso penal, con la excepción del proceso de menores. Y es que el mensaje que el legislador transmite con la reforma es inequívoco: es él quien decide si una actuación puede convertirse en documento a su antojo. Si la reforma se da por buena, ¿qué impide que mañana o pasado ciertas o todas las declaraciones testificales, los restantes informes periciales, las declaraciones del imputado..., en definitiva, todos los actos de investigación se conviertan en documentos? Si se admite la posibilidad, aunque sea una sola vez, de que una diligencia de investigación documentada se transforme en prueba documental, ya no hay marcha atrás: no existe ningún impedimento lógico a la posterior conversión en cascada de los restantes actos de investigación.

Por otra parte, y respecto del supuesto que nos ocupa, hay que tener presente que en muchas ocasiones podrá tratarse de pericias que ni siquiera ha acordado el Juez de Instrucción, artículos 778.3 LECr y 797.1.2º.a), nueva redacción, sino que se contendrán en el atestado o en la ampliación del mismo, como resulta especialmente evidente en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de ciertos delitos artículos 796.6º y 797.1.2º.a) LECr. Y ello implica, además de la merma de la contradicción, que ni siquiera va a mediar una ratificación ante el juez

la formación del material probatorio también es parte de este derecho fundamental procesal. Por eso, puede decirse que el derecho fundamental a la presunción de inocencia en la formación del material probatorio presenta una vertiente disponible (defensa) y otra no (oralidad e intermediación).

²⁹ Debe quedar muy claro que no estamos, en modo alguno, proclamando el carácter absoluto de las garantías procesales constitucionalizadas de oralidad e intermediación en la práctica de la prueba, pues ello comportaría la imposibilidad de utilizar un material que no se ha formado delante del tribunal que va a conocer del juicio, impidiendo la práctica anticipada de la prueba en esos supuestos. Ahora bien, que no tengan carácter absoluto no implica que sean disponibles. Por ejemplo, practicada una prueba anticipada en la fase de investigación, si luego también puede tener lugar en el juicio, la declaración del testigo, por caso, ni las partes ni el tribunal pueden optar por prescindir de ésta última aunque se otorgue mayor credibilidad a la primera. Por ello, la redacción literal del artículo 295.4 LEC no es demasiado afortunada, en cuanto resulta facultativa (previa petición de parte, confundiendo así el principio de aportación de parte con las garantías procesales constitucionalizadas que nos ocupan) la práctica de la prueba en el juicio.

de instrucción, requisito esencial para que un acto de investigación pueda acceder al juicio a través del artículo 730 LECr. Estamos pues, en el peor escenario posible: se van a convertir en pruebas actividades extraprocesales, como vimos que hace la LEC³⁰.

En definitiva, la mutación de ciertas pericias en documentos es el primer paso para una vuelta atrás: la pérdida de importancia del juicio oral frente a los actos de investigación... precisamente la situación tan denostada por Alonso Martínez en la exposición de motivos a la LECr de 1882, que sólo logró alterarse tras la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE, y la decidida actuación del TS

De ahí, que el concepto de prueba documental se convierta en piedra angular en un proceso penal que responda a las exigencias constitucionales insitas en el contenido esencial de los derechos fundamentales procesales y en las garantías que rodean al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Así, fijar con la máxima precisión el juego de los artículos 714, 726 y 730 LECr se convierte en una prioridad para la salvaguarda del proceso penal.

Precisamente por eso, puede decirse que lo verdaderamente trascendental, a efectos constitucionales, del concepto de documento no es la delimitación precisa de lo que debe entenderse por tal, sino lo contrario: lo que nunca puede considerarse prueba documental.

En cualquier caso, para quien dude de la trascendencia de la reforma basta el siguiente ejemplo: imagine un juicio en el que las pruebas de la acusación resultan ser, además de la pericia documentada, la declaración de un testigo ausente, el reconocimiento judicial practicado en la fase de investigación y la confesión del acusado ante el juez de instrucción que luego opta por guardar silencio. ¿En qué quedan las exigencias constitucionales de oralidad e intermediación, artículos 24.2, 120 CE y 229 LOPJ?, a efectos de la actividad probatoria, ¿para qué sirve el juicio oral?

Tal es la endeblez dogmática del artículo 788.2.11 LECr que resulta imposible responder a interrogantes, ya enunciados, tan básicos como: ¿por qué sólo se convierten en prueba documental los informes periciales relativos a sustancias estupefacientes?, ¿por qué sólo tiene lugar la transformación en el procedimiento abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido?...

7. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DEL LEGISLADOR EN LA CONFIGURACION DEL CONCEPTO DE PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL

La autonomía del legislador a la hora de precisar el concepto de prueba documental tiene, desde el plano constitucional, dos límites muy precisos:

a) La trascendencia constitucional de la búsqueda

³⁰ Lo mismo cabría decir, lógicamente, cuando la pericia es ordenada por el Mº Fiscal, artículo 773.2 LECr resultante de la reforma

de la verdad en el proceso penal impide otorgar valor tasado a un documento. El sistema de libre valoración de la prueba es una exigencia constitucional que impide trasladar al proceso penal la distinción entre documento público y privado (o privado reconocido o no impugnado) que existe en el ámbito del proceso civil.

La importancia de los derechos en juego en el proceso penal, fundamentalmente el *ius libertatis*, impide la configuración artificial del complejo fáctico en el que se funda la resolución mediante presunciones legales, ya sean *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Algo de lo que es consciente el legislador en el marco del mismísimo proceso civil cuando se trata de procesos no dispositivos, artículo 752 LEC³¹, remachando la posibilidad de acordar prueba pericial de oficio, artículos 339.5 y 759.1 LEC.

Esta es, pues, la verdadera dimensión constitucional de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, un límite a la configuración de la estructura del proceso penal, sin que pueda erigirse en un criterio restrictivo para los derechos fundamentales procesales³².

b) El respeto a los derechos fundamentales procesales de defensa y las garantías procesales constitucionalizadas de inmediación y oralidad, artículos 24.2, 120 CE y 229 LOPJ.

La imposibilidad de convertir un acto de investigación documentado en prueba documental choca frontalmente con la exigencia de contradicción en la formación del material probatorio que impone el derecho fundamental de defensa, artículos 24.2 CE y 6.3.d) CEDH. Resulta imprescindible facultar a las partes para intervenir al máximo en la formación del material probatorio. Precisamente por ello, en la anticipación probatoria de la prueba pericial, se asegura, además de consentir la recusación, la posibilidad de que las partes puedan nombrar a sus peritos e interrogarlos, artículos 467 y 471 LECr. Y en el mismo sentido se garantiza la participación de las partes en el interrogatorio del testigo cuando se trata de una prueba anticipada, alterando incluso el esquema del interrogatorio en la fase de investigación y convirtiéndose en la modalidad española del *cross-examination*, artículos 448 y 449 LECr. A mayor

abundamiento, la propia exigencia del contradictorio se refuerza expresamente en la nueva versión del abreviado, artículos 773.1.II (actuación del M^o Fiscal), y artículos 777.2 y 797.2 LECr, práctica anticipada de la prueba testifical y en general de cualquier medio de prueba en el procedimiento abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, artículo 797.2³³. Además, el derecho de defensa se refuerza con la información de sus derechos, entre ellos el de personarse y tomar parte en las actuaciones, al imputado a las víctimas y a los perjudicados, artículos 761.2, 771, 773.1, 775 y 776, 796.2^o, 797.5^o LECr, así como artículo 15 L 35/95 de asistencia a víctimas de delitos violentos y dolosos y contra la libertad sexual. Consciente de los valores en juego (derechos fundamentales procesales y exigencias constitucionales del proceso y ejercicio de la potestad jurisdiccional) en la LEC también se tiene especial cuidado en garantizar la contradicción, artículos 291, 292.3, 295, 337, 338.2, 346, 347.

Junto al derecho fundamental de defensa, artículo 24.2 CE, también concurren, como se ha venido advirtiendo, las garantías procesales constitucionalizadas de oralidad e inmediación, artículos 120 CE y 229 LOPJ. Convirtiéndose así, en el trípode en el que se sustenta la importancia del juicio. La mera salvaguarda del derecho fundamental de defensa no garantiza la validez del material para que pueda considerarse prueba apta para ser valorada libremente. Oralidad e inmediación son, pues, piezas capitales³⁴ para salvaguardar el concepto de prueba en el proceso penal en un estado de dere-

³¹ Lo que lleva aparejada otra precisión: la búsqueda de la verdad puede tener trascendencia constitucional cuando existan intereses públicos en juego, no solo cuando esté en liza el *ius libertatis*. Eso explica el juego de la misma en los procesos civiles no dispositivos y que también esté presente para las partes acusadoras en el proceso penal. Ello conlleva, en el plano de los derechos fundamentales procesales, lo siguiente: si se ha producido la fijación formal y apriorística del relato fáctico, contraria a la libre valoración de la prueba, en el proceso penal y ello supone la condena del acusado, se habrá conculcado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, artículo 24.2 CE, mientras que si la situación ha sido la inversa, dando lugar a la absolución, se habría lesionado el derecho fundamental al proceso con todas las garantías, artículo 24.2 CE. Este mismo derecho fundamental procesal se habría quebrantado si la conducta, cualquiera que fuese el resultado, hubiera tenido lugar en un proceso civil no dispositivo.

Tal y como aparece formulado el artículo 767.4 LEC (negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad) no obsta a lo que hemos señalado. El legislador se limita a explicitar, para favorecer la filiación, una elemental presunción (fuertemente arraigada en el jurisprudencia del TC), condicionando su juego, y este es el dato elemental que la distingue de las otras presunciones que se estipulan en los procesos civiles dispositivos, a la concurrencia de otros indicios.

³² Martín Morales, R., y Díaz Cabiale, J.A., *La garantía...*, op. cit., págs. 97 y ss.

³³ Los artículos en cuestión conllevan importantísimas consecuencias. Pues si bien, por una parte puede decirse que los nuevos artículos 777.2 y 797.2 LECr no aportan nada a las exigencias, ya comentadas, que se contemplan con carácter general en la anticipación de la prueba de testigos (vid. artículo 448 LECr) y que, por consiguiente, su papel podría quedar reducido al de mero recordatorio de la exigencia de contradicción, sin embargo, en la práctica cobran una vital trascendencia. En efecto, ya se ha explicitado la corriente jurisprudencial del TS que entiende la ausencia de los testigos, en hipótesis tasadas, como uno de los supuestos de imposibilidad sobrevenida que consiente la lectura de la declaración sumarial, artículo 730 LECr, incluso en los casos en lo que no hubo contradicción. Por ello, bien entendidos, los artículos 777.2 y 797.2 LECr, para no convertirse en una ridícula redundancia (aunque ese sentimiento nunca desaparece respecto del último), conllevan lo siguiente: deben considerarse aplicables a todo tipo de procedimiento (lo lógico es que esta redacción, mejorada y reforzada hubiese sido la base para la reforma de los artículos 448 y 449 LECr prohibiendo expresamente la utilización del material si no se ha procedido en la forma indicada: asegurando la contradicción) e implican que no podrá utilizarse la lectura de la declaración sumarial tanto si la ausencia (temporal o definitiva —fallecimiento—) del testigo era previsible (por su nacionalidad, por haber manifestado la intención de ausentarse del territorio nacional, por padecimiento de enfermedad ..), como si no. De no mediar la contradicción no debe consentirse la lectura ex artículo 730 LECr. Nos encontramos ante un derecho fundamental procesal, derecho de defensa y presunción de inocencia o proceso con todas las garantías, artículo 24.2 CE, que también supone garantías procesales constitucionalizadas. Por eso, entendemos que con esta nueva redacción debe entenderse corregida la jurisprudencia del TS. El único supuesto excluido de esta regla serían los casos en los que la declaración se practicó estando el imputado en rebeldía, que es un acto de disposición expresa del derecho de defensa, artículo 24.2 CE (ya se ha visto que la anticipación probatoria es una excepción a las exigencias constitucionales de oralidad e inmediación, por lo que no hay ni restricción ni disposición de esta vertiente de la presunción de inocencia o del proceso con todas las garantías. Estamos, en puridad, ante la delimitación del contenido de un derecho fundamental procesal).

³⁴ Basta recordar cómo dentro de las formas del procedimiento, se entiende que la inmediación es una consecuencia de la oralidad.

cho, sin que queden al albur o al capricho del legislador. De hecho, también en la LEC se ha acentuado la intermediación y la oralidad, artículos 137, 169.4 y 289³⁶.

Además, ya se ha explicado que, a través del juego de la superposición de los derechos fundamentales procesales, el derecho a la presunción de inocencia o al proceso con todas las garantías³⁶, artículo 24.2 CE, absorbe, además de superponerse al derecho fundamental de defensa en la formación de la prueba, las exigencias de contradicción, oralidad e intermediación en la práctica de la prueba. Reforzando así, su carácter indisponible, incluso para el legislador.

En definitiva, en el ámbito de la prueba documental en el proceso penal, la libertad del legislador se circunscribe a la amplitud que quiera dar al concepto de la misma, más o menos extenso a tenor de los nuevos medios de reproducción y archivo de la imagen, sonido o datos, pero siempre asegurando el derecho fundamental de defensa y las garantías procesales constitucionalizadas de oralidad e intermediación, artículos 24.2, 120 CE y 229 LOPJ. También el libre albedrío del legislador consiente, a pesar de cualquier consideración teórica, que los límites entre la prueba documental y la inspección ocular, a través de la expansión, omnicompreensiva, de las piezas de convicción³⁷ estén más o menos difusos.

8. CONCLUSION: INCONSTITUCIONALIDAD. SOLUCIONES

La conclusión de todo lo expuesto es ineludible: el

³⁶ Es de destacar, con independencia de las críticas hechas a la exigencia de intermediación en la práctica de la prueba pericial, que, sin embargo, el legislador ha extremado el celo en la intermediación en el caso de la prueba anticipada, artículo 296.4 LEC, consintiendo a la parte la posibilidad de que se vuelva a practicar en el juicio si ello es factible. Nótese que en el proceso civil, a diferencia, habitualmente, del penal, el mismo tribunal que va a dictar el fallo es el que practica la prueba anticipada.

³⁷ En el caso de la acusación o del proceso civil.

³⁷ Precisamente, el legislador opta por la amplitud del concepto de prueba documental como se desprende de los artículos 26 Cp y 159 LO 2/89 Ley Procesal Militar. Y como la propia LEC: demuestra en el artículo 726 (las nuevas referencias a la forma de documentar ciertas actuaciones, en consonancia con lo dispuesto en la LEC, artículos 147 y 187, no suponen la conversión de éstas en prueba documental, artículos 770.2º, 777.2 y 797.2 LECr). Aunque la LPM, en el artículo 311, distingue entre los documentos y otros medios de reproducción, tal y como con posterioridad hará la LEC, al diferenciar entre documentos y medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, artículos 299, 317 a 334 y 382 a 384.

Con independencia de cualquier consideración o precisión dogmática, la lectura de los diferentes textos procesales penales, y en especial la LECr, permite constatar que el legislador, tras haber formulado ampliamente el concepto de cuerpo del delito, artículos 334 a 367 LECr (sobre el concepto más o menos amplio de éste, Maronda Frutos, J.L., y Tená Franco, M.I., "El comiso y secuestro de efectos para fines probatorios no cautelares", en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, T.XII, págs. 197 y ss., vid. págs. 211 y ss.), a medida que se aproxima el juicio prefiere ir sustituyéndolo por el de pieza de convicción, omnicompreensivo, que engloba también a los documentos (arts. 574, 622, 626, 629, 634, 635 LECr...), o como demuestra el propio título del RD 2783/1976 "Sobre conservación y destino de piezas de convicción", o los artículos 34.2 LOTJ y 30 LORPM). Curiosamente, el artículo 296.1 de la propia LEC, al referirse a la práctica de prueba anticipada, está en perfecta sintonía con esta tendencia: "Los documentos y demás piezas de convicción...". Cuestión que, en el ámbito del proceso civil, ya se había abordado desde antiguo, Almagro Nosete, J., *La prueba de informes*, Sevilla, 1968, págs. 76 a 81.

párrafo segundo del artículo 788.2 LECr es inconstitucional.

Por tratarse de una norma con rango de ley posterior a la CE, no cabe más que preconizar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, artículos 163 CE, 5.2 LOPJ y 35 a 37 LOTC.

Ahora bien, ¿realmente el artículo que nos ocupa impide al tribunal citar a los peritos? La respuesta es negativa, el artículo en cuestión faculta la, inconstitucional, conversión de una prueba pericial en documental, pero, en modo alguno, debe entenderse como una imposición al tribunal. Las exigencias constitucionales de intermediación y oralidad son tan fuertes que ya hemos visto cómo incluso una desafortunada regulación, la de la LEC, permite al tribunal civil, salvo en el caso del artículo 337.2 LEC, obligar de oficio a los peritos a comparecer al juicio. Como se puede comprender, con mayor motivo hay que entender que en el proceso penal el tribunal puede hacer comparecer, de oficio, al testigo de oficio en el ejercicio de sus atribuciones, artículo 729.2 LECr. Por ello, los tribunales penales pueden y deben dejar sin virtualidad el artículo 788.2.II LECr.

Además, y en marco que propicia la nueva regulación del procedimiento abreviado, se refuerza explícitamente la obligación del Mº Fiscal, artículo 773.1.II LECr, de velar por el respeto "del derecho de defensa y el carácter contradictorio del mismo". De esta suerte, le corresponde a él provocar, en todo caso, la comparecencia de los peritos en el juicio.

En resumidas cuentas, el artículo 788.2.II, ya en vigor, constituye, junto con el mantenimiento de la inconstitucional regulación del juicio de faltas³⁸ y la extensión del concepto de flagrancia³⁹, uno de los puntos negros, bajo la perspectiva constitucional, de la reciente reforma del procedimiento abreviado, los juicios rápidos y el juicio de faltas.

³⁸ Aunque se ha reiterado en demasía, resulta obligatorio recordar la flagrante lesión del derecho fundamental al juez imparcial, artículo 24.2 CE, cuando se produce la conversión de la denuncia en escrito de acusación por el propio tribunal, artículo 969.2 LECr, nueva versión. A todos los efectos, por no existir faltas privadas, es inexplicable el mantenimiento de la actual redacción del artículo 963 LECr en el nuevo artículo 965.1.2º II LECr o la expresión, "El fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado.", artículo 969.2 LECr en su próxima redacción, que sólo dan pie a malentendidos.

³⁹ No se trata de criticar la reintroducción del concepto de flagrancia en la LECr, sino de la amplitud, con apoyo en cierta jurisprudencia del TC (Martín Morales, R., "Crónica de un intento de reconfiguración legal de un concepto constitucional", *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 1, 1998) que se ha dado al mismo, al entender también por tal, artículo 795.1.1º LECr nueva versión, "También se considerará delincuente *in fraganti* aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él." Más aun, tampoco es criticable que el legislador emplee este concepto a efectos meramente procedimentales, para determinar el cauce a través del cual debe enjuiciarse un delito o una falta, nuevo artículo 962.1 LECr. Ahora bien, lo que no es aceptable es emplear semejante definición como criterio que permite la restricción excepcional de ciertos derechos fundamentales sustantivos. Y es que en estos supuestos es más que dudosa la concurrencia de la urgencia, evidencia e, incluso, la inmediatez personal, elementos todos ellos de la flagrancia.