

La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio. Un estudio desde el derecho comparado (1)

Por JOAN PICÓ I JUNOY

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili

Diario La Ley, Nº 6575, Sección Doctrina, 23 Oct. 2006, Año XXVII, Ref. D-227, Editorial **LA LEY**

LA LEY 2958/2006

I. INTRODUCCIÓN. BREVE APROXIMACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Uno de los problemas que actualmente ha vuelto a adquirir protagonismo en el derecho procesal penal es el referente a la iniciativa probatoria del juez en el acto del juicio oral. Recientes acontecimientos, jurisprudenciales y doctrinales, me incitan a volver de nuevo sobre un tema al que le he dedicado una especial atención (2).

El principio acusatorio se ha convertido en el principio fundamental del moderno método de enjuiciamiento criminal, que rige desde el inicio mismo del proceso. Como destaca el Tribunal Constitucional español (TC) en su sentencia 95/1995, de 19 de junio (LA LEY 13096/1995) (f.j. 2.º), «el respeto del principio acusatorio constituye una exigencia constitucional en todos los procesos penales» (3) (4).

Este principio tiene por finalidad garantizar en todo momento la imparcialidad del juez, se enuncia mediante el brocardo *ne procedat iudex ex officio*, y supone la idea de que «no hay proceso sin acusación». Los rasgos esenciales y básicos de este principio, según la jurisprudencia del TC español, son los siguientes:

- a)** Separación de funciones entre el juez instructor y el juez decisor (SSTC 174/2003, de 29 de septiembre (LA LEY 150211/2003), f.j. 3.º; 60/1995, de 17 de marzo (LA LEY 13061/1995), f.j. 3.º; 32/1994, de 31 de enero (LA LEY 54476-JF/0000), f.j. 3.º; 136/1992, de 13 de octubre (LA LEY 1986-TC/1992), f.j. 2.º; o 145/1988, de 12 de julio (LA LEY 1061-TC/1988));
- b)** Imposibilidad de celebrar el juicio oral sin que exista acusación (SSTC 83/1992, de 28 de mayo (LA LEY 1943-TC/1992), f.j. 1.º; o 141/1986, de 29 de octubre, f.j. 2.º);
- c)** Correlación entre acusación y sentencia (SSTC 40/2004, de 22 de marzo (LA LEY 887/2004), f.j. 2.º; 189/2003, de 27 de octubre (LA LEY 10388/2004), f.j. 2.º; 36/1996, de 11 de marzo (LA LEY 3947/1996), f.j. 4.º; 95/1995, de 19 de junio (LA LEY 13096/1995), f.j. 2.º; o 161/1994, de 23 de mayo (LA LEY 13330/1994), f.j. 2.º);
- d)** Prohibición de la *reformatio in peius* (SSTC 28/2003, de 10 de febrero (LA LEY 10963/2003), f.j. 3.º; 232/2001, de 11 de diciembre (LA LEY 1110/2002), f.j. 5.º; 45/1993, de 8 de febrero (LA LEY 2109-TC/1993), f.j. 2.º; 153/1990, de 15 octubre (LA LEY 55903-JF/0000), f.j. 4.º; o 242/1988, de 19 de diciembre (LA LEY 58543-JF/0000), f.j. 2.º).

Como podemos comprobar, este planteamiento del principio acusatorio no excluye la posibilidad de que el juez penal pueda tener cierta iniciativa probatoria, y así lo ha puesto de manifiesto el TC español (SSTC 334/2005, de 20 de diciembre (LA LEY 10574/2006), f.j. 3.º; 229/2003, de 18 de diciembre (LA LEY 296/2004), f.j. 14.º; 130/2002, de 3 de junio (LA LEY 6258/2002), f.j. 5.º; o la 188/2000, de 20 de julio, f.j. 2.º) (5). Sin embargo, desde el denominado «garantismo procesal» se niega dicha posibilidad: así, FERRAJOLI, destaca como uno de los diez axiomas de todo «sistema garantista» el de *nulla accusatio sine probatione* (6), lo que le conduce a mantener la total pasividad probatoria del juez penal (7), si bien admite que «se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible» (8).

En orden a efectuar un estudio completo del tema examinaré, en primer lugar, la vigencia actual del principio acusatorio en la mayoría de los procesos penales europeos y latinoamericanos; en segundo lugar, la iniciativa probatoria del juez penal en los citados códigos; en tercer lugar, el caso español, en el que la jurisprudencia ha ido evolucionando sin una línea clara de reflexión al respecto; en cuarto lugar, expondré mi opinión sobre el fundamento, alcance y límites de dicha iniciativa judicial; y, finalmente, formularé unas conclusiones a modo de reflexión final.

II. VIGENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO EN LOS ACTUALES CÓDIGOS PROCESALES PENALES Y LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ PENAL

El principio acusatorio, tal como ha sido perfilado anteriormente, preside los actuales métodos de enjuiciamiento criminal de la mayoría de los estados democráticos europeos y latinoamericanos, como seguidamente paso a analizar.

1. Vigencia del principio acusatorio

A) En los ordenamientos jurídicos de los estados europeos

En Alemania rige el principio acusatorio, pues existe una nítida separación de las funciones entre acusar y enjuiciar; la apertura del juicio oral está condicionada al ejercicio de la acción por el Fiscal; y el tribunal no puede extender el proceso pendiente a otras personas ni a otros hechos que se le atribuyen al acusado (9).

De igual modo, en Italia también se encuentra presente el principio acusatorio, caracterizado por la equidistancia formal del juez con la acusación y la defensa, y la igualdad de armas entre acusación y defensa (10).

En Portugal, el art. 32.5 de su Constitución prevé expresamente la vigencia del proceso penal con «estructura acusatoria», por lo que «busca la igualdad de poderes de acción procesal entre la acusación y la defensa, quedando el juez en una situación de independencia, apenas interesado en juzgar objetivamente el caso que le ha sido adjudicado [...] la jurisdicción no interviene oficiosamente, ni puede ampliar su poder de juzgar a personas y hechos distintos a aquellos que son el objeto de la acusación, por lo que el principio acusatorio, limitando el objeto de la decisión jurisdiccional, constituye un refuerzo de la defensa del acusado y, simultáneamente, surge como garantía de la imparcialidad del tribunal, porque limita el poder de éste, incluso para suplir deficiencias de la acusación» (11).

Y en Holanda, la vigencia del principio acusatorio se deduce del hecho de que únicamente la fiscalía tiene el poder de proceder judicialmente contra una persona, y es la que decide además el objeto de la causa, ya que el juez sólo puede decidir sobre los hechos tal y como son presentados por el fiscal en su escrito de acusación (12).

B) En los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos

Al igual que sucede en la mayoría de los países europeos, en los modernos códigos procesales penales de los estados latinoamericanos también se encuentra presente el principio acusatorio.

Así, en Colombia, el nuevo Código de Procedimiento Penal de 2004 está regido en su integridad por este principio, con una nítida distinción entre las funciones de acusación y enjuiciamiento, limitándose esta última a los hechos configuradores de la acusación.

De igual modo, en el nuevo Código Procesal Penal peruano, de 29 de julio de 2004, que entró en vigor el 1 de julio de 2006, rige el principio acusatorio, sobre la base de la nítida separación de funciones instructorias (fiscal), de control de la investigación (juez de la investigación preparatoria) y decisorias (juez penal); la debida correlación entre la acusación y la sentencia; y la prohibición de la *reformatio in*

peius.

También en Nicaragua, su Código Procesal Penal, que entró plenamente en vigor el 24 de diciembre de 2004, asume todas las notas propias de un proceso penal de corte acusatorio (13) .

En Chile, este mismo orden de ideas, el nuevo Código Procesal Penal de 2000 asume como propio el modelo de enjuiciamiento criminal basado plenamente en el principio acusatorio.

En esta misma dirección, el Código de Procedimiento Penal boliviano de 1999 abandona la vieja estructura inquisitiva y acoge un modelo acusatorio de justicia penal, caracterizado por la prohibición de que el juez inicie y realice la instrucción de oficio y la existencia de un juicio oral, público, contradictorio, fundado en los principios de inmediación y concentración (14) .

Finalmente, en Costa Rica, el Código Procesal Penal de 1998 ha venido a recoger un juicio penal plenamente acusatorio (15) .

Sin embargo, en una línea más inquisitiva se muestra la normativa argentina, brasileña y panameña: en Argentina, el Código Procesal Penal de 1991 nació ya «viejo y caduco», recogiendo diversas características del vetusto Código de Procedimiento en lo Criminal y Correccional de 1889 de neto corte inquisitivo (16) . En Brasil, el código de proceso penal de 1941 mezcla aparentemente instituciones propias del modelo inquisitivo como otras del acusatorio, si bien se encuentra marcada por un fuerte espíritu inquisitivo (17) . Y finalmente, el Código Judicial panameño de 1984 mezcla instituciones propias de la regulación acusatoria con la inquisitiva (18) .

2. Iniciativa probatoria del juez penal

A) En los ordenamientos jurídicos de los estados europeos

En la mayoría de los países en los que recientemente se han promulgado nuevas leyes de enjuiciamiento criminal, o se han reformado en profundidad las ya existentes, rige el principio acusatorio y se permite la iniciativa probatoria del juez penal (19) . Así, por ejemplo, entre los códigos europeos, en Alemania, el § 244.II de la *Strafprozessordnung* de 1975 consagra el *Aufklärungspflicht* (deber de esclarecimiento o averiguación), estableciendo: «El Tribunal ampliará de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de las pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución» (20) .

En la misma línea, el art. 507 del *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 indica: «Finalizada la práctica de las pruebas, el juez, si resulta absolutamente necesario, puede disponer también de oficio la práctica de nuevos medios de prueba» (21) .

También en Portugal, el art. 340.1.º del *Código de Processo Penal* 1987 señala: «El Tribunal ordenará, de oficio o a petición de parte, la práctica de todos los medios de prueba que crea necesarios para el descubrimiento de la verdad y la justa decisión de la causa», y su apartado segundo establece: «Si el Tribunal considera necesario la presentación de pruebas que no consten en la demanda, sentencia o recurso, lo pondrá en conocimiento de las partes con la antelación que le sea posible, y lo hará constar en acta» (22) .

De igual modo en Holanda, el juez adquiere un especial protagonismo durante la vista oral, tomando parte activa en ella, ya que es quien determina cómo se lleva a cabo, hace la mayoría de las preguntas, y puede ordenar pruebas de oficio (23) .

Finalmente, en Francia, el art. 310 del Código Procesal Francés, establece que: «El Presidente —de la *cour d'assises*— está investido de un poder discrecional por el que puede, por su honor y conciencia, tomar las medidas que cree útiles para descubrir la verdad» (24) .

B) En los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos

Distinto camino al utilizado en la mayoría de los códigos procesales penales europeos, en los que suele permitirse la iniciativa probatoria del juez penal, es el que han recorrido diversas —y nuevas— normativas de enjuiciamiento criminal latinoamericanas, en las que suele limitarse o incluso prohibirse dicha iniciativa.

Dentro de las legislaciones prohibitivas encontramos las modernas regulaciones colombiana, nicaragüense, chilena y boliviana.

Así, en Colombia, el nuevo Código de Procedimiento Penal de 2004 prohíbe de forma tajante la iniciativa probatoria del juez en su art. 361, según el cual: «Prohibición de prueba de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio». En consecuencia, la iniciativa probatoria se atribuye sólo a las partes (arts. 374 y 357) pudiéndose intervenir el juez sólo durante la práctica de la misma (*ad exemplum*, respecto de la prueba testifical se pronuncia el art. 397). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con la Ponencia del magistrado Edgar LOMBANA TRUJILLO, aprobada por Acta n.º 28, de 30 de marzo de 2006, ha venido a limitar la rigidez de esta norma, estableciendo: «[...] 4.5. Es aquí que, en términos generales, el Juez Penal está en la obligación de acatar el art. 361 de la Ley 906 de 2004, en cuanto prohíbe decretar pruebas de oficio, pues se trata de un mandato legal que tiene razón de ser en el sistema acusatorio implementado en Colombia. Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el Juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del art. 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la «norma de normas», como lo estipula el art. 4.º constitucional. Sólo después de un ejercicio de esa naturaleza el Juez, excepcionalmente puede decretar una prueba de oficio. Este modo de discernir tiende a garantizar la realización práctica de los cometidos constitucionales en las situaciones específicas, y no conspira contra la vigencia general de la prohibición contenida en el art. 361 de la Ley 906 de 2004».

De igual modo, el nuevo Código Procesal Penal nicaragüense, que entró totalmente en vigor en 2004, establece la prohibición del juez para procurar pruebas —en su art. 10—, se produce una ausencia de normas que autoricen el interrogatorio del juzgador a testigos y peritos o la recepción de pruebas para mejor proveer, y se excluye expresamente la posibilidad de que el juez acuerde de oficio la inspección ocular —art. 310— (25) .

También el nuevo Código Procesal Penal chileno de 2000 establece el monopolio de la iniciativa probatoria a las partes acusadoras y acusada, permitiendo sólo al juez lo que puede denominarse «prueba sobre la prueba» en su art. 336.II, según el cual: «Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiera una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad».

Y en Bolivia, el art. 342 del Código de Procedimiento Penal de 1999 prohíbe la iniciativa probatoria del juez penal, indicando: «Base del juicio [...] En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir pruebas de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, la menos, una acusación».

Sin embargo, en otros estados latinoamericanos se ha optado por permitir la iniciativa probatoria del juez penal de forma excepcional. Así, en Perú, el art. 155 de su nuevo Código Procesal Penal de 2004 parte de la iniciativa de los litigantes, indicando: «[...] 2. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales [...]. 3. La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio». Pero su art. 385, excepcionalmente, permite la iniciativa judicial de oficio en estos términos: «1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedida de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o

de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo. 2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible».

En la misma línea, el art. 301 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano de 2000 establece la iniciativa probatoria del juez penal en los siguientes términos: «Otras pruebas.— El presidente tendrá la facultad de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes».

También en Venezuela, el art. 359 de su Código Orgánico Procesal Penal de 2001, de forma excepcional permite la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, indicando: «Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes».

De igual modo, en este mismo ámbito geográfico, debo destacar el «Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica», auspiciado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (26), que partiendo de una configuración acusatoria mixta del enjuiciamiento penal, prevé la iniciativa probatoria del juez penal: así, su art. 147, que inicia la regulación de las «disposiciones generales» de la prueba establece: «Objetividad, investigación judicial autónoma. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. 1. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320». Y en la misma línea, su art. 289 indica: «Prueba de oficio. En la decisión (en la que fija el día de la audiencia para celebrar el juicio y admite o rechaza la prueba propuesta), el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas».

Finalmente, en otros códigos de enjuiciamiento criminal de corte más inquisitivo se prevé de forma más amplia la iniciativa probatoria del juez penal. Así, en Argentina, el art. 356 del Código Procesal Penal de la Nación de 1991 lo prevé en los siguientes términos: «El presidente del tribunal ordenará la recepción oportuna de las pruebas ofrecidas y aceptadas. El Tribunal podrá rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante. Si nadie ofreciere prueba, el presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción»; y el art. 388 insiste: «Si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de ellos» (27). En el mismo sentido, el art. 156 del Código de Proceso Penal brasileño de 1941 establece la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* indicando: «La prueba de las alegaciones incumbirá a quien las haga; pero el Juez podrá, en el curso de la instrucción o antes de dictar sentencia, ordenar, de oficio, diligencias para resolver sus dudas sobre puntos relevantes». Y finalmente en Panamá, el Código Judicial de 1984 prevé la iniciativa probatoria del juez sentenciador en el propio acto del juicio (art. 2259) e incluso en cualquier momento antes de dictar sentencia (art. 2407).

Una vez analizado el derecho comparado paso a examinar críticamente la problemática de la iniciativa probatoria al juez penal en el ordenamiento español.

III. EL CASO ESPAÑOL

1. Regulación actual de la iniciativa probatoria del juez en el juicio oral

En el proceso penal español, la iniciativa probatoria del juez penal se reconoce, de forma excepcional, en el art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) (LECrim.). Así, la regla general es la contenida en el art. 728 LECrim (LA LEY 1/1882)., según el cual:

«No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas».

Sin embargo, el art. siguiente (729 (LA LEY 1/1882)) establece:

«Se exceptúan de lo dispuesto en el art. anterior: [...] 2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación».

2. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una doctrina por definir

El estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) nos ofrece un panorama poco clarificador: en lugar de efectuar una doctrina precisa al respecto, se limita a resolver casuísticamente cada caso concreto que se le presenta, evitando de este modo el planteamiento de una respuesta genérica al tema de la iniciativa probatoria ex officio iudicis. Y además, sobre este particular, existen tanto sentencias que la admiten como otras que la niegan, poniendo incluso en cuestión la constitucionalidad del art. 729.2.º LECrim. (LA LEY 1/1882), lo que ha conducido a la STS de 9 de mayo de 2005 (f.j. 4.º) (28) a admitir que su propia jurisprudencia es «vacilante e incluso contradictoria en ocasiones» (29) . Voy seguidamente a exponer esta errante doctrina jurisprudencial.

A) Doctrina jurisprudencial contraria a la iniciativa probatoria ex officio iudicis

No hace mucho tiempo denuncié la existencia de una doctrina jurisprudencial que, de manera errónea, impide toda iniciativa probatoria al juez penal por entender que ello atenta al principio acusatorio y al deber de imparcialidad judicial, por lo que incluso llega a cuestionarse la validez constitucional el art. 729.2.º LECrim (LA LEY 1/1882). (30) . Un buen ejemplo de esta doctrina la encontramos en la reciente STS de 2 de marzo de 2005 (LA LEY 11830/2005) (f.j. 4.º), en la que al margen del caso concreto que se le plantea —correctamente resuelto por el tribunal— efectúa unas consideraciones generales sobre dicha iniciativa judicial, cuando al hilo del interrogatorio que el tribunal efectúa directamente al acusado —que había rehusado a contestar a la acusación al amparo de su derecho fundamental a no declarar— afirma que ello es inadmisibile, pues éste:

«[...] tomó el partido de la acusación descendiendo a la arena del combate, situándose en las antípodas del modelo —acusatorio— ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 a cuyo espíritu hay que seguir siendo obediente: ... No; los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates [...]. Hay que concluir afirmando que el derecho a un juicio imparcial quedó vulnerado por la actuación ya analizada».

En esta misma línea, si bien alegando la infracción de la imparcialidad objetiva del juez, la STS de 23 de septiembre de 1995 (f.j. 2.º) (31) afirma que:

«Establecido, pues, que la aportación de prueba supliendo al Ministerio fiscal y que sea inequívocamente de cargo es en principio inconstitucional y vulnera los principios de imparcialidad objetiva del Tribunal y observancia del acusatorio [...]».

Y, de igual modo, las SSTs de 11 de mayo de 1998 (LA LEY 6504/1998) (f.j. 2.º) (32) y la de 1 de diciembre de 1993 (LA LEY 2123/1994) (f.j. único) (33) destacan que:

«[...] pierde, finalmente, el Tribunal su imparcialidad objetiva porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal en un supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria.»

En función de tales argumentaciones, se considera que la prueba practicada por el juez debe considerarse ilícita, por cuanto ha sido obtenido vulnerando el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en cuyo contenido esencial debe acogerse la exigencia de la imparcialidad judicial. Por ello, se ha considerado ilícito:

- a)** El interrogatorio del juez a los peritos (cfr. la STS de 11 de mayo de 1998 (LA LEY 6504/1998), f.j. 2.º);
- b)** El interrogatorio del juez a un testigo extemporáneamente propuesto por el Ministerio Fiscal (cfr. las SSTs de 23 de septiembre de 1995, f.j. 2.º; 1 de diciembre de 1993 (LA LEY 2123/1994), f.j. único);
- c)** O el interrogatorio del juez al acusado cuando éste se acoge a su derecho a no declarar (cfr. la STS de 2 de marzo de 2005 (LA LEY 11830/2005), f.j. 4.º).

En definitiva, como podemos comprobar, los argumentos básicos para negar la iniciativa probatoria del juez penal suelen ser la protección del principio acusatorio y de la debida imparcialidad objetiva.

B) Doctrina jurisprudencial a favor de la iniciativa probatoria ex officio iudicis

Sin embargo, frente a la doctrina jurisprudencial que acabo de exponer, existen distintas resoluciones del TS que admiten la validez constitucional del art. 729.2.º LECrim (LA LEY 1/1882). y, con ello, la iniciativa probatoria del juez penal. Así, por ejemplo, la reciente STS de 9 de mayo de 2005, en su f.j. 4.º, destaca la constitucionalidad de dicha norma que, en principio, no atenta ni al principio acusatorio ni al deber de imparcialidad judicial, siempre que la actividad probatoria del juez penal se limite a los hechos discutidos en el proceso, se empleen las fuentes probatorias que ya consten en los autos y se garantice el derecho de defensa de todas las partes (34) .

En esta misma línea, multitud de sentencias del Alto Tribunal admiten dicha iniciativa cuando se trata de lo que denomina «prueba sobre prueba», esto es, aquella «que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso [...] por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio» [cfr. el ATS de 5 de mayo de 2005, f.j. 2.º (35) ; o la STS de 16 de junio de 2004 (LA LEY 11517/2005), f.j. 4.º (36) , y la jurisprudencia a la que se remite].

Pese a la vaguedad conceptual de los términos «prueba sobre prueba», se admite la iniciativa probatoria de oficio respecto a:

- a)** La prueba documental consistente en la aportación de escritos por terceras personas [cfr. el ATS de 5 de mayo de 2005, f.j. 2.º (37)], la aportación de la resolución judicial sumarial de entrada y registro [cfr. la STS de 23 de abril de 1993 (LA LEY 3356-5/1993), f.j. 1.º (38)], la lectura de un documento sumarial cuya existencia aparece en el juicio oral [cfr. la STS de 28 de junio de 2000 (LA LEY 11115/2000), f.j. 1.º (39)], la lectura de una declaración testifical cuando no coincida con la realizada en la instrucción y así lo pongan de manifiesto las partes [cfr. la STS de 4 de noviembre de 1996 (LA LEY 242/1997), f.j. 3.º (40)], o la audición de cintas magnetofónicas sumariales cuando su transcripción escrita —documentada por el Secretario Judicial— ya consta en los autos del juicio oral [cfr. las SSTs de 26 de marzo de 2001 (LA LEY 64914/2001), f.j. 1.º (41) ; o 24 de marzo de 1999 (LA LEY 3821/1999), f.j. 1.º (42)];
- b)** La prueba pericial, para que el perito que ha efectuado un dictamen analítico oficial puede defenderlo ante su impugnación por alguna de las partes [cfr. las SSTs de 14 de noviembre de 2002, f.j. 4.º (43) ; 1 de octubre de 2002, f.j. 3.º (44) ; o la de 23 de febrero de 2000 (LA LEY 5062/2000), f.j. 5.º (45)];
- c)** El interrogatorio de testigos [cfr. las SSTs de 8 de junio de 2004 (LA LEY 13868/2004), f.j. 4.º (46) ; 17 de septiembre de 2002 (LA LEY 10211/2003), f.j. 2.º (47) ; o 22 de enero de 1992 (LA LEY 1182/1992), f.j. 1.º (48)];
- d)** O la inspección ocular [cfr. las SSTs de 9 de mayo de 2005 (LA LEY 102427/2005), f.j. 4.º; o la de 3 de febrero de 2005, f.j. 1.º (49)].

3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a favor de dicha iniciativa probatoria

La doctrina jurisprudencial del TC, si bien es cierto que evita efectuar planteamientos maximalistas o apriorísticos sobre el tema de la iniciativa probatoria del juez penal, no lo es menos que, en línea de principio, se pronuncia a favor de la misma siempre que no suponga una actividad inquisitiva encubierta.

Así, por ejemplo, en la sentencia 188/2000, de 10 de julio (LA LEY 142054/2000), encontramos este planteamiento genérico de la cuestión, afirmando en su f.j. 2.º:

«Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim (LA LEY 1/1882)., no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim (LA LEY 1/1882).), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE (LA LEY 2500/1978)). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el art. 729.2 LECrim (LA LEY 1/1882)., que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto.»

Tras este planteamiento, admite la validez de la prueba ordenada de oficio por el juez penal consistente en el interrogatorio de un testigo de los hechos enjuiciados cuya identidad surgió en el propio acto del juicio oral. Por ello, en su f.j. 3º destaca:

«En el presente, a la vista de las actuaciones queda fuera de toda duda que la propuesta probatoria de oficio que se denuncia arranca de la información obtenida en el acto del juicio oral, en donde se advierte —en lo sustancial, a partir del informe policial y del testimonio del perjudicado—, la referencia, no ocasional sino reiterada, a una persona, don Antonio Palma Ramos, que había permanecido al margen del proceso y que habría adquirido de don José Barona y del acusado los derechos sobre la opción de compra que aquéllos habían acordado inicialmente con el Banco Exterior. Ello lleva a la Juez de lo Penal, apelando a la facultad prevista en el citado art. 729.2 LECrim (LA LEY 1/1882)., a proponer la citación de la referida persona para oír su testimonio en el juicio sobre un hecho, la antedicha adquisición, admitido por las acusaciones y reconocido por el acusado. Esta propuesta judicial, a la que ciertamente se opuso el actual recurrente formulando expresa protesta por la suspensión del acto del juicio a esos efectos, contó no obstante con el respaldo de las acusaciones, pública y particular. Tras la declaración del Sr. Palma, el Ministerio Fiscal modificó su conclusión inicial y calificación del delito de estafa por la alternativa de estafa o apropiación indebida, en tanto que la acusación particular calificó los hechos como delito de estafa y otro de apropiación indebida. La Sentencia del Juzgado absolvió al acusado del delito de estafa y le condenó como autor de un delito de apropiación indebida. La Jueza rechaza la alegación de pérdida de imparcialidad derivada de la propuesta de declaración del Sr. Palma. Fundamenta este rechazo en la doctrina contenida en varias Sentencias del Tribunal Supremo relativas al art. 729.2 LECrim (LA LEY 1/1882). y en el hecho de que la cesión de los derechos sobre la opción de compra al Sr. Palma estaba perfectamente documentada en autos, habiendo sido reconocida por el propio acusado. Pues bien, cuando —como aquí es el caso— se adopta una iniciativa probatoria ex officio iudicis, no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida. Con otras palabras: no se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un Juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral —por tanto, con plena garantía de contradicción— con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo prueba en contrario, a falta de la más mínima acreditación, aun indiciaria, de que la Juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada. En definitiva: en las

circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del Juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta o signifique una toma de partido por la acusación o por la defensa.»

Y concluye esta resolución indicando que toda esta iniciativa probatorio *ex officio iudicis*, al margen de no vulnerar la debida imparcialidad judicial, tampoco vulnera el derecho de defensa de las partes, ya que se les permite intervenir contradictoriamente en la práctica de esta prueba. Así, en el mismo f.j. 3.º se afirma:

«Por lo demás, a la práctica de la controvertida diligencia probatoria no cabe oponerle ni la causación de indefensión alguna, ni el desconocimiento de las exigencias propias del principio contradictorio puesto que, propuesta la iniciativa, las partes pudieron alegar en defensa de su derecho e interés, y así lo hicieron, sin que conste que no pudiesen intervenir en la práctica de la testifical acordada de oficio para someterla a contradicción, contestándola y discutiéndola. Así pues, la pretensión deducida, por lo que a esta tacha se refiere, se ha de desestimar.»

De igual modo, la STC 130/2002, de 3 de junio (LA LEY 6258/2002), efectúa un planteamiento similar de la cuestión. Así, destaca la necesidad de evitar formulaciones maximalistas o apriorísticos sobre la materia, indicando la prudencia con la que debe actuar el juez penal en aras a evitar su actuación inquisitiva. En concreto, su f.j. 5.º afirma:

«[...] si bien no todas las irregularidades e infracciones de dicho régimen legal poseen relevancia constitucional a los efectos de las garantías del art. 24.1 (LA LEY 2500/1978) y 2 CE (LA LEY 2500/1978), no es menos cierto que, como sostuvimos en la STC 188/2000, de 10 de julio (LA LEY 142054/2000) —en la que analizamos la facultad de impulso probatorio que el art. 729.2 LECrim (LA LEY 1/1882). otorga al Juez penal, cuya doctrina es extrapolable al caso presente—, el impulso probatorio del órgano judicial (tanto de oficio como a petición de parte) puede, en ocasiones y a la vista de las circunstancias del caso, traspasar los límites que le imponen el debido respeto al principio acusatorio, en el sentido de que quien debe formular la acusación y sobrellevar la carga de la prueba inculpatoria es la acusación y no quien ha de dictar Sentencia en el proceso, menoscabando reflejamente aquella apariencia de imparcialidad objetiva que debe preservarse en todo momento (STC 186/1990, de 15 de noviembre (LA LEY 1589-TC/1991), FJ 5). Por ello debe indagarse —a la vista de los datos objetivos que quepa extraer del modo de proceder que en cada caso haya observado el órgano judicial— si tras un impulso probatorio aparentemente neutral, incluso al abrigo de lo dispuesto en el art. 729.2 LECrim (LA LEY 1/1882)., el Juez no ha emprendido en realidad sino una actividad inquisitiva encubierta. Para determinar si esto es lo que ha sucedido en el caso de autos es preciso analizar sus circunstancias particulares.» Tras este planteamiento genérico, el TC entiende que el juzgador penal de instancia no ha actuado inquisitivamente ya que la prueba de interrogatorio de dos testigos se refiere a personas cuya identidad ya consta en el juicio, por lo que difícilmente puede sostenerse que los ha buscado al margen de lo actuado perdiendo así su debida imparcialidad. En concreto, sigue indicando su f.j. 5.º que: *«[...] La suspensión del acto del juicio, formalmente basada en la incomparecencia de uno de los testigos, permitió la citación de dos nuevos testigos, agentes de la Policía, que habían intervenido en el atestado policial y por lo tanto figuraban en las actuaciones judiciales. Se trataba, pues, de dos personas ya identificadas en el proceso.»*

En esta misma línea, la STC 229/2003, de 18 de diciembre (LA LEY 296/2004), en la que tras asumir su propia doctrina, recogida en la STC 188/200, de 10 de julio (LA LEY 142054/2000) —que ya hemos analizado—, destaca la validez de las preguntas que directamente puede formular el tribunal al acusado y a los testigos para reforzar su enjuiciamiento de los hechos debatidos en el acto del juicio oral. Por ello, en su f.j. 14.ª, afirma:

«[...] lo que se reprocha al Presidente del Tribunal es haber formulado una serie de preguntas al acusado y fundamentalmente a los testigos, preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la actuación del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los Autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta. Por lo demás tampoco puede sostenerse que la formulación de tales preguntas haya generado indefensión alguna al demandante de amparo, pues pudo alegar al respecto lo que estimó oportuno en el acto de la vista. En

conclusión, cabe afirmar que ni de la formulación de las citadas preguntas, ni del contenido de las mismas pueda apreciarse la denunciada pérdida de imparcialidad judicial, debiendo ser desestimada también esta alegación.»

Finalmente, la STC 334/2005, de 20 de diciembre (LA LEY 10574/2006), en su f.j. 3.º, admite la iniciativa probatoria del juez penal siempre que tenga por objeto la comprobación de la certeza de los hechos discutidos en el proceso, por lo que entiende que con dicho límite es constitucional que el tribunal pueda ordenar el interrogatorio de testigos y del propio acusado.

En definitiva, de la doctrina del TC se deduce que, si bien es consciente que una ilimitada iniciativa probatoria del juez penal es susceptible de poner en peligro la debida imparcialidad judicial, admite la validez constitucional de dicha iniciativa, amparada en el art. 729.2 LECrim (LA LEY 1/1882)., siempre que con ello no se aprecie una actividad inquisitiva encubierta dirigida a introducir hechos distintos de los contenidos en los escritos de calificaciones o a buscar elementos probatorios más allá de las fuentes de prueba que ya le consten en el acto del juicio.

IV. OPINIÓN PERSONAL

1. Introducción: el incorrecto entendimiento del principio acusatorio y su exacerbación

Una de las primeras conclusiones que se deducen del estudio de la jurisprudencia —tanto del TS como del TC— es la ausencia de una doctrina general a tener en cuenta en orden a admitir o denegar la iniciativa probatoria del juez penal, probablemente debido al hecho de limitarse dicha jurisprudencia al estudio de cada caso concreto.

Si bien estas sentencias vienen a corregir la errónea doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, no aportan ningún razonamiento —salvo el de la propia literalidad del art. 729.2.º LECrim (LA LEY 1/1882).— para destruir el argumento referente a la infracción de la imparcialidad objetiva del juez que impide la posibilidad de atribuir iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. Por ello, seguidamente, voy a formular diversas reflexiones que nos ofrecerán una visión crítica de dicho argumento, y analizaré si el otorgamiento de iniciativa probatoria al juez es susceptible de crearle prejuicios o una toma de posición favorable por alguna de las partes, como mantienen las citadas SSTs de 11 de mayo de 1998 (LA LEY 6623/1998) y la de 1 de diciembre de 1993 (LA LEY 2122/1994). Todo ello me conducirá a concluir que estamos en presencia de una exacerbación del principio acusatorio, pues éste incide sólo sobre la delimitación fáctica del objeto a enjuiciar en el proceso penal, y la limitada iniciativa probatoria que expondré seguidamente, en ningún caso, puede alterar los hechos discutidos en el juicio oral (50) .

En primer lugar, el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada iniciativa, no se decanta ni a favor ni en contra de la acusación o de la defensa, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad pues, antes de practicar la prueba, no sabe a que parte puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna. Así, por ejemplo, si ordena una prueba pericial, no conoce cuál va a ser su resultado, o respecto a la prueba testifical ignora la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria únicamente puede encontrarse en la búsqueda de la debida convicción judicial para así poder otorgar una efectiva tutela de los intereses en litigio, por lo que debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil.

En segundo lugar, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica, hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar un medio probatorio (arts. 659.I (LA LEY 1/1882) y 792.I LECrim. (LA LEY 1/1882)), o de hacer preguntas a los testigos (art. 708.II de la LECrim. (LA LEY 1/1882)) (51) , a los peritos (STS de 6 de abril de 1994, f.j. 8.º) (52) o al propio acusado (STS de 28 de mayo de 1992, f.j. 4.º) (53) . A mi entender, el peligro de pérdida de la imparcialidad objetiva se encontraría también latente en todas estas actuaciones de oficio del juez y, sin embargo, nadie discute su

constitucionalidad.

En tercer lugar, postular la protección de la imparcialidad como fundamento de la inactividad probatoria del juez penal, y otorgar a la vez iniciativa probatoria a jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente a los del orden contencioso-administrativo (art. 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LA LEY 2689/1998)), laboral (con las diligencias para mejor proveer exart. 88 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (LA LEY 1444/1995)), y civil (con las diligencias finales exart. 435.2 LEC (LA LEY 58/2000)), significa reconocer y legitimar que estos jueces pueden ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba, conclusión ésta por nadie compartida.

En cuarto lugar, resulta de interés destacar un argumento de derecho comparado. Como he indicado anteriormente, en el ámbito europeo —Alemania, Italia, Portugal, Francia, etc.— se permite una considerable intervención activa del juzgador penal en orden a la práctica de aquellos medios de prueba que estime necesarios, sin que por ello pueda, bajo ningún concepto, afirmarse que haya desaparecido la imparcialidad de tales jueces. Este modelo de juez activo contrasta con la del juez penal anglosajón, pasivo e inerte, si bien ello, probablemente, se debe no tanto a la opción consciente del legislador de apostar por un modelo u otro de juez, sino como indica HERNÁNDEZ GARCÍA, de la diferente perspectiva que condiciona la actuación del juez anglosajón: éste es el señor del proceso, pero no de la decisión, la cual se transfiere al jurado, por lo que la nítida disociación entre corte y jurado tiende a producir dicha pasividad (54) .

Finalmente, en quinto lugar, podría objetarse a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición —aun inconsciente— del juez penal a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados *ex officio*. Si bien ello excepcionalmente es posible, la solución a este temor viene dada por la vía de los recursos que contra toda sentencia proceden, basándose en la errónea apreciación de la prueba.

Todas estas reflexiones sumariamente expuestas (55) , me conducen a la conclusión de que, en principio, *el otorgamiento de cierta iniciativa probatoria al juez penal no supone infracción alguna a su debida imparcialidad objetiva. Sin embargo, el juez sentenciador no puede libremente buscar cualquier elemento probatorio al margen de los datos conocidos en el acto del juicio oral pues, de lo contrario, de actuar inquisitivamente, sí podrá poner en peligro su imparcialidad. Por ello, para que el órgano jurisdiccional pueda ejercitar la facultad del art. 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) es necesario que consten ya en los autos las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria. A mi entender, sólo de esta forma se evita que el juez, actuando inquisitivamente, pierda su objetividad.*

Planteado así el problema de la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, puede lograrse la justa y equilibrada solución al mismo, evitando respuestas radicales sobre el particular. En esta búsqueda de la justa y equilibrada solución deberemos plantearnos, en primer lugar, cuál es el fundamento que justificaría una eventual iniciativa probatoria; en segundo lugar, qué derechos fundamentales de las partes pueden verse comprometidos con una ilimitada iniciativa probatoria *ex officio iudicis*; y, finalmente, en tercer lugar, qué límites deben imponerse a dicha iniciativa para evitar la vulneración de tales derechos fundamentales. A ello responde los siguientes epígrafes de mi estudio.

2. Fundamento de una limitada iniciativa probatoria del juez penal

El fundamento que justifica la iniciativa probatoria del juez penal se encuentra en el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en el art. 1 CE (LA LEY 2500/1978), así como en el deber del Juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el art. primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la «justicia», que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La «Justicia», como valor superior del ordenamiento jurídico representa, en palabras de PECES-BARBA, un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico (56) , por lo que si existe un interés

público en que el resultado del proceso sea «justo», el Estado debe poner al servicio de quienes lo dirigen los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin.

El problema radica en dotar de contenido o significado al valor «Justicia», pues su ambigüedad y falta de concreción puede «propiciar un cierto decisionismo judicial» (57) . El profesor Kelsen concluye su ensayo ¿Qué es Justicia? (58) poniendo de manifiesto el carácter relativo del término «Justicia», ya que varía en función del momento histórico-cultural en el que nos situemos, y formula su concepción del mismo con estas palabras: «Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad». En esta búsqueda de la verdad (59) , respetando rigurosamente todos los derechos y garantías recogidos en nuestra Carta Magna, entiendo que puede justificarse la atribución judicial de cierta iniciativa probatoria. Es verdad que las limitaciones propias del hombre hacen que éste no siempre pueda alcanzar la tan preciada «Justicia», pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones (60) . Como indica TARUFFO, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial», ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre la determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa (61) . Además —como advierte este autor— todo ello no es incompatible con la teoría según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontraremos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso (62) .

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su art. 24.2 (LA LEY 2500/1978) el derecho fundamental de toda persona a obtener una *efectiva* tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y respecto de los cuales determinará el derecho. En consecuencia, si el objeto de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen el derecho a unos concretos hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. Sin duda alguna, esta búsqueda de la Justicia se encuentra ínsita en diversos preceptos de la LECrim. que obligan al Tribunal sentenciador a descubrir la denominada verdad «material» o «histórica». Sin embargo, debido a la vigencia del principio acusatorio, la mencionada «verdad» se circunscribe a la realidad fáctica acotada en los escritos de calificación (63) . Ello ha dado pie a que algunos autores defiendan los conceptos de «verdad procesal» o «verdad judicial», como aquella a la que todo proceso intenta llegar con base en lo que en él consta y se discute (64) . No obstante, el concepto de «verdad», con los adjetivos que se le quieran atribuir, como fin de todo proceso, es equívoco, por lo que es preferible acudir a otros conceptos, como los de «convencimiento judicial»: así, la finalidad de la prueba, y por ello del proceso, no es lograr la verdad, sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de la realidad fáctica que integra el objeto del proceso. Por esta razón, el art. 729.2.º LECrim (LA LEY 1/1882)., plenamente respetuoso con el principio acusatorio, indica como fin de la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* «la comprobación de cualquier de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación» (65) (66) .

En conclusión, a la luz de las previsiones constitucionales que acabo de analizar, puede fundamentarse jurídicamente la posibilidad de otorgar al juez penal la necesaria iniciativa probatoria en orden a facilitarles el correcto ejercicio de la función jurisdiccional que el art. 113 CE (LA LEY 2500/1978) les ha encomendado, si bien ello debe ser respetuoso con otros derechos proclamados igualmente en dicho texto constitucional, y que seguidamente paso a analizar.

3. Derechos que pueden verse afectados por una ilimitada iniciativa probatoria del juez penal

Una ilimitada iniciativa probatoria del juez penal puede comportar la vulneración del principio acusatorio y de algún derecho fundamental de las partes. En concreto, respecto del principio acusatorio, puede

infringirse cuando con la práctica de la prueba se introduzcan hechos distintos de los que conforman los escritos de calificación y han sido discutidos en el proceso. Como he indicado al inicio de este estudio, los hechos por lo que se formula acusación sólo pueden introducirse por actividad de las partes.

También puede comprometerse la debida imparcialidad judicial si la actividad probatoria va más allá de las fuentes de prueba que ya le constan en el acto del juicio, pues es lógico pensar que, en este caso, estará actuando inquisitivamente, al utilizar fuentes de prueba que no debería conocer al margen de lo practicado en el acto del juicio.

Y, finalmente, el debido respeto al derecho de defensa de las partes, exige que, de ordenarse la realización de una prueba de oficio, deba garantizarse el derecho de defensa, pudiendo las partes no sólo participar contradictoriamente durante su práctica, sino también solicitar aquellas otras pruebas que estimen más adecuadas para la defensa de sus intereses.

4. Límites de dicha iniciativa probatoria

En función de los razonamientos que acabo de realizar, entiendo que la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* debe tener tres límites que responde a la necesidad de proteger la debida vigencia del principio acusatorio y otros derechos fundamentales de las partes:

a) En primer lugar, la prueba debe ceñirse a los hechos objeto de discusión en el juicio oral. El principio acusatorio comporta la plena vinculación del juzgador penal a los elementos fácticos alegados en los escritos de calificación, esto es, la imposibilidad de alterar los hechos configuradores del proceso penal. En consecuencia, las partes son las que deben traer al juicio oral todo el material fáctico, no pudiendo el juez realizar ninguna actividad tendente a investigar o aportar otros hechos, ni fallar alterándolos. Los hechos punibles deben permanecer inmutables a partir del inicio del juicio, sin que en el mismo pueda darse entrada a hechos nuevos esenciales, ya que como recuerda la STC 161/1994, de 23 de mayo (LA LEY 13330/1994) (f.j. 2.º), se impone la necesidad de que «la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado [...] puesto que el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma, ni sobre los cuales, por tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse», para seguir indicando que el debate procesal «vincula al juzgador penal, en cuanto no podrá pronunciarse sobre los hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación».

Por otro lado, si la actividad probatoria practicada revela hechos esenciales no aducidos por las partes, que producen una alteración sustancial del objeto sometido a enjuiciamiento, deberá decretarse la suspensión del juicio para que se proceda, de acuerdo al art. 746.6 LECrim (LA LEY 1/1982), a la realización de la pertinente información suplementaria.

En definitiva, como puede comprobarse, este primer límite tiene por objeto salvaguardar la vigencia del principio acusatorio.

b) En segundo lugar, es preciso que consten en el juicio las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria. A mi entender, sólo de esta forma se evita que el juez, actuando de un modo inquisitivo, pierda su imparcialidad. Así, respecto a la prueba testifical, la presencia de un tercero que pueda tener conocimiento de datos relevantes para el juicio y cuya identidad se revele en este acto; acerca de la prueba documental, la existencia de un documento que aparezca citado en el juicio; con referencia a la prueba pericial, la concurrencia de hechos para cuya verificación se requieren conocimientos técnicos-especializados; en relación a la prueba de reconocimiento o inspección judicial, la individualización por las partes del objeto a examinar directamente por el juzgador; y por lo que se refiere a la declaración del acusado, su práctica *ex officio* se condiciona a que éste no ejerza su derecho constitucional a no declarar (67) .

Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del tribunal sentenciador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a comprobar o verificar hechos que ya constan en el juicio y sólo mediante fuentes de prueba que igualmente le son revelados en dicho momento procesal.

c) Y, finalmente, en tercer lugar, es necesario que en desarrollo de la prueba practicada a instancia del juez se respete escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de cualquier medio probatorio. Así, como destaca ORTELLS RAMOS, la práctica de la prueba *ex officio* debe comportar para las partes la posibilidad tanto de intervenir realmente en su realización como de admitirles aquella prueba que estimen necesaria para poder contradecir los eventuales resultados de la prueba ordenada de oficio.

Todos estos límites, que hace una década indique como los que necesariamente deben articularse para evitar toda crítica negativa a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* (68) , son los que actualmente recoge la doctrina del TC para legitimar dicha actuación judicial (69) .

V. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar, si bien es cierto que es difícil hacer planteamientos maximalistas o apriorísticos sobre la iniciativa probatoria del juez penal, entiendo que es posible mantener las siguientes conclusiones:

PRIMERA: En un modelo de proceso penal acusatorio lo relevante es que la acusación la formule y mantenga un órgano distinto del juez, pues lo que pretende es protegerse la necesaria imparcialidad judicial. Por ello, en principio, la iniciativa probatoria del juez penal sobre los hechos que conforman una acusación que le es ajena no afecta al principio acusatorio, como tampoco afecta al principio dispositivo una limitada iniciativa probatoria del juez civil.

SEGUNDA: En el ámbito del derecho comparado, y respecto a los modernos códigos procesales penales —europeos y latinoamericanos— inspirados por el principio acusatorio, se prevé la iniciativa probatoria del juez penal con diversa intensidad: existen códigos que niegan dicha iniciativa (los de Bolivia, Chile, Colombia o Nicaragua); otros la permiten con carácter excepcional (los de Italia, Perú o Venezuela); y otros, en cambio lo prevén de manera general (los de Alemania, Ecuador, Holanda o Portugal). En España, donde se encuentra vigente todavía una decimonónica ley de enjuiciamiento criminal, regida por un sistema acusatorio formal o mixto, también se prevé dicha iniciativa si bien con carácter excepcional.

TERCERA: Concebir la imposibilidad de atribuir cualquier actividad probatoria al juez como una manifestación del principio acusatorio es sólo el resultado de una evolución —doctrinal y jurisprudencial— poco reflexiva que, pretendiendo incorporar el máximo de garantías de imparcialidad del juzgador, ha olvidado que el proceso es el instrumento que poseen los jueces y tribunales para llevar a cabo su función jurisdiccional (art. 117.1 CE (LA LEY 2500/1978)), por lo que es del todo inadecuado no atribuirles las facultades necesarias que, sin menoscabar ningún derecho fundamental de las partes, les permitan cumplir justa y eficazmente la citada función jurisdiccional.

CUARTA: La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez penal en el acto del juicio oral es constitucional, encontrando su fundamento en el valor justicia (art. 1 CE (LA LEY 2500/1978)) y en el derecho a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)). Además no vulnera ni el principio acusatorio ni los derechos al juez imparcial y a la defensa de las partes. Probablemente por ello, se encuentra prevista expresamente en la mayoría de los ordenamientos procesales penales europeos y latinoamericanos.

QUINTA: Sin embargo, una ilimitada iniciativa probatoria *ex officio iudicis* puede poner en peligro el principio acusatorio, así como los derechos fundamentales de las partes a un juez imparcial y a la defensa. Por ello, entiendo que tal iniciativa debe limitarse en los siguientes términos:

- a)** En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe ceñirse a los hechos alegados en los escritos de calificaciones y discutidos en el juicio oral. Con este límite se protege la plena vigencia del principio acusatorio.
- b)** En segundo lugar, es menester que al juez le consten ya las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar su posterior actividad probatoria. Con este límite se protege la debida imparcialidad del juez, ya que sólo de esta forma se evita que actúe de un modo inquisitivo, buscando elementos probatorios al margen de los que ya constan en los autos.

c) Y, finalmente, es preciso que se permita a las partes participar en la práctica de esta prueba y poder contradecirla. Con este límite se protege escrupulosamente el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de cualquier medio probatorio.

SEXTA: Un proceso penal no es más acusatorio o más garantista si niega la iniciativa probatoria del juez; lo que sí será, probablemente, es menos eficaz. Por ello, debe buscarse el justo equilibrio entre el debido garantismo procesal y la obtención de la máxima eficacia de la justicia penal, objetivo que puede alcanzarse con la iniciativa probatoria del juez penal indicada en la conclusión anterior.

SÉPTIMA: En función de lo antedicho, el juez penal debería poder ordenar la prueba testifical o documental si la presencia del tercero o del documento, respectivamente, ha sido revelada durante el acto del juicio; acerca de la prueba pericial es preciso la concurrencia de hechos discutidos en el juicio oral para cuya verificación se requieran conocimientos técnicos-especializados; con referencia a la prueba de reconocimiento o inspección ocular, es necesaria la individualización por las partes del objeto sobre el que recaiga el examen directo del juez; y en relación a la declaración del acusado, ello es posible cuando éste no se ha acogido en el acto del juicio a su derecho fundamental a no declarar.

(1)

El presente trabajo constituye mi Ponencia presentada al «XXVII Congreso Internacional de Derecho Procesal» celebrado en Cartagena de Indias (Colombia) del 5 al 7 de septiembre de 2006.

Ver Texto

(2)

Vid. mis trabajos *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, editorial J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 1998; *La imparcialidad objetiva del juez a examen*, LA LEY, 1998, T. I, págs. 2001 a 2018; *El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial*, en LA LEY, 1999, T. V, págs. 1928 a 1931; «Principio acusatorio e iniciativa probatoria del juez penal. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) de 23 de septiembre de 1995» en *Revista General del Derecho*, 1999, núm. 656, mayo, págs. 6009 a.6012 y *Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal*, en *Justicia*, 1996, núm. 1, págs. 145 a 181.

Ver Texto

(3)

De igual modo, *vid.* sus sentencias 60/1995, de 17 de marzo (f.j. 3.º) 99/1992, de 22 de junio, f.j. 2.º; entre otras muchas. Respecto de la doctrina del TC, *vid.* mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, edit. J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 109 a 115; y más recientemente la obra dirigida por ORTELLS y TAPIA, *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 207 a 210 y 1039 a 1086.

Ver Texto

(4)

El principio acusatorio ha merecido una especial atención monográfica por parte de la doctrina procesal española: así *vid.*, por orden de publicación, las obras de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de*

Enjuiciamiento Criminal, T. I, vol. II, edit. Bosch, Barcelona, 1951, págs. 167 a 207 y 286 a 317; ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, edit. Trivium, Madrid, 1991; VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 1994; MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, edit. Comares, Granada, 1994; RUIZ VADILLO, E., «El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo», edit. *Actualidad Civil*, Madrid, 1994; ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y derecho penal*, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 1995; DÍAZ CABIALE, J. A., *Los principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad judicial*, edit. Comares, Granada, 1996; GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Acusación y defensa en el proceso penal*, edit. Bosch, Barcelona, 2004; y GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

Ver Texto

(5)

Al respecto, *vid.* el epígrafe III.C de este estudio.

Ver Texto

(6)

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, edit. Trotta, Madrid, 1995, pág. 93.

Ver Texto

(7)

En este mismo sentido, *vid.* MONTERO AROCA, J. (en AA. VV.), *Derecho Jurisdiccional*, T. I, 14.^a edic., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 375; o GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 180-181.

Ver Texto

(8)

Ob. cit., págs. 610-611.

Ver Texto

(9)

Al respecto, *vid.* ampliamente, GÓMEZ COLOMER, J. L., «El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes», en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, págs. 256 a 258; y *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, edit. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 49 a 71 y 171; y BOSS, H., «Alemania», en *Sistemas de proceso penal en Europa*, director R. Maciá Gómez, edit. CEDECS, Barcelona, 1998, pág. 23.

Ver Texto

(10)

Vid. sobre el particular NICASTRO, G. M., «Sistema procesal italiano», en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pág. 112; y SPATARO, A., «Italia», en *Sistemas de proceso penal en Europa*, director R. Maciá Gómez, edit. CEDECS, Barcelona, 1998, págs. 233-234.

Ver Texto

(11)

DE MORAES ROCHA, J. L. y CONDE CORREIA, J., «Sistema de procedimiento penal portugués», en *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, págs. 202 y 217. De igual modo, *vid.* LEONES DANTAS, A., «Portugal», en *Sistemas de proceso penal en Europa*, director R. Maciá Gómez, edit. CEDECS, Barcelona, 1998, págs. 315-316.

Ver Texto

(12)

NOORDHOEK, E. W., «Holanda», en *Sistemas de proceso penal en Europa*, director R. Maciá Gómez, edit. CEDECS, Barcelona, 1998, pág. 193.

Ver Texto

(13)

Al respecto, como destaca GÓMEZ COLOMER, este Código «realiza una apuesta clara y decidida a favor del principio acusatorio. No sólo porque lo consagra expresamente en el art. 10, dentro del Título Preliminar dedicado a los principios y garantías procesales, sino también porque lo hace efectivo a lo largo de todo su articulado» (*Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*, AA. VV., coordinadores GÓMEZ COLOMER, J. L., y TIJERINO PACHECO, J. M., 2.^a edic., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 65-66).

Ver Texto

(14)

De esta forma se pronuncia IMAÑA ARTEAGA, R., «Informes Nacionales- Bolivia», en *Las reformas procesales penales en América Latina*, coord. julio B. J. MAIER, Kai AMBOS y Jan WOISCHNIK, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, págs. 98 y 102.

Ver Texto

(15)

Al respecto, *vid.* GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., «Informes Nacionales-Costa Rica», en *Las reformas procesales penales en América Latina*, ob. cit., págs. 269-270.

Ver Texto

(16)

Así se pronuncian GUARIGLIA, F. y BERTONE, E., «Informes Nacionales-Argentina», en *Las reformas procesales penales en América Latina*, ob. cit., págs. 52 y 64-65.

Ver Texto

(17)

En estos términos opina HASSAN CHOUKR, F., «Informes Nacionales-Brasil», en *Las reformas procesales penales en América Latina*, ob. cit., pág. 145.

Ver Texto

(18)

Así, *vid.* FUENTES RODRÍGUEZ, A., *Manual de Derecho Procesal Penal Panameño*, Universidad de Panamá, 2006, págs. 35-36.

Ver Texto

(19)

Una relevante excepción la encontramos en los países del *Common Law*, en los que, como destaca TINOCO PASTRANA (*Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 46-47), impera la idea del «proceso de partes adversas, donde el juez ostenta la posición de árbitro o moderador de la *litis*», lo que conduce a que la propia doctrina anglosajona en lugar de hablar de sistema o principio acusatorio emplee otras expresiones como *adversary system* o *adversarial procedure*. Sin embargo, MUÑOZ NEIRA pone en evidencia la diferencia entre «sistema adversativo y acusatorio»: mientras que el «sistema adversatorio» significa «que existe una división de responsabilidades entre quien toma la decisión y las partes», por lo que la «responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinente es de las partes adversarias», el «sistema acusatorio» significa «que la carga de probar la responsabilidad del procesado, más allá de una duda razonable, está en cabeza del acusador» (*Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, edit. Legis, Bogotá, 2006, págs. 128 y 130).

Ver Texto

(20)

Este deber, como indica PETERS, ha de ejercitarse aunque sean muy escasas las posibilidades de lograr una mayor convicción del juez penal (*Strafprozess*, 4.^a edic., edit. C. F. Müller, Heidelberg, 1985, pág. 305).

Ver Texto

(21)

Esta iniciativa probatoria del juez penal ha motivado un gran debate doctrinal entre los procesalistas penales italianos, y ha originado una polémica que ha llegado a plantearse ante la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione*, resolviéndose a favor de la legitimidad del citado precepto. Al respecto, me remito a la bibliografía y jurisprudencia analizada en mi trabajo *Reflexiones...*, ob. cit., págs. 146 a 148, a la que debe añadirse —por publicarse con posterioridad— los estudios de NICASTRO, G. M., ob. cit., págs. 112 y 150; o SPATARO, A., ob. cit., pág. 260.

Ver Texto

(22)

De igual modo, *vid.* sus arts. 323 y 327.

Ver Texto

(23)

NOORDHOEK, E. W., ob. cit., pág. 202.

Ver Texto

(24)

Y en la misma línea, cfr. los arts. 156.I (poder del Juez de acordar de oficio la prueba pericial) y 456 (poder del tribunal *correctionnel* de ordenar de oficio «las pruebas útiles para la comprobación de la verdad»); lo que motiva que DERVIEUX destaque que en todo el sistema procesal penal francés «la búsqueda de la prueba de una infracción incumbe al Ministerio Fiscal y a la policía, así como al Juez que conoce del asunto: el Juez de instrucción y la sala de acusación, el tribunal de jurado —*cour d assises*— (y su presidente), el tribunal *correctionnel* y el tribunal *de police*» («El sistema francés», en *Procesos penales de Europa*, dirigido por M. DELMAS-MARTY y traducción de MORENILLA ALLARD, edit. EDIJUS, Zaragoza, 2000, pág. 308).

Ver Texto

(25)

Así lo destaca TIJERINO PACHECO, J. M., *Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense*, AA. VV., coordinadores GÓMEZ COLOMER, J. L., y TIJERINO PACHECO, ob. cit., pág. 295.

Ver Texto

(26)

Este Código puede consultarse en www.iidp.org/index.cgi.

Ver Texto

(27)

Al respecto, GUARIGLIA y BERTONE indican: «El juicio es dirigido por el presidente del tribunal, quien acumula las facultades de dirección y poder de policía y disciplina. Es él también quien interroga al imputado, a los testigos, peritos e intérpretes; el fiscal, las otras partes y los defensores sólo pueden formular preguntas con la autorización del presidente, y en el momento en que éste considere oportuno (C.P.P. 389)» (ob. cit., págs. 55-56).

Ver Texto

(28)

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Juanes Peces.

Ver Texto

(29)

Esta misma opinión la encontramos en la STS de 26 de diciembre de 2002, f.j. 3.º, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García.

Ver Texto

(30)

Me refiero a mis trabajos *Reflexiones...*, ob. cit, págs. 145 y ss.; y *Principio acusatorio ...*, ob. cit., págs. 6009 y ss.

Ver Texto

(31)

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández Cid.

Ver Texto

(32)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

[Ver Texto](#)

(33)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moyna Ménguez.

[Ver Texto](#)

(34)

De igual modo, cfr. la STS de 26 de diciembre de 2002 (f.j. 3.º).

[Ver Texto](#)

(35)

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

[Ver Texto](#)

(36)

Ponente: Excmo. José Aparicio Calvo-Rubio.

[Ver Texto](#)

(37)

Este auto se refiere a la remisión por parte de la policía de la ficha del acusado para comprobar su altura.

[Ver Texto](#)

(38)

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

[Ver Texto](#)

(39)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio.

[Ver Texto](#)

(40)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto.

[Ver Texto](#)

(41)

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

[Ver Texto](#)

(42)

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García.

[Ver Texto](#)

(43)

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

[Ver Texto](#)

(44)

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

[Ver Texto](#)

(45)

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

[Ver Texto](#)

(46)

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

Ver Texto

(47)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio.

Ver Texto

(48)

LA LEY JURIS: 1188/1992.

Ver Texto

(49)

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

Ver Texto

(50)

Para un completo estudio crítico de las diversas objeciones que pueden formularse respecto de la iniciativa probatoria del juez penal, me remito a mi artículo *Reflexiones...*, ob. cit., págs. 145 y ss.

Ver Texto

(51)

La STS de 31 de mayo de 1999 (LA LEY, 1999, 7430, Ponente: Excmo. Sr. D. Conde-Pumpido Tourón) al analizar la posibilidad del juzgador de dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren afirma en el f.j. 6.º que se trata de una «facultad que, utilizada moderadamente, no afecta a la imparcialidad del presidente, ni en los juicios ordinarios ni en los juicios con jurado, y puede permitir aclarar algún aspecto del testimonio que haya resultado confuso».

Ver Texto

(52)

LA LEY JURIS: 3054/1994.

Ver Texto

(53)

laleydigital.es

LA LEY JURIS: 2222/1992.

Ver Texto

(54)

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico y decisión judicial: ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?», en *Jueces para la Democracia*, n.º 54, noviembre, 2005, pág. 80, quien para sustentar su tesis utiliza las obras de NOBILI, M., «Verità e dibattito», en *Scenari e trasformazioni del processo penale*, edit. CEDAM, Padova, 1998, págs. 50 a 60; GARAPON, A., y PAPADOPOULOS, I., *Juger en Amérique et en France*, edit. Odile Jacob, Paris, 2003, págs. 96 a 103.

Ver Texto

(55)

Que se encuentran debidamente desarrolladas en mi trabajo *Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal*, ob. cit., págs. 157 y ss.

Ver Texto

(56)

PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, edit. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 118.

Ver Texto

(57)

Así, PRIETO SANCHÍS, L., «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 11, junio, 1984, pág. 86. En sentido análogo, PECES-BARBA, destacando el carácter ambiguo del valor «Justicia» (ob. cit., págs. 118, 119, 141, 144 y 148) indica que el mismo puede «potenciar un judicialismo indeseable» (ob. cit., pág. 147). Señalan igualmente este carácter ambiguo de los valores superiores del ordenamiento jurídico FREIXES SANJUÁN, T., y REMOTTI CARBONELL, J. C., «Los valores y principios en la interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1992, pág. 107; y ESCUSOL BARRA, E., «La Justicia en cuanto «valor superior» y estructura del Estado», en *Temas constitucionales de actualidad*, AA. VV., Colección Jurídica, edit. EUNSA, Navarra, 1993, págs. 67 y ss.

Ver Texto

(58)

Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto a otros ensayos del mismo autor, se encuentra traducido al castellano por A. CALSAMIGLIA en la obra *¿Qué es Justicia?*, edit. Ariel, Barcelona, 1991 (págs. 35 a 63).

laleydigital.es

Ver Texto

(59)

Esta «verdad», o mejor dicho «convencimiento judicial» —como indicaré más adelante—, se encuentra mediatizada, en virtud del principio acusatorio, por los relatos fácticos de los respectivos escritos de calificación de las partes, por lo que el juez debe buscar su convencimiento sólo sobre tales hechos.

Ver Texto

(60)

Esta línea argumental la encontramos recogida en diversas resoluciones de nuestro TC con referencia a la iniciativa probatoria *ex officio* del juez civil. Así, por ejemplo, en su auto 251/1984, de 25 de abril (f.j. 2.º), afirma: «En definitiva, no puede olvidarse que la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil [el TC, obviamente, se está refiriendo más que al principio dispositivo, al de aportación de parte] no es de carácter absoluto ya que tiene límites, establecidos por el legislador, *con objeto de facilitar que los Jueces y Tribunales puedan dictar una resolución de fondo que lleve a cabo una justa composición de los intereses en presencia, lo que es plenamente congruente con uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, la justicia, consagrado por el art. 1 de la Constitución*; y que uno de tales límites es, precisamente, el de las diligencias para mejor proveer» (la cursiva es mía).

Ver Texto

(61)

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, edit. Giuffrè, Milano, 1992, pág. 43. De igual modo, *vid.* BULYGIN, E., «Sull interpretazione giuridica», en *Analisi e diritto*, 1992, pág. 25; y PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideologías en las pruebas de oficio*, edit. TEMIS, Bogotá, 2004, págs. 4 a 8.

Ver Texto

(62)

Ob. cit., pág. 44. En sentido análogo, cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 312.

Ver Texto

(63)

La idea de una «verdad material» postula un modelo de enjuiciamiento incompatible con el principio acusatorio. Así, cfr. GIULIANI, A., «Prova (filosofía)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, edit. Giuffrè, Milano, 1988, pág. 526; y DIDI, A., *Processo di parti ed esigenze dell accertamento penale*, en *La Giustizia Penale*, IV/1994, pág. 191.

Ver Texto

(64)

Así, PISANI, M., *La tutela penale delle prove formate nel processo*, edit. Giuffrè, Milano, 1959, pág. 28; y UBERTIS, G., «La ricerca della verità giudiziale», en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, AA. VV., edit. Giuffrè, Milano, 1992, págs. 1 a 4.

Ver Texto

(65)

En este sentido, *vid.* GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, edit. Civitas, Madrid, 1981, pág. 203; ORTELLS RAMOS, M., *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, en *Justicia*, IV/1991, pág. 797; MONTERO AROCA, J., *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, en *Justicia*, IV/1992, pág. 785 (aunque este autor ha cambiado su opinión); VERGER GRAU, J., *ob. cit.*, pág. 134; ARMENTA DEU, T., *ob. cit.*, págs. 52-53; DÍAZ CABIALE, J. A., *ob. cit.*, pág. 35; o GONZÁLEZ NAVARRO, A., *ob. cit.*, pág. 145.

Ver Texto

(66)

Este constituye el argumento que la *Corte Costituzionale italiana* utiliza en sus sentencias 111/1993, de 22 de marzo, y 241/1992, de 3 de junio, para mantener la constitucionalidad del art. 507 del *Codice di procedura penale*, en el que recordemos se atribuye iniciativa probatoria al juez penal. Así, en la primera sentencia (ff. jj. 7.º y 8.º) destaca: «El fin primero e indudable del proceso penal no puede ser otro que el de la búsqueda de la verdad [...] es sobre todo del art. 507 que se deduce la inexistencia de un poder dispositivo de las partes en materia probatoria [...] confiere al juez el poder-deber de integración, incluso de oficio, de las pruebas en las hipótesis en que la falta o insuficiencia, por cualquier razón, de la iniciativa de las partes impida al juicio oral realizar la función de asegurar el pleno conocimiento judicial de los hechos que constituyen el objeto del proceso, esto es, consentirle alcanzar una justa decisión».

Ver Texto

(67)

En este caso, se plantea la duda de si el juez puede ordenar de oficio la lectura de la declaración del acusado realizada durante la instrucción penal, pues el art. 730 LECrim. atribuye dicha posibilidad «a cualquiera de las partes». Al respecto, debo destacar que, con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español permite que las partes acusadoras puedan pedir dicha lectura, que podrá desvirtuar válidamente la presunción de inocencia si la declaración inicial se realizó en presencia judicial y con asistencia de su letrado y concurre con otros medios de prueba [sobre este aspecto, *vid.* los recientes estudios de MAGRO SERVET, V., «El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción», en *Diario LA LEY*, n.º 6421, 14 de febrero de 2006, págs. 1 a 5; y ORTEGO PÉREZ, F., «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (interpretación jurisprudencial del ius tacendi)», en *Diario LA LEY*, n.º 6418, 9 de febrero de 2006,

laleydigital.es

págs. 1 a 7].

[Ver Texto](#)

(68)

En este sentido, *vid.* mi trabajo *Reflexiones ...*, ob. cit., págs. 174 a 178.

[Ver Texto](#)

(69)

Así, a modo de ejemplo, me remito a la STC 188/2000, de 10 de julio (f.j. 2.º).

[Ver Texto](#)