

INDICE

LECCIÓN 1:

1. EL CONFLICTO JURÍDICO PENAL.
2. EL MODELO DE PROCESO PENAL DEMOCRÁTICO.
3. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO.
4. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL.
5. LAS PARTES EN CONFLICTO.
6. LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRETENSIÓN Y AL DERECHO MATERIAL SUBYACENTE

LECCIÓN 2:

EL PRINCIPIO ACUSATORIO

LECCIÓN 3:

EL CONTROL POR EL JUEZ DE SENTENCIA DEL MATERIAL PROBATORIO APORTADO POR LAS PARTES. LA FORMACIÓN DEL MATERIAL FÁCTICO EN EL PROCESO. APOR-TACIÓN DE INVESTIGACIÓN

LECCIÓN 4:

1. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.
2. LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

LECCIÓN 5.

MEDIOS DE PRUEBA EN CONCRETO

LECCIÓN 6:

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

LECCIÓN 7.

1. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO. LA NECESIDAD DE LA FORMA PROCEDIMENTAL.
2. LA FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES: ORALIDAD Y ES-CRITURA.
3. I N M E D I A C I Ó N.
4. C O N C E N T R A C I Ó N.
5. P U B L I C I D A D

LECCIÓN 8:

EL JUICIO ORAL. PLANTEAMIENTO TEÓRICO GENERAL

LECCIÓN 9:

LA PREPARACIÓN DEL JUICIO. SEÑALAMIENTOS, CITACIONES, OTRAS CUESTIONES DE OFICINA. JUICIOS COMPLEJOS

LECCIÓN 10:

RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PRELIMINARES. RECUSACIONES, EXCEPCIONES Y NULIDADES

LECCIÓN 11:

DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA UTILIZABLE. ADMISIÓN Y RECHAZO DE PRUEBAS. UTILIDAD PROBATORIA Y JUICIO DE LICITUD

LECCIÓN 12:

EL SEÑALAMIENTO. LA CONFORMIDAD. LA DEPURACIÓN DEL FRAUDE. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO PROCESAL

LECCIÓN 13:

LA APERTURA DEL DEBATE. CALENDARIO DE JUICIOS COMPLEJOS. EL DESARROLLO DEL DEBATE. PRESENTACIÓN DEL CASO POR LAS PARTES

LECCIÓN 14:

LAS TÉCNICAS DE INTERROGATORIO, LA DIRECCIÓN DE LA AUDIENCIA

LECCIÓN 15:

LA EVENTUALIDAD DE INCIDENTES. SU RESOLUCIÓN INMEDIATA Y DIFERIDA A LA SENTENCIA

LECCIÓN 16:

LA PRÁCTICA DE PRUEBAS. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. INTERROGATORIO INICIAL POR LAS PARTES Y POR EL TRIBUNAL. EL COIMPUTADO Y SU DECLARACIÓN

LECCIÓN 17:

INTERROGATORIO DE LA VÍCTIMA, TESTIGOS Y PERITOS EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL HONDUREÑO. PRINCIPALES CAUSAS DE NULIDAD DE ACTUACIONES

LECCIÓN 18:

EL TESTIMONIO: CASOS ESPECIALES DE MENORES, VÍCTIMAS DE AGRESIÓN SEXUAL, TESTIGOS PROTEGIDOS. LOS CAREOS. LA PERICIA

LECCIÓN 19:

EXAMEN DE DOCUMENTOS Y LECTURAS AUTORIZADAS. DISCUSIÓN FINAL. CONCLUSIONES. AUDIENCIAS DE LAS VÍCTIMAS, ÚLTIMA PALABRA DEL IMPUTADO. CIERRE DEL DEBATE

LECCIÓN 20:

LA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA. ASPECTOS LEGALES, FORMALES, ESTRUCTURA LÓGICA. LA SENTENCIA COMO MENSAJE COMUNICATIVO. LA FIJACIÓN DE HECHOS PROBADOS, VALORACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA, HECHOS NO PROBADOS, EXIGENCIAS DE REDACCIÓN, PRINCIPALES ERRORES DE REDACCIÓN. LA MOTIVACIÓN DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. INDICIOS. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO Y EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL FALLO. LOS CONCEPTOS JURÍDICAMENTE INDETERMINADOS. EL FALLO. REMISIÓN A OTROS SABERES

LECCIÓN 21:

LA MOTIVACIÓN COMO REQUISITO FUNDAMENTAL. LA CONGRUENCIA. PRINCIPALES VICIOS DE INCONGRUENCIA

LECCIÓN 22:

1. RESPONSABILIDAD CIVIL.
2. LA VALORACIÓN DEL DAÑO Y LA REPARACIÓN.
3. PRONUNCIAMIENTOS ACESORIOS

HOJA DE VIDA DEL MAGISTRADO JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO

LECCIÓN 1: 1. EL CONFLICTO JURÍDICO PENAL. 2. EL MODELO DE PROCESO PENAL DEMOCRÁTICO. 3. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO. 4. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL. 5. LAS PARTES EN CONFLICTO. 6. LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRETENSIÓN Y AL DERECHO MATERIAL SUBYACENTE.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal. CPPC: Código de Procedimientos Comunes. LCA: Ley de Conciliación y Arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera de Paz, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Reus, Madrid, 1922

Álvarez, A., y otros, «Manual del Juez de Letras», Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras. Proyecto de Apoyo al Sector Justicia. DPK Consulting. USAID. Tegucigalpa, 2002.

Andrés Ibáñez, P., «El Ministerio Fiscal entre el viejo y el nuevo proceso», en Andrés Ibáñez & otros, 1990

Andrés Ibáñez, P., Conde-Pumpido Tourón, C., Fernández Entralgo, J., Pérez Mariño, V. y Varela Castro, L., «La reforma del proceso penal», Tecnos, Madrid, 1990.

Alcalá-Zamora y Castillo, N., «Proceso, autocomposición y autodefensa», México, 1970

Armenta Deu, T., «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España», PPU, Barcelona, 1991.

Armenta Deu, T., «Principio acusatorio y Derecho Penal», J.M^a Bosch, Barcelona, 1995.

Armenta Deu, T., «El proceso penal: Nuevas tendencias, nuevos problemas», en Poder Judicial (41-42), 1996, págs. 53 y ss.

Armenta Deu, T., «Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no)», en Revista de Derecho Procesal (2), 1996, págs. 265 y ss.

Asencio Mellado, J.M^a, «Prueba prohibida y prueba preconstituida», Trivium, Madrid, 1989.

Ávila Ortiz, F.A., Comentarios a los artículos 1 a 45, en Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., 2000, págs. 25 y siguientes

Banegas, J., Bonilla, D., Cálix, J., Castro, M^a.F., Cubero, I.Y., Flores, R., González, G., Salas, C., Serrano, J., Vivas, G., «Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño», Honduras, 2003

Barona Vilar, S., «Solución extrajurisdiccional de conflictos. "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal», tirant lo blanch, Valencia, 1999

Beling, E., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943

Bettioli, G., «Instituciones de Derecho Penal y Procesal», Bosch, Barcelona, 1977

Berizonce, R.O., «Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Base para su implementación». Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997. Graficentro. Tegucigalpa, 1999

Binder, A.M., «Introducción al Derecho Procesal Penal», Ad-hoc, Buenos Aires, 1993

Bülow, O. v., «Teoría de las excepciones dilatorias y de los presupuestos procesales», Giesen, 1868 (Buenos Aires, 1964)

Campos Zamora, F., «El sistema de los derechos públicos subjetivos en la sociedad de la información.», AR: Revista de Derecho Informático, N^o. 093, Abril, 2006

Carnelutti, F., «Sistema del Diritto Processuale Civile», CEDAM, Padova, 1936

Carnelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJE, Buenos Aires, 1950.

Carreras Llensana, J., «Las fronteras del Juez», en Fenech, M., y Carreras, J., «Estudios de Derecho Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1962, págs. 103 y ss.

Castro y Bravo, F., «*Derecho Civil de España*», 2 vols., Madrid, Instituto Nacional de Estudios Políticos, 1949-1955

Chiavario, M., «Quasi una premessa: diritti dell'uomo e realtà processuale», en «Problemi attuali della libertà personale. Tra "emergenze" e "quotidiano" della giustizia penale», Giuffrè, Milano, 1985

Chiovenda, G., «Instituciones de Derecho Procesal Civil», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948

Chiovenda, G., «Teoría General del Proceso», Reus, Madrid, 1977

Chiovenda, G., «Ensayos de Derecho Procesal Civil». Reus, Madrid, 1997

Códigos Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990

Conde-Pumpido Ferreiro, C., «El principio de oportunidad reglada: Su posible incorporación al sistema del proceso penal español», en «La Reforma del Proceso Penal. II. Congreso de Derecho Procesal de Castilla-León», Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1989

Conde-Pumpido Ferreiro, C., «El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España», en Poder Judicial (27), 1992, págs. 9 y ss.

Conde-Pumpido Ferreiro, C., «El Ministerio Fiscal», Aranzadi, Pamplona, 1999

Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Coordinador), «Ley de Enjuiciamiento Criminal y Legislación Complementaria. Doctrina y Jurisprudencia.», Trivium, Madrid, 1998

Conde-Pumpido Ferreiro, C., en Conde-Pumpido Ferreiro, 1998, pág. 213

Couture, E. J., «Fundamentos de Derecho Procesal Civil», Depalma, Buenos Aires, 1988

Cuéllar Cruz, R., «La Reforma Procesal Penal y el Ministerio Público en Honduras: Justificación y Perspectivas», Ministerio Público, Tegucigalpa, 2001

Diego Díez, L.A., «Medios de Prueba en el Proceso Penal», en Palacios y Fernández Entralgo, págs. 341 y ss.

Diego Díez, L.A., «Prueba Prohibida e Ilícita», en Palacios y Fernández Entralgo, págs. 367 y ss.

Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Díaz Cabiale, J.A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991

Díez-Picazo, L., «El sentido histórico del Derecho Civil», Reus, Madrid, 1959

Díez Picazo, L., «Experiencias jurídicas y teoría del Derecho», Ariel, Barcelona, 1974

D'Ors, A., «*Lex y ius* en la experiencia romana. De las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*» y «Autoridad y Potestad», en «Escritos varios sobre el Derecho en crisis», Roma-Madrid, 1973

Estrella Ruiz, M., y Fortín Aguilar, M.A., «Valoración de la Prueba. Presunción de inocencia. In dubio, pro reo», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001

Fábrega, P. J., «Medios Alternativos de Solución de Conflictos con Especial Referencia a la República de Panamá y a la de Estados Unidos», Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997

Fairén Guillén, V., «Doctrina General de los medios de impugnación y Parte General del Derecho Procesal», Revista de Derecho Procesal», 1949, págs.. 247 y ss.; recogido en sus «Estudios de Derecho Procesal», EDESA, Madrid, 1955

Fairén, V., «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en «Temas del Ordenamiento Procesal» , II, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 1232 y ss.

Fairén, V., «Las “negociaciones” y “conformidades” del sujeto pasivo del proceso penal», en «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. III. La Reforma Procesal Penal», EDESA, Madrid, 1992, pág. 399

Fairén Guillén, V., «Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales», Librería Bosch, Barcelona, 1990

Fairén Guillén, V., «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial», EDESA, Madrid, 1986

Fairén Guillén, V., «Estudios de Derecho Procesal», Revista de Derecho Privado, 1955.

Fairén Guillén, V., «Elaboración de una doctrina de los principios del procedimiento», en «Estudios de Derecho Procesal», págs. 253 y ss.

Fairén Guillén, V., «Temas del Ordenamiento Procesal», I-II, Tecnos, Madrid, 1969.

Fairén Guillén, V., «El proceso como función de satisfacción jurídica», en «Temas del Ordenamiento Procesal», I, págs. 353 y ss.

Fairén Guillén, V., «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial», EDESA, Madrid, 1986.

Fairén Guillén, V., «Examen crítico de los principios rectores del Proceso Penal»,

Graficentro, Tegucigalpa, 1999.

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960.

Fenech, M. y Carreras, J., «Estudios de Derecho Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1962.

Fernández Entralgo, J., «Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en «Revista General de Derecho», números 493-494, 1985. **Fernández Entralgo, J.**, «Principios del proceso y principios del procedimiento», en Andrés Ibáñez y otros, «La reforma del proceso penal», Tecnos, Madrid, 1990.

Fernández Entralgo, J., «Afirmación interina (*presunción*) de inocencia y principio “*in dubio, pro reo*”», en Palacios & Fernández, pág. 45.

Fernández Entralgo, J., «Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado», en «El procedimiento abreviado», Cuadernos de Derecho Judicial, IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

Fernández Entralgo, J. y Palacios Mejía, J.M^a., «La conciliación en el Proceso Penal», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001. **Fernández Entralgo, J.**, «La motivación de la sentencia», en Fernández Entralgo, J., Prada Solaesa, J.R. de, y Gutiérrez López, F., «La sentencia en el nuevo proceso penal», Corte Suprema de Justicia, Fortalecimiento del Poder Judicial, Agencia Española de Cooperación Internacional, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995.

Flores Ordóñez, R., «Acciones, actos y alternativas procesales previas al juicio», en Banegas y otros, 2003, págs. 95 y ss.

García Pelayo, M. «Derecho constitucional comparado», Madrid, Alianza Editorial, 1984.

Gelsi Bidart, A., «Sentido de Mediación», Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo de 1997, Graficentro, Tegucigalpa, 1999

Giménez-Salinas Colomer, E., «La mediación y la reparación. Aproximación a un modelo», en «La mediación penal», Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999. Torres Escámez, S. («La mediación como medio de solución de conflictos. La necesidad de su urgente regulación», en «Actualidad Jurídica Aranzadi», 448, 2000, pág.1)

Giménez-Salinas Colomer, E., «La mediación penal», Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1999.

Gimeno Sendra, V., «Fundamentos del Derecho Procesal», Civitas, Madrid, 1981

Goldschmit, J., «Der Prozess als Rechtstage», Berlín 1925

Gómez Colomer, J.L., «El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas», Bosch, Barcelona, 1985.

Gómez Orbaneja, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Bosch, Barcelona, 1947.

Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, E., «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968.

Guasp, J., «Derecho Procesal Civil», Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1961.

Guasp, J., «La pretensión procesal», Anuario de Derecho Civil, V-I, Madrid, 1952, págs. 7-61 (publicado también en separata; como libro, en Civitas, Madrid 1985)

Gutiérrez de Cabiedes, E., «Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal», en «Estudios de Derecho Procesal», EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 37 y ss.

Häberle, P., «Le libertà fondamentali nello stato costituzionale», La nuova Italia scientifica, Roma, 1996

Hellwig, K., «Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts». Lipsia, 1903/1909

Illuminati, G., «La presunzione d'innocenza dell'imputato», Zanichelli, Bologna, 1984.

Jellinek, G., «System der subjectiven öffentlichen Rechte», Scientia, Aalen, 1919

Jiménez de Asúa, L., «Tratado de Derecho Penal», Buenos Aires, II, 1958

Kohler, J., «Der process als rechtsverhältniss». Mannheim, 1888

Maier, J.B.J., «Derecho procesal penal», I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996

Montero Aroca, J., «Los principios del Proceso penal, un Intento de Exposición Doctrinal Basada en la Razón», Graficentro, Tegucigalpa, 1999

Montoro Ballesteros, A., «Conflicto social, Derecho y Proceso», Universidad de

Murcia, 1980

Morón Palomino, «Sobre el concepto de Derecho Procesal», en «Revista de Derecho Procesal», págs. 511 y ss.

Muñoz Sabaté, L., «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967

Oliva Santos, A. De la, (con Aragonese Martínez, S., Hinojosa Segovia, Muerza Esparza, y Tomé García, «Derecho Procesal Penal», CEURA, Madrid, 1995.

Oliva Santos, A. De la, «Jueces imparciales, Fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal», PPU, Barcelona, 1988

Oliva Santos, A. De la, «El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal», en «Tribunales de Justicia», 1997, págs. 9 y ss.

Ormazábal Sánchez, G., «El período intermedio del proceso penal», MacGraw-Hill, Madrid, 1997

Ortells Ramos, M., «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim», Revista General de Derecho, 1979.

Palacios Mejía, J.M^a., y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000

Pedraz Penalva, E., «El proceso y sus alternativas», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

Pérez Serrano, N. «Tratado de Derecho Político», Madrid, Civitas, 1976. Radbruch, G., «Filosofía del Derecho», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933

Prieto-Castro, L., «Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil», Reus, Madrid, 1950.

Prieto-Castro, L., «Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal», EDESA, Madrid, 1964

Prieto-Castro, L., «Tratado de Derecho Procesal Civil (Proceso declarativo y proceso de ejecución)», Aranzadi, Pamplona, 1982

Ramos Méndez, F., «Derecho y Proceso», Librería Bosch, Barcelona, 1978

Rodríguez Mourullo, G. voz «Legalidad», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XIV, Seix, Barcelona

Rosemberg, L., «Tratado de derecho procesal civil», EJEa, Buenos Aires, 1955

Satta, S., «Il processo nell'unità dell'ordinamento», «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1964, 327

Serra Domínguez, M., «Estudios de Derecho Procesal», Ariel, Barcelona, 1969:

Serra Domínguez, M., «Jurisdicción», en Estudios, págs. 20 y ss.

Serra Domínguez, M., «Naturaleza jurídica del arbitraje», en Estudios, págs. 571 y ss.

Serra Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962

Singer, L.S., «Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal.», Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1996

Smend, R., «Verfassung und Verfassungsrecht», 1985 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985).

Soto Tabora, C.E., «La justicia hondureña. Necesidad imperiosa de reajuste en la Administración de Justicia», en Revista de Derecho, 19, 1987, págs. 161-181

Tierno Galván, E., «Conocimiento y Ciencias Sociales», Madrid, 1966

Tijerino Pacheco, J.M^a., «El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción pena», en «Reflexiones sobre el nuevo proceso penal», Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., San José, 1996

Tocqueville, A. de, «De la Démocratie en Amérique» (5^a ed.), Pagnerre, Paris, 1848

Torres Escámez, S., «La mediación como medio de solución de conflictos. La necesidad de su urgente regulación», en «Actualidad Jurídica Aranzadi», 448, 2000, pág.1

Vallespín Pérez, D., «Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Español», Graficentro, Tegucigalpa, 1999

Vázquez Sotelo, J., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984

Vázquez Sotelo, J., «Discrecionalidad y Derecho Procesal», Justicia, 1995, 3-4, págs. 51-61

Vélez Mariconde, A., «Derecho Procesal Penal», Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1969

Vivas Ussher, G., «Fines y principios del Proceso Penal Hondureño», en Banegas y otros, págs. 59 y ss.

Vignera, A., I. & G., «Il modello costituzionale del processo civile italiano», Giappichelli, Torino, 1990

Vives Antón, T.S., «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en «Jornadas sobre la Justicia Penal en España. Madrid, 24 a 27 de marzo de 1987», en «Poder Judicial», número especial II.

Wach, A., «Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts» Lipsia, 1885 («Manual de derecho procesal civil», EJEa, Buenos Aires, 1977)

Wolff, H., Bachof, O. y Stober, R., «Verwaltungsrecht», Band I, 11 Auflage, Verlag C.H Beck, 1999

1. El conflicto jurídico penal.

1.1. Norma y conflicto.

Casi al comienzo de su «*Fausto*», Goethe presenta a su protagonista, encerrado en su gabinete de estudio, enfrentado a la tarea de traducir el primer versículo del Evangelio de San Juan: «En el principio, fue la palabra»¹. El Doctor Fausto duda. No se plantea, desde luego, posibles influencias del pensamiento de Heráclito, tan vecino, un día, de Éfeso como el evangelista cuando escribe el fragmento; pero no queda satisfecho traduciéndolo literalmente; y, tras un discurso en busca de su sentido último, sobradamente conocido, en el que dos conclusiones provisionales -«... en el principio, fue la mente (o el concepto) ...»² y «... en el principio fue la fuerza (o la energía) ...»³- sirven de primera premisa para una nueva secuencia argumentativa, concluye: «En el principio, fue el hecho (o la acción)»⁴.

También el jurista formado en la tradición de la Ciencia del Derecho (*Rechtswissenschaft*) estaba convencido de que «en el principio fue la Norma».

A fin de cuentas, la Norma es, ante todo, Palabra; palabra divina cuando se creyó que provenía de Dios, a través de sus intermediarios, los sacerdotes o el Monarca absoluto, que decía traer de Él la legitimidad de su poder; pero también, cuando provino del equivalente laico de Dios: el Pueblo (que expresa su voluntad a través de sus intermediarios, los parlamentarios elegidos democráticamente) o el Caudillo que se presenta (convencida o interesadamente) como su «*encarnación*» carismática.

Coherentemente el jurista que profesa la fe normativista reduce su tarea a interpretar y aplicar la norma como si se tratara de un dogma; de una verdad revelada y que él -en cuanto jurista- no tiene por qué criticar. La Dogmática es el territorio del jurista, Doctor Fausto de las normas, lo mismo que la crítica de éstas queda para el político o el sociólogo, cada cual desde su peculiar perspectiva.

Pero éste, claro, es sólo un punto de vista.

Dos grupos de pastores cananeos -los de Isaac y los de Guerar- discuten agriamente por el aprovechamiento del agua de un pozo. El pozo se llamó *Hesek*, «de la riña»⁵, en recuerdo del suceso. Se refiere así en el primer libro de la Torá, el de los orígenes o del Génesis (26, 20).

En la *Ilíada* (XVIII, 497-508), se describe la escena grabada por Hefestos en el escudo destinado a Aquiles. Representa un juicio. Dos hombres litigan porque uno reclama de

otro una indemnización por la muerte de un hombre. En la plaza, las gentes del pueblo rodean a los litigantes, y toman partido por uno o oír otro. Dos alguaciles contienen a ese público bullicioso. Los ancianos aguardan sentados formando un círculo sagrado. Por turno, son llamados a dar su parecer. En el centro, dos talentos de plata aguardan a aquel cuyo criterio se tenga por más razonable.

Desde otra perspectiva, en el principio, fue el conflicto. En el fondo del fenómeno jurídico palpita el conflicto; y en el, actual o posible, encuentra la norma su sentido.

Las normas jurídicas no son *intransitivas*, sino *funcionales*. Así se viene entendiendo secularmente en el entorno cultural occidental.

Forma parte de la filosofía cristiana que «el sábado es para el hombre, y no el hombre para el sábado»⁶; lo mismo que del espíritu jurídico de Romano, que el Derecho existe por y para los hombres⁷; para prevenir o resolver los conflictos que los enfrentan.

Díez-Picazo escribe: «... Frente a la pura concepción normativista, es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto de intereses ...», que estalla «... siempre que entre dos o más personas se produce una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas ...».

En el principio fueron los conflictos; y también, los mecanismos para resolverlos con arreglo a las pautas que proporcionan las normas jurídicas. El proceso jurisdiccional es uno de esos mecanismos.

En el principio fue el conflicto. En el principio fue el proceso. En el principio fue la acción que lo impulsa. Tal vez el desasosegado Doctor Fausto intuía esta lectura procesalista del inicio del Evangelio de San Juan.

1.2. Las formas de resolución del conflicto.

1.2.1. El recurso excepcional a la autotutela.

La forma más elemental imaginable de resolución del conflicto es la autotutela, autodefensa o autoayuda, individual o colectiva. Ocurre, empero, que esta posibilidad parece incompatible con los principios que se tienen por elementales para superar el *estado de naturaleza* en interés de la organización de un modelo de convivencia que combine las exigencias de paz y de orden justo.

El principio general de proscripción de la autotutela se encuentra consagrado por el párrafo segundo del artículo 70 CH:

«... Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. ...»

Por eso, la autotutela se encuentra rígidamente limitada a las hipótesis de legítima defensa y el estado de necesidad, contempladas por el artículo 24 [1 y 2] del Código Penal de Honduras. Tomarse la justicia por la mano, acudir a vías de hecho para realizar el propio derecho fuera de los cauces institucionales establecidos para ello, puede ser, incluso, conducta tipificada como delito por el artículo 208 de ese mismo Código⁸.

1.2.2. La autocomposición espontánea.

«... Cuando la gente se decide a solucionar sus conflictos (en lugar de obviarlos), el método más utilizado -explica Linda Singer- es el de la negociación, en el que las partes intentan solucionar sus diferencias personalmente. Conforme van recurriendo a vías de solución más elaboradas, empiezan a intervenir terceras personas en el proceso, como en el caso de la mediación, o en el caso de técnicas mixtas. Cuanto más se incrementa la participación de un tercero, tanto más poder ceden las partes para solucionar sus conflictos. La cesión de poder alcanza su máximo nivel cuando las partes se someten a un veredicto, contemplando en el bloque derecho, en el que los terceros toman decisiones vinculantes por las partes. ... Los procesos básicos de resolución de conflictos son la negociación, la mediación y el arbitraje...»

Las propias partes en conflicto pueden, en efecto, encontrar la solución al litigio que las enfrenta. Del tenor literal del artículo 2000 del Código Civil hondureño⁹ se desprende que se identifica la transacción con la autocomposición, cualquiera que sea su contenido y sin distinguir si espontánea o provocada, pero reclama siempre que haya conflicto entre partes.

Se distinguen dos modalidades de autocomposición por negociación.

Cabe que uno de los litigantes se avenga a lo pretendido por el otro.

El allanamiento -en sentido amplio- conduce a una renuncia (extrajudicial) al derecho que inicialmente afirmaba tener, o a, si el conflicto se ha judicializado, a un allanamiento de la persona demandada o a un desistimiento de la demandante. Siempre, se insiste, es precisa la preexistencia de un litigio, aunque no se haya judicializado. La renuncia no conflictiva no se considera -de acuerdo con el artículo 2000 del Código Civil- modalidad de transacción.

Ambas partes pueden, asimismo, ceder parcialmente en sus contrapuestas pretensiones. El litigio se resuelve, entonces, mediante lo que, en la bibliografía especializada, se considera como transacción en sentido estricto.

1.2.3. La autocomposición mediada: mediación y conciliación.

Si las partes no pueden arreglarse espontáneamente, cabe la posibilidad de que una tercera persona (física o jurídica) intente su acercamiento, facilitando la comunicación y la búsqueda de una solución entre ellas. En los procesos de mediación, escribe Giménez-Salinas, «... lo más importante es el trabajo con las personas para que sean ellas mismas quienes puedan llegar a encontrar una solución ...». Pedraz Penalva cree, en cambio, que se trata de un mecanismo heterocompositivo, aunque las partes conserven su libertad de decisión en definitiva.

La mediación (en sentido amplio) es, como pone de relieve Gelsi Bidart, «... algo que surgió entre otras personas (al menos dos) que se pusieron o intentaron ponerse en comunicación, que fracasaron total o parcialmente en el intento y que no pueden, por sí solos, reanudarlo, apresurarlo, lograr el resultado que cada uno (eventualmente ambos interlocutores), proyectaron o, tal vez, avizoraron. ...». «... La mediación es la irrupción de un tercero en el diálogo personal para insertarse en él, no para introducir un nuevo contenido, sino para posibilitar el desarrollo de su planteamiento explícito o implícito, ya en él. ...».

Coincidentemente, para Jorge Fábrega, la mediación es «[el] procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral y que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas ...»

Se trata de conseguir que las partes lleguen a una solución a través del diálogo. «... [El] "ideal realizable" y a veces realizado, es -advierte Gelsi Bidart- el diálogo.

»a) ... [Desde] el punto de vista de las relaciones interpersonales, por tratarse del modo natural y espontáneo de verificar dicha relación ...

»b) ... [Porque] los interlocutores son los que mejor conocen los hechos en que se basan; y

»c) ... [Porque] la coincidencia en el interés facilita el diálogo ...»

El objetivo de la mediación -escribe la profesora Giménez-Salinas- es buscar «... una solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutral ...» . El mediador o intermediario carece de poder para imponer una solución a las partes en litigio, porque no se encuentra por encima de ellas, sino a su mismo nivel.

A partir de esta base -y así lo reconoce Barona Vilar- en la bibliografía no existe consenso a la hora de establecer el deslinde entre las modalidades específicas de autocomposición mediada, a saber, la mediación y la conciliación.

El mecanismo autocompositivo mediado puede ser puesto en marcha por ambas partes en conflicto o por una sola de ellas, o por iniciativa del mediador no provocada por ninguna de aquéllas.

En su modalidad más estricta, explica Gelsi, el mediador es un simple mensajero entre las partes en conflicto; «... un *nuntius*, incluso itinerante (de una parte a otra) que transmite sin ríspidas modalidades, el punto de vista de cada una, hasta que se llegue a cierto acuerdo que sólo resta, después, redactar.

»... Otras veces, el mediador va más allá y, llegada la etapa oportuna, formado el clima y verificado el acercamiento, hace salir del estancamiento, procurando expresar - siempre sobre la base del diálogo efectuado- una solución que, en lo fundamental conforme los dos puntos de vista: ya es un conciliador. ...».

En la Ley de Conciliación y Arbitraje, aprobada por Decreto número 161-2000, se define, en su artículo 2, la Conciliación como «... un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas, naturales o jurídicas, tratan de lograr **por sí mismas** la solución de sus diferencias **con la ayuda de un tercero neutral y calificado** que se denominará conciliador. ...».

Su naturaleza autocompositiva queda evidenciada en el artículo 3 de la Ley, que declara conciliables «... todos aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley. ...».

Se trataría de una «**transacción asistida**» y, por eso, al igual que el acuerdo transaccional (de conformidad con el artículo 2014 CC), aquél a que lleguen las partes por medio de la conciliación «... tendrá –con arreglo al artículo 4 de la Ley especial- los efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en igualdad de condiciones a la de una sentencia judicial firme. ...».

1.2.4. La heterocomposición.

El desarrollo del mecanismo de mediación puede conducir a una solución propuesta por el conciliador, el cual expresa el máximo *punto de acuerdo* al que han podido llegar las partes.

En la heterocomposición, esas partes pierden su protagonismo creativo de soluciones en beneficio de una tercera persona (física o jurídica) a la que encomiendan que les proponga una que permita superar el conflicto.

1.2.4.1. La amigable composición.

El amigable componedor presenta a las partes su proyecto razonable de acuerdo entre ellas.

Suele aceptarse que el amigable componedor no está obligado a aplicar las normas jurídicas vigentes.

Berizonce explica que «... [resuelve] el entuerto heterónomamente, pero según las reglas libradas a su leal saber y entender, a “verdad sabida y buena fe guardada”- Conservando la imparcialidad, pero sin sujetarse a la “neutralidad”, porque participa activamente [se implica] en el logro del desenlace más justo y razonable. ...».

Se insiste en que el amigable componedor puede elaborar su propuesta de acuerdo con lo que considera más justo y práctico (su «leal saber y entender») para resolver el conflicto; pero nada impide que aplique -en su pureza o modificadas- las normas jurídicas aplicables.

Las partes quedan en libertad de aceptar o rechazar su propuesta. Esta falta de vinculación de los litigantes a la propuesta presentada diferencia la amigable composición de la jurisdicción en sentido amplio.

La amigable composición regulada en el Código de Procedimientos Comunes no responde a esta característica, esencial para los teóricos de Derecho Procesal, ya que la sentencia dictada es ejecutable coactivamente. Se trata, en realidad, de un *arbitraje de equidad*.

1.2.4.2. La jurisdicción.

Escribe Serra Domínguez: «... Cuando los particulares no pueden regular espontáneamente sus relaciones, cuando la función preventiva del contrato o de la ley es insuficiente, o cuando las soluciones contractuales o legales son contrarias al valor del Derecho, se interrumpen las relaciones sociales y es indispensable la remoción del obstáculo para que el ordenamiento jurídico pueda seguir su curso ...».

Y «... [cuando] los particulares no intenten o no logren resolver espontáneamente entre ellos, con arreglo a las reglas legales o prescindiendo de ellas, sus divergencias jurídicas, deberán acudir a la Administración de Justicia para que sea ésta quien resuelva sus diferencias ...»

Sin embargo, esta identificación entre jurisdicción y aparato judicial del Estado puede ser incorrecta. Lo esencial de la jurisdicción es la delación de la decisión vinculante del conflicto a un tercero imparcial. El proceso jurisdiccional es, tan sólo, una de las posibilidades de manifestación de la vía jurisdiccional para la resolución heterocompositiva de conflictos.

Ramos Méndez, por su parte, explica: «... La jurisdicción surge como una necesidad a consecuencia de la restricción cada vez mayor de la acción directa de las personas. La

resolución de los conflictos, la creación del derecho entre los individuos, exige por pura lógica, dentro de la sociedad, la intervención de un tercero imparcial. Este sujeto es el que realiza la actividad que denominamos jurisdicente. Por consiguiente, la aparición de esta persona en el ámbito de la sociedad organizada es exigencia de la general repulsa del primitivo administrarse justicia por la propia mano. Y ello es así también en la actualidad (piénsese sino en el arbitraje y en su revitalización en determinados sectores sociales), aunque predominantemente ese tercero sea hoy por hoy un profesional, una persona especializada, que asume en la sociedad el encargo de ejercer la jurisdicción. ...»

La identificación entre la jurisdicción y la resolución de conflictos, en sus diversas modalidades ha sido criticada porque, se afirma, hay procesos sin controversia y controversias sin proceso.

Precisamente, como ejemplo de los primeros se cita el penal. Morón Palomino ha replicado que también en él es posible descubrir un conflicto entre la parte acusadora, que pretende la imposición de una pena, y la acusada, que se opone a esa pretensión.

La primera invoca, como título legitimador de su pretensión, el interés público en la vigencia del sistema penal, que, a su vez, constituye una de las garantías del orden social.

La persona acusada está obviamente interesada en oponerse a la pretensión punitiva de la acusadora, cuya estimación significaría sufrir una pena.

Por error de perspectiva se pone de relieve la heterogeneidad de los intereses en conflicto: público, uno y privado, el otro.

En realidad, el acusado ejerce, frente a la parte acusadora, un derecho, el de defensa, que es igualmente público, reconocido constitucionalmente¹⁰ como una garantía del ser humano frente a la posición dominante del *aparato del Estado*. Es un derecho público subjetivo que Jellinek incluye en el «*status libertatis*», entendido como una *posición jurídica* («*Rechtsstellung*») que, como explica Hans Wolff, supone una calificación esencial de una persona dentro del ordenamiento jurídico.

Actualmente parece superada la concepción negativa del *status libertatis* que funciona correctamente para expresar que la persona goza de una libertad que sólo puede ser limitada en función de las necesidades de organización de la convivencia¹¹, pero que no puede detenerse ahí, sino que ha de completarse (como proponen Konrad Hesse y Peter Häberle) con otra concepción positiva, que implica que el individuo cuente con los medios precisos para defender su libertad, y ello afecta, por supuesto, a la situación en que se encuentra la persona acusada en un proceso penal.

Partiendo de esta concepción positiva, Häberle propone el reconocimiento de un «*status activus processualis*» o «*status de derechos procedimentales*» («*Verfahrensrechtsstatus*»), que permite a toda persona, resume Campos Zamora, «...

participar activamente en todos los procesos que le afecten, así como de las modalidades de tutela innovadas por las instancias jurisdiccionales a nivel internacional ... Este status activus processualis ... es adscrito por el mismo Häberle a la categoría de derechos del status activo, por cuanto, en el ámbito del procedimiento y de la organización, se hace referencia principalmente a competencias, las que, siguiendo las líneas trazadas originariamente por el mismo Jellinek, se encuentran en el status activus ...».

Consecuentemente, en el proceso se enfrentan dos intereses públicos, el de la parte acusadora, pretendiente de un fallo condenatorio que imponga una pena al acusado, y el no menos público de este a defenderse frente a una pretensión cuya estimación significaría una ingerencia -más o menos grave- en el ámbito de su libertad en sentido amplio.

1.3.4.2.1. El arbitraje.

El arbitraje es, no sólo una vía claramente heterocompositiva de solución de conflictos, sino, como escribe Berizonce, «... una institución de naturaleza jurisdiccional, por la asimilación esencial de las funciones del árbitro con las del juez en el momento culminante de la decisión. Si bien los árbitros carecen de *imperium* para la ejecución de sus pronunciamientos ... los laudos que expiden son “equivalentes” de las sentencias de fondo judiciales. ...».

Las objeciones a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje atienden a características de la Jurisdicción que tienen que ver con el concreto modelo de organización política a partir de la concentración de poderes en el Monarca absoluto del *Antiguo Régimen*, sustituido por el Estado tras la Revolución Francesa, pero no a su esencia, a saber, la decisión vinculante e irrevocable de un conflicto entre partes.

Por una parte, se alega su origen contractual, lo que olvida que la asunción de la actividad jurisdiccional como una de las funciones del Estado y el obligado recurso al aparato judicial estatal para resolver los litigios depende de la naturaleza pública o privada del conflicto. La vía jurisdiccional oficial sólo es obligada precisamente cuando los intereses objeto del conflicto material (previo al conflicto procesal consistente en la contradicción entre pretensión y oposición o *resistencia*) son de naturaleza indisponible por los particulares; o cuando, siendo de carácter privado, los litigantes no llegan al acuerdo de acudir al arbitraje, interviniendo, entonces, subsidiariamente el aparato judicial del Estado.

Por otro lado, la posibilidad de que el árbitro no se ajuste al Derecho vigente, sino que decida con arreglo a equidad, tampoco afecta a la sustancia de la actividad jurisdiccional, sino a las pautas con arreglo a las que ha de decidirse el litigio.

En efecto, ya en el Código de Procedimientos Comunes, junto al arbitraje propio o de Derecho que concluía -de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 874- en una sentencia arbitral que deberá ser conforme a Derecho, se reguló la figura de los

amigables componedores, quienes, como se lee en el artículo 890- decidirán las cuestiones sometidas a su fallo, «... sin sujeción a formas legales y según su saber y entender [léase: sin estar vinculado por las normas jurídicas vigentes, aunque nada le impida aplicarlas]. ...». La amigable composición es, de este modo, un arbitraje *de equidad*.

En buena técnica conceptual, como ya se ha anticipado, esta amigable composición regulada por el Código de Procedimientos Comunes, no es un verdadero arbitraje, del que se diferencia precisamente por la ausencia de *auctoritas* del amigable componedor; quien se esfuerza por lograr, con sus buenos oficios, de conseguir el acuerdo de las partes sobre una propuesta de resolución de conflicto

La explicación de esta peculiaridad se encuentra en que el ámbito del arbitraje es el de la autonomía privada. Los particulares pueden establecer las *normas* -obligatorias igual que las *jurídicas* generales¹²- que han de regir sus relaciones siempre que en éstas no se encuentre comprometido un interés público indisponible, ya que esta circunstancia las convertiría en innegociables, «*extra commercium*», «fuera del comercio»¹³.

Por lo mismo, los conflictos derivados de esas relaciones no pueden ser resueltos contractualmente, mediante la transacción; además de por tratarse de un contrato, porque, a tenor del artículo 2001 CCH, «... no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. ...»; expresión que ha de interpretarse como referida a todas aquellas materias que quedan extramuros de la autonomía privada.

Por esta razón, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas (artículo 2004 CCH); y la transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito (porque la responsabilidad civil dimanante de un hecho delictivo es materia privada), pero sin perjuicio de la acción criminal, que, por afectar al interés público, es indisponible, salvo excepciones muy contadas.

Y todas estas reflexiones son aplicables -por imperativo del artículo 2020 CCH- a los compromisos, por los que -como se define en el artículo 2019 CCH- las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas.

Tanto el contrato de transacción como las sentencias arbitrales y de los amigables componedores producen efecto de cosa juzgada y constituyen títulos ejecutables.

Aquí surge un tercer problema, porque los negadores de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y de la amigable composición recuerdan que el árbitro carece de poderes propios de ejecución.

A diferencia del Juez, el árbitro no puede hacer ejecutar, por sí mismo, lo decidido en su sentencia, sino que es preciso acudir a un órgano jurisdiccional del Estado (el Juez)

para que ordene su ejecución. El árbitro en sentido amplio (de Derecho o de Equidad) tiene, pues, «*auctoritas*» jurisdiccional para resolver el caso vinculando a las partes con su decisión (diferencia cualitativa trascendental con el amigable componedor), pero -como no pertenece al *aparato del Estado*- no tiene «*imperium*», poder de ejecución de lo dispuesto, que ostenta, en cambio, el Juez en cuanto funcionario del aparato judicial estatal, de acuerdo con la tradición napoleónica dominante en la Europa continental y en los sistemas procesales americanos que la siguieron.

El artículo 26 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, define a este último como «... un mecanismo de solución de controversias, a través del cual las partes en conflicto difieren la solución del mismo a un tribunal [unipersonal o colegiado]¹⁴ arbitral. ...».

Sólo son arbitrables –como regla genera- los conflictos que versen sobre materias regidas por el principio dispositivo o de autonomía privada.¹⁵ En el numeral 1 del artículo 29 LCA se excluyen las causas criminales, con excepción de los casos establecidos por las leyes.

De acuerdo con el artículo 34 LCA, ...

«3) El arbitraje en cuanto a su naturaleza puede ser:

a) En derecho: Es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente.

b) En equidad: Es aquel en que los árbitros deciden según el sentimiento común y la equidad.

c) Técnico: Es aquel en el cual los árbitros pronuncien su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio. ...».

4) Laudo: Sentencia o fallo dictado por un tribunal arbitral.

1.2.4.2.2. El proceso jurisdiccional.

El proceso es, en general, una estructura dinámica funcional instrumental; existe para conseguir un objetivo que lo dota de sentido.

Desde un punto de vista estático, la estructura procesal está integrada por determinados elementos.

Para que la estructura pueda desarrollar eficazmente su actividad y conseguir su objetivo (función del proceso), cada uno de esos elementos tiene asignado un rol o

papel específico (función de cada elemento), y las relaciones entre ellos están igualmente predeterminadas, de acuerdo con los principios de la división horizontal y vertical del trabajo.

Puesto que se trata de una estructura dinámica, es preciso, asimismo, establecer los actos de desarrollo de la actividad de la estructura y de sus distintos elementos.

Concepto distinto del de *proceso* es el de *procedimiento*: el método con arreglo al cual se realizan esos actos; el que determina su forma (tiempo, lugar, modo) y su orden de sucesión.

El proceso al que se refiere el Derecho Procesal es *institución*, modelo global de estructura en acción para el cumplimiento de una función, la jurisdiccional; es «*processus iudicii*».

La idea de *institución* ya había sido desarrollada por Maurice Hauriou¹⁶ y remite a un mecanismo reiterado y socialmente asumido que proporciona una respuesta¹⁷ adecuada a un concreto problema social típico¹⁸.

Una institución encarna la *organización estable de la respuesta social* a un problema que se ha convertido en *tópico*, en su sentido más pristino de *lugar común* por su reiteración y por la relevancia que tiene en la total ordenación de la Sociedad.

Cuando el problema trasciende al plano del Derecho, el modelo de respuesta social se construye como *institución jurídica*.

El *proceso* como instrumento para el tratamiento justo y pacífico de un conflicto entre partes, previniendo la tentación del recurso a la autotutela violenta, pudiera ser puesto -y efectivamente lo ha sido (singularmente por Guasp y por Fairén)- como ejemplo de *institución*.

La funcionalidad de la institución explica su perdurabilidad. Se convierte -manteniéndose a lo largo del tiempo y adaptándose a los cambios- en un factor de equilibrio¹⁹ social.

El *proceso jurisdiccional* es la institución que tiene como objeto fijar con carácter irrevocable la solución de un conflicto de intereses entre partes contrapuestas, mediante la decisión vinculante de un tercero tomada con arreglo a las normas jurídicas aplicables al litigio.

El **proceso jurisdiccional** constituye una **institución jurídica** integrada por la **serie o sucesión de actos ordenados metódicamente** y que tiene por **objeto decidir con carácter vinculante e irrevocable y de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico un conflicto formalizado (procesal)**, sobre la **procedencia de satisfacer una pretensión de parte, resistida** por aquella otra frente a la que se dirige aquélla al órgano jurisdiccional, **de acuerdo con las normas jurídicas aplicables**²⁰.

El proceso gira en torno a un **conflicto jurídico formal (procesal)** derivado de la **oposición entre pretensión y resistencia**.

Constituye la transformación de otro **conflicto material**, que enfrenta los intereses contrapuestos de las partes sobre un bien de la vida.

Surge consecuentemente una *relación de sentido* que compromete a los tres elementos de la estructura procesal sustancial: las dos partes enfrentadas y el órgano jurisdiccional llamado a resolver el conflicto.

La perspectiva yusprivatista prevalece y explica que inicialmente se viese en el proceso el cumplimiento del encargo conferido por los litigantes (de acuerdo con lo convenido entre ellos) a un tercero para que resuelva sus diferencias. La legitimación del *iudex* podía provenir de un expreso contrato entre los litigantes o inferirse concluyentemente la adhesión del demandado a la iniciativa unilateral del demandante al contestar a la demanda.

El contrato y el cuasicontrato de *litiscontestatio* justifican el poder del tercero para emitir una decisión con efectos vinculantes sobre las partes, pero no aclara en qué consiste el proceso mismo.

Couture explica así estas dos teorías:

«... Al comienzo, el Proceso se desenvuelve como una deliberación más que como un debate. Las partes exponen su derecho ante el pretor, hablando libremente, tanto entre sí como en el magistrado. De esta circunstancia, se infiere que durante esta etapa del Derecho Romano, no puede existir *litis contestatio* si las partes de común acuerdo no lo quieren. Más que un juicio, este fenómeno, debe considerarse como un arbitraje ante el pretor».

Como el demandado es incorporado al proceso aun contra su voluntad y el proceso prosigue y la sentencia es eficaz incluso en caso de rebeldía del demandado (algo impensable si de verdad el proceso fuera el resultado de un acuerdo de voluntades), esta explicación fue rápidamente abandonada.

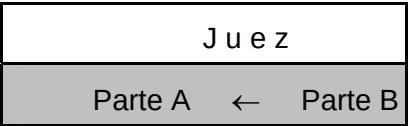
Continuó utilizándola, no obstante, la procesalística francesa.

De Guenyeau, sin embargo, para eludir las críticas, optó por acudir a la atormentada

figura del *cuasicontrato*; una categoría artificial que cedió el puesto a la de las relaciones obligacionales creadas por la Ley para regular determinados hechos socialmente típicos tomando como modelo aproximativo las normas relativas a las obligaciones contractuales.

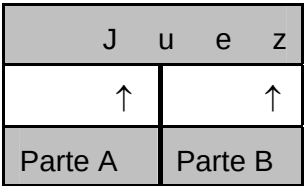
Entre los procesalistas alemanes prosperó la explicación del proceso como *relación jurídica* (*Rechtsverhältniss*).

Ambos operan también desde una perspectiva confesadamente civilista, en un momento de predominio del concepto de relación jurídica, construida por abstracción generalizadora de una muy concreta, la obligacional, de manera que no es extraño que una de las versiones de esta teoría, fija la procesal *entre las partes*, que desarrollan sus respectivas actividades *ante* el órgano jurisdiccional, que no forma parte de aquélla sino que adopta una posición supraordenada a las partes. Así entendía Kohler la relación jurídica procesal.



El juez se convierte, durante el proceso, en un *intercomunicador* de una relación dialéctica que se desarrolla entre demandante y demandado; titulares, cada uno de ellos, de derechos y deberes correspondientes.

Hellwig, en cambio, desligaba a las partes de todo nexo entre sí, vinculando a cada una de ellas con el Juez.



La tercera versión -patrocinada por Von Bülow y Wach- construye, en cambio, una relación jurídica triangular, incorporando al juez a la estructura relacional. Ello se traduce en sendos nexos entre cada parte y el órgano jurisdiccional, y un tercero, entre ambas partes.

J u e z		
↑	Δ	↑
Parte A	←	Parte B

Esta relación jurídica tiene como contenido verdaderos derechos y deberes tanto entre las partes como entre cada una de ellas y el Juez.

James Goldschmidt negó que esos vínculos constituyeran verdaderos derechos y deberes.

El Juez tiene obligación de conocer las normas que ha de aplicar y también el de decidir el litigio con arreglo a ellas, y los poderes o derechos precisos para desempeñar su función y cumplir con esos deberes. Pero unos y otros le son atribuidos genéricamente por el Ordenamiento Jurídico, no por las partes litigantes para la resolución de su caso.

A su vez, las partes tienen obligación procesal alguna sino cargas. La omisión de una actividad puesta legalmente a su cargo no lleva consigo una verdadera sanción, sino sólo el deber de soportar las consecuencias perjudiciales de dejar pasar la oportunidad de llevarla a cabo.

No hay derechos y obligaciones en su estricto sentido técnico, sino un complejo de expectativas, cargas y posibilidades de obrar.

Como hizo notar Prieto-Castro, Goldschmidt estaba preocupado por poner de relieve la naturaleza dinámica y dialéctica del proceso como un fenómeno unitario.

Su preocupación fue compartida por otros procesalistas.

Como el lenguaje, el proceso puede ser abordado desde una perspectiva sincrónica o desde otra diacrónica.

Carnelutti considera, por ello, el proceso, visto sincrónicamente, como una relación jurídica; pero diacrónicamente esa relación no permanece invariable tal como quedó configurada en un principio, sino como un conjunto de relaciones que van naciendo y extinguiéndose a medida que aquél se desarrolla.

Chiovenda, por su parte, contempla el proceso como una unidad jurídica autónoma, compleja y perteneciente al Derecho Público. Coincide sustancialmente con él Foschini.

Para Prieto-Castro, Goldschmidt participó de ideas similares. En el fondo de su teoría de la posición jurídica late «... el designio de demostrar que el proceso no es sólo una unidad empírica, susceptible de contentarse con una consideración de los actos procesales enlazados externamente en un procedimiento; ni ... tampoco sólo una unidad jurídica de actos que han de someterse a una investigación, una clasificación y un tratamiento jurídicos, sino algo más: una realidad de la vida social que hemos de analizar y tratar como tal, siendo a través de este nuevo y complementario modo de ver el proceso como puede averiguarse si en cada momento histórico la regulación jurídica que se le dé es apta para la consecución del fin eminentemente práctico que persigue. ...».

En la bibliografía especializada se advierte la perplejidad que produce la necesidad de no contentarse con describir el proceso como una serie o sucesión de actos ejecutados con arreglo a un método legalmente preestablecido a fin de decidir con arreglo a Derecho un litigio entre partes; finalidad que le confiere una unidad de sentido.

El concepto de *institución* puede ser de utilidad para calificar la esencia del proceso como estructura dinámica funcional.

Estructuralmente, responde al esquema triangular antes expuesto.

El proceso relaciona a las partes en conflicto entre sí y con el órgano jurisdiccional. Ese triángulo fundamental se mantiene de principio a fin.

Entre las partes media un litigio (*material*) que no ha podido encontrar solución por otra vía y que ha de tener *relevancia jurídica*. Una diferencia entre científicos sobre los orígenes del *Homo sapiens sapiens* o de la población precolombina del Continente Americano, o la disputa entre dos atletas acerca de cuál de ellos es un corredor más rápido resultarán jurídicamente indiferentes.

El litigio *procesable* presupone una situación socialmente *patológica* de discordia de suficiente entidad como para merecer la atención del Derecho²¹.

A través del proceso se tratará -como subraya Alberto Binder- de dar lugar, cuando menos, a una transformación o *redefinición* de ese conflicto en otro de menor violencia, por su baja intensidad o por su alto grado de institucionalización.

Para empezar, la parte reclamante deja de dirigirse inmediatamente contra su contraparte para hacerlo al órgano jurisdiccional.

Una demanda -o una acusación penal- pueden pretender que el juzgador tome una decisión que *deje clara* (*declare*: función de «*accertamento*»²²) una situación previa jurídicamente confusa, sobre la que los litigantes no han conseguido ponerse de acuerdo, y obligue a la contraparte a respetar en el futuro el contenido de esa

declaración, con todo lo que ella implique; o que obligue a la contraparte a comportarse de una manera determinada.

El demandante o el acusador se proponen que el juzgador decida del modo que ellos *pretenden*. Su *pretensión procesal (Anspruch)* se dirige a aquél en *reclamación (Klage)* de su tutela para obtener la satisfacción de su *pretensión material*, de un derecho o de un interés legítimo.

A su pretensión -salvo el caso de allanamiento (que concluiría el proceso)- se opondrá la contraparte.

Esta contradicción entre *pretensión* y *oposición* (o *resistencia*) constituye, como explica Fairén Guillén, el *conflicto* que el juez ha de resolver mediante el proceso. El *conflicto material* subyacente (que, durante el proceso, permanece en la sombra) se ha transformado en otro, *institucionalizado*.

La decisión del litigio ha de hacerse aplicando las normas jurídicas que lo regulan. Por ello, un sector importante de procesalistas (Wach, Rosenberg, Goldschmidt, Schönke, Chiovenda, Satta, Ballbé, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Prieto-Castro) concibieron el proceso como instrumento de actuación del Derecho objetivo, que demuestra su vigencia al ser aplicado al caso. La tutela de los derechos e intereses que se pretende del órgano jurisdiccional pasa a segundo término.

En realidad, el Ordenamiento Jurídico configura el modelo de proceso jurisdiccional y sirve de pauta rectora (con una fuerza vinculante especialmente enérgica en materia penal, por exigencias del principio de legalidad) a la decisión del Juez; pero la actuación del Derecho no es sino un efecto colateral de lo que constituye la esencia de la institución procesal: la resolución de la procedencia o improcedencia de la satisfacción de una pretensión resistida.

Una vez fijadas las respectivas posiciones procesales de las partes, contradictorias entre sí, y siempre que concurren los *presupuestos procesales* (von Bülow, Chiovenda), la estructura comienza a funcionar y sus componentes a interactuar, de acuerdo con un método establecido legalmente por las reglas de *procedimiento*.

El proceso jurisdiccional penal se singulariza porque en él se oponen la pretensión de imposición de una pena a la persona de la que se afirma ser responsable de un hecho constitutivo de infracción penal (*pretensión punitiva*) y la resistencia (*defensa*) de la persona acusada.

Vivas Ussher reproduce esta definición que, del proceso penal, da Vélez Mariconde: la «... serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal, y cumplidos por órganos públicos predisuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva ...».

La definición se adscribe, en último término, a la teoría de la actuación del Derecho objetivo.

Nótese que -como se ha intentado argumentar con anterioridad- el Derecho objetivo es fundamentalmente instrumental. Es la pauta a que ha de atenerse el Juez al dirigir el procedimiento a través de cada una de sus fases o etapas y, finalmente, al dictar su sentencia. En ella dota a la norma general de su máxima practicidad, transmutándola en una *lex specialis* -en sentido kelseniano- para el caso enjuiciado. La actuación del Derecho objetivo se consuma para y al conseguir la finalidad que dota de sentido al proceso: resolver el caso conflictivo. A falta de *conflicto procesal* -demanda de satisfacción de una pretensión resistida por la contraparte- no es posible iniciar un proceso sólo para afirmar la vigencia del sistema jurídico.

▽	conflicto material		
conflicto	pretensión	dirigida al juez	
		interesando su estimación o <i>satisfacción</i>	
		fundamentación	alegación de hechos
			invocación de normas
	oposición o resistencia	dirigida al juez	
		interesando la desestimación de la pretensión	
		fundamentación	alegación de hechos
			invocación de normas
Procesal	resolución tónica:	dictada por el juez	
		estimando o desestimando (total o parcialmente) pretensión	
	sentencia	fundamentación o motivación	fijación de hechos probados
			invocación de normas aplicables

Por lo mismo, el proceso penal no tiene como *objetivo primordial* investigar y fijar la *verdad*.

El propio artículo 8 CPP (epigrafiado *Finalidad del Proceso*) dispone: «La finalidad del proceso será la realización pronta y efectiva de la justicia penal.»

El «... establecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias, mediante el estricto cumplimiento de las disposiciones de este Código ...», es, con arreglo a su artículo 198, la «... finalidad de los medios de prueba ...».

Ávila Ortiz resume de este modo el alcance del artículo 8 CPP:

«... [Para] lograr que la justicia sea realizada en los términos antes mencionados, el Código Procesal Penal, dentro de los principios que lo inspiran, desarrolla los procedimientos por medio de los cuales, sin menoscabar los derechos fundamentales de los ciudadanos, en razón de plazos razonables y en proporción a la gravedad y

complejidad de los casos, pueda darse por terminada una contienda, bien sea condenando o absolviendo a un acusado. Por otra parte, también establece los mecanismos y los procedimientos para que esas sentencias sean efectivamente cumplidas, obteniéndose así la seguridad jurídica y derivada de ésta, la paz social que es una de las más grandes aspiraciones de toda sociedad. ...».

Lo importante es configurar el modelo más justo y eficaz para que «... pueda darse por terminada una contienda, bien sea condenando o absolviendo a un acusado ...», y quede garantizada la efectiva ejecución de lo resuelto.

La investigación y determinación de *la verdad* de lo sucedido es sólo un objetivo instrumental condicionante de la realización de la justicia penal, concebida como «*horizonte*» de la actividad jurisdiccional penal mediante el proceso.

2. El modelo de proceso penal democrático.

La aplicación práctica²³ del subsistema de normas penales *sustantivas* se consigue mediante el funcionamiento de dos *aparatos* institucionales, que distingue Louis Althusser.

[a] El *aparato policial* tiene como funciones la prevención de hechos constitutivos de infracción penal (mediante una vigilancia reacionalizada, continuada y generalizada) y, si llegan a producirse, de su investigación preliminar:

[b] De la persecución, enjuiciamiento y castigo de los delitos y de las faltas se ocupa el *aparato jurisdiccional*.

Parece preferible utilizar el calificativo *jurisdiccional* en lugar de *judicial* para denotar que la intervención de un Juez durante la investigación o instrucción no es propiamente jurisdiccional, ya que ni juzga ni hace ejecutar lo juzgado.

El aparato jurisdiccional interviene en medida variable según los sistemas en la actividad persecutoria (instrucción *dirigida* o *vigilada* por un Juez), aunque inevitablemente ceda el puesto al Ministerio Público (o a otra persona u organismo legitimados para intervenir como partes acusadoras) en el momento de formalizar la acusación.

El juicio oral (o, más exactamente, las fases intermedia y el debate en el procedimiento penal) corresponde plenamente al aparato jurisdiccional.

[c] En caso de condena de una persona a una pena, ha de seguir lógicamente su ejecución, aunque en numerosas ocasiones pueda suspenderse su efectivo cumplimiento.

La actividad de ejecución de las penas depende de dos aparatos distintos: el *aparato jurisdiccional* y el *aparato administrativo* ejecutor.

La ejecución de la pena ha de ser cuando menos ordenada y controlada por un órgano jurisdiccional, pero en su práctica interviene, en medida que puede ser muy importante, el *aparato administrativo penitenciario*.

Los redactores del *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, de 1966²⁴, encuadrados en lo que Maurach llamó la *segunda oleada* de la prevención especial, por oposición al retribucionismo del Proyecto de 1962, pero también a las corrientes abolicionistas, patrocinan una recuperación de la pena como una «... *amarga necesidad en esta sociedad de seres imperfectos que somos los humanos*. ...».

Ello no significa abogar por una hipertrofia punitiva, sino por lo que se ha dado en llamar el principio de *intervención penal mínima*, garantista y eficaz.

Patrocinado por Ferrajoli y Baratta, se propugna un modelo de sistema penal que, en realidad, no es sino la aplicación de la concepción del Derecho como *minimum ético* en Jellinek; anticipado, muchos siglos antes que él (lo reivindica Quintano Ripollés), por Agustín de Hipona, en su obra sobre el libre arbitrio, en la que recomendaba que el legislador humano no se ocupe más de las cosas que son propias de la convivencia de los hombres y en cuanto esté dentro de las posibilidades de los hombres.

García-Pablos suscribe la propuesta de Ferrajoli, que tantas adhesiones ha suscitado: «... un Derecho Penal mínimo que asegura la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, la más amplia extensión de sus vínculos y la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva. ...».

El Estado monopoliza el poder punitivo, en su doble vertiente, normativa y aplicativa, como instrumento inevitable para asegurar los principios esenciales de la convivencia social.

En contrapartida, la existencia de un sistema de garantías -tanto el sustantivo como el procesal- resulta no menos inevitable para proteger a la persona frente a los posibles excesos y desviaciones funcionales del *Leviathan* estatal.

Este equilibrio entre intereses en tensión ha pasado a formar parte del modelo democrático de proceso penal.

El ideal garantista exige, en materia procesal, que la imposición de una pena sea precedida de un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional después de un procedimiento formalizado de modo que las partes acusadora (asumida por un órgano distinto del juzgador y sentenciador) y acusada se enfrenten dialécticamente, en condiciones de igualdad de oportunidades y de posibilidad de recíproca contradicción.

Luigi Ferrajoli ha resumido en diez axiomas los pilares del garantismo penal.

[a] *Nulla poena sine crimine*.

Expresa el principio de retributividad. No cabe pena sin previo crimen. La pena ha de ser en todo caso la respuesta a la previa perpetración culpable de un delito.²⁵

[b] *Nulla poena sine lege*: principio de legalidad aplicado a la determinación de los hechos constitutivos de infracción penal.

[c] *Nullum crimen sine lege*: principio de legalidad aplicado a la asignación de la pena correspondiente a cada infracción penal.

[d] *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: principio de necesidad o de economía del Derecho Penal.

La imposición de una pena sólo se justifica cuando no cabe otro medio menos afflictivo para reaccionar (prevaleciendo la perspectiva preventiva sobre la represiva) contra la perpetración de hechos delictivos.

[e] *Nulla necessitas sine iniuria*: principio de lesividad o de ofensividad del acto.

La pena se impone a quien ha causado injustificadamente un mal. En el Derecho Penal moderno se advierte una creciente expansión de la aplicación de la respuesta punitiva a hechos generadores de un peligro de producción de ese mal.

[f] *Nulla iniuria sine actione*: principio de materialidad o de exterioridad de la acción.

Un pensamiento o un deseo (cualquiera que sea su contenido, incluso si tiene por objeto la realización de un hecho delictivo) por sí solo, no legitima la imposición de una pena. «*Cogitationibus poena non patitur*».

Además, de acuerdo con el artículo 72 CH, «... Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones. ...».

[g] *Nulla actio sine culpa*: principio de culpabilidad o de responsabilidad personal.

Sólo puede ser castigado con una pena por la perpetración de un comportamiento típico y no justificado si, dadas sus circunstancias personales, carecería de fundamento exigirle que se hubiera comportado de otra manera.

Hasta aquí, los principios de este peculiar decálogo relativos al Derecho Penal sustantivo. Los que siguen, en cambio, se refieren al sistema de investigación,

persecución, castigo y su ejecución.

[h] ***Nulla culpa sine iudicio***: principio de jurisdiccionalidad (en sentido lato o en sentido estricto).

Sólo se podrá imponer una pena por razón de la perpetración culpable de un delito o de una falta si así se ha dispuesto por resolución judicial dictada después de un previo juicio.

El párrafo primero del artículo 94 CH establece: «... A nadie se impondrá alguna sin haber sido oído y vencido en juicio, y sin que le haya sido impuesta resolución ejecutoriada de Juez o autoridad competente. ...».

En este precepto constitucional se contiene la doble dimensión de la **garantía jurisdiccionalidad** en el ámbito penal:

[a] Exige, en primer lugar, que la pena sólo pueda imponerse en virtud de una resolución firme de un órgano jurisdiccional (Juez), aunque a continuación se desvirtúa por la mención de otra «autoridad competente».

Este defecto se subsana en el artículo 1º CPP -en el que se proclama la garantía de *juicio previo* (como reza su epígrafe)- que dispone: «... Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de *sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente* ...».

[b] La garantía de juicio previo está, en cambio, estrictamente fijada en la Constitución, al igual que en el artículo 1º CPP: «... Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de *sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haber probado los hechos en juicio oral y público* ...».

[i] ***Nullum iudicium sine accusatione***: principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación, so pena de que el juez pierda su imprescindible imparcialidad.

El proceso -todo proceso, también el penal- presupone el enfrentamiento entre dos partes que ha de decidir una instancia superadora, ajena a ellas: el órgano jurisdiccional.

Esta estructura triangular (en cuanto exige dos partes enfrentadas y un órgano decisor) es tan esencial que, en su defecto, no se puede hablar realmente de proceso. Si el elemento de esa estructura al que se atribuye la función decisora del conflicto se identificara con cualquiera de las partes en litigio, ya no se podría hablar de un

«proceso» en su concepción democrática, que demanda que el tratamiento del caso conflictivo se logre en un clima de «ausencia de dominación», como postula Hassemer sobre ideas tomadas de la *Escuela de Frankfurt*, y, muy especialmente, de Habermas.

El órgano jurisdiccional no puede, por ello, salir en busca del conflicto, provocar su jurisdiccionalización ni tomar partido por uno de los litigantes.

En su estudio sobre «*La Democracia en América*» (I,1,6) Alexis de Tocqueville escribía estas esclarecedoras palabras:

«... El primer carácter del poder judicial, en todos los pueblos, es servir de árbitro. Para que haya lugar a acción por parte de los tribunales, es preciso que haya discusión. Para que haya juez, es preciso que haya proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una discusión, el poder judicial no tiene ocasión, pues, de ocuparse de ella. Existe, pero no la contempla. ...»²⁶.

Por eso, otro de los caracteres del poder judicial es «... no poder actuar más que cuando se le llama, o, según la expresión legal, cuando se le somete algo. Este carácter no se encuentra tan generalmente como los otros dos [la necesidad de un conflicto previo para que el juez pueda intervenir, y que ese conflicto se refiera a un caso particular, no a un principio general]. Creo, sin embargo, que, a pesar de las excepciones, puede considerársele esencial. Por su naturaleza, el poder judicial carece de acción; hay que ponerle en movimiento para que se mueva. Se le denuncia un crimen, y castiga al culpable; se le llama para rectificar una injusticia, y la rectifica; se le somete un acto, y lo interpreta; pero no acude por sí mismo a perseguir a los criminales, a buscar la injusticia y a examinar los hechos. El poder judicial violentaría, en cierta manera, esa naturaleza pasiva, si tomase por sí mismo la iniciativa y se estableciese como censor de las leyes. ...»²⁷.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 284 CPP, el Juez de Letras no podrá continuar el procedimiento para discernir si cabe abrir juicio oral contra el imputado sin previo requerimiento Fiscal²⁸.

Del mismo modo, el auto de apertura del juicio oral estará condicionado a que, en la audiencia preliminar, la parte acusadora mantenga su acusación, tal como se infiere de la lectura del artículo 302 CPP.

Si con base en la formalización de la acusación por el Fiscal y el Acusador Privado y en la contestación de cargos, el Juez considera que no hay fundamentos razonables para el desarrollo del juicio, podrá dictar resolución, que será apelable en ambos efectos, en el sentido de que no procede la apertura del mismo y, según el caso, pronunciará sobreseimiento provisional o definitivo. En cambio, el Juez nunca podrá abrir el juicio oral a falta de acusación de parte.

[j] ***Nulla accusatio sine probatione***: principio de la carga de la prueba o de verificación.

La pretensión de la imposición de una pena al acusado, sólo prosperará si la parte acusadora prueba *más allá de toda duda razonable* que ha perpetrado culpablemente un delito o una falta.

El artículo 89 CH proclama:

«Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente.».

El inciso primero del artículo 94 CH, por su parte, establece:

«... A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio ...».

La afirmación interina de inocencia y la exigencia de previo vencimiento del acusado en juicio como presupuesto de imposición de cualquier pena cargan sobre la acusación la prueba de la veracidad de sus afirmaciones.

Esta exigencia de prueba concluyente de los hechos imputados y de la participación culpable del acusado en ellos concuerda con un principio procesal que se remonta al aforismo acuñado y compartido por glosadores y postglosadores: *«Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus»*

[k] ***Nulla probatio sine defensione***: principio del contradictorio, de la defensa o de refutación.

La persona acusada ha de tener oportunidad de contradecir las alegaciones de la acusación, de intervenir en la práctica de las pruebas de cargo y de proponer y hacer practicar las de descargo que considere necesarias para su defensa.

Sin embargo, estas garantías esenciales no agotan el modelo constitucional de proceso penal, que se desarrolla mediante la construcción de una serie de *principios* inspiradores tanto del proceso como del procedimiento.

3. Los principios del proceso y los principios del procedimiento.

El proceso jurisdiccional se configura como una estructura dinámica cuya función es resolver si procede, con arreglo a las normas aplicables del Ordenamiento Jurídico²⁹, la satisfacción de una pretensión de parte frente a otra, que se opone a ella.

La estructura básica de todo proceso incorpora elementos subjetivos y objetivos.

[a] Son sus elementos subjetivos:

[a.1] Dos partes:

[a.1.1] la parte demandante o pretendiente (en el proceso penal, acusadora); y

[a.1.2] la parte demandada (en el proceso penal, acusada) frente a la que la primera presenta su pretensión.

[b] El órgano jurisdiccional.

[b] Objeto del proceso es el juicio sobre la pretensión.

[c] Objeto de la pretensión es una decisión del órgano jurisdiccional con un contenido concreto.

[d] El contenido del objeto de la pretensión puede ser muy variado:

[d.1] declarativo de una realidad jurídica preexistente

[d.2] constitutivo o creador de una realidad jurídica nueva

[d.3] condenatorio de la parte frente a la que se presenta la pretensión a hacer o dejar de hacer algo.

[e] La materia del litigio o conflicto procesal está constituida por un derecho o un interés respecto de los que se presupone ha surgido, previo al inicio del proceso, un conflicto material entre las partes procesales.

Los **principios del proceso** contienen las directrices para la constitución de la estructura fundamental, determinando los requisitos de los sujetos intervinientes, los poderes y deberes del órgano jurisdiccional, y el comportamiento de las partes dentro de él, sus posibilidades y sus cargas, y la formación y apreciación del objeto procesal.

Los **principios del procedimiento** aluden a la forma de los actos procesales, a la comunicación de los sujetos procesales, entre sí y con la sociedad, a los diferentes tipos de relación del órgano jurisdiccional con el material fáctico y a la sucesión temporal de los actos procesales.

4. Principios estructurales del proceso en relación con el órgano jurisdiccional.

El órgano jurisdiccional ha de reunir ciertas características para que pueda desempeñar eficazmente su función y para que su actuación merezca la confianza no sólo de las partes litigantes, sino de toda la Sociedad.

[a] Ha de gozar de **independencia**.

Ello significa que no puede estar sometido a presiones ni institucionales ni privadas.

Por ello, la función jurisdiccional penal se encomienda a una estructura que constituye uno de los Poderes del Estado, independiente del Legislativo y del Ejecutivo³⁰.

La independencia del juicio jurisdiccional se asienta en dos premisas, coordinadas, pero distintas, que analizaba Pietro Calamandrei.

[a.1] Institucionalmente, «... la independencia de la Magistratura estimada como sistema de órganos instituidos para juzgar, como orden autónomo e independiente de cualquier otro poder ...», estatal o paraestatal.

**El Poder Judicial es uno de los Poderes del Estado, regulado, como tal, por el capítulo XII del Título V de la Constitución.
El artículo 303 CH proclama que los «... magistrados y jueces independientes, únicamente [están] sometidos a la Constitución y las leyes.**

[a.2] funcionalmente, implica «... la independencia del magistrado individual en el momento en que juzga ...».

El artículo 303 CH proclama: «... La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se imparte gratuitamente en nombre del Estado, por magistrados y jueces independientes, únicamente sometidos a la Constitución y las leyes. ...».

Esta, a su vez, puede ser contemplada desde una doble perspectiva:

[a.2.1] individual o personal (condicionada por la preparación técnica, la experiencia, personal y jurídica, pero también la personalidad de cada Juez); y

[h.2.2] estatutaria. El estatuto profesional del Juez puede condicionar considerablemente su independencia. La forma de su designación y, en su caso, de su renovación, los mecanismos de promoción, su retribución y el régimen de su responsabilidad tienen mucho que ver con el grado efectivo de aquélla.

[b] El órgano encargado de juzgar un caso penal ha de estar revestido de **Imparcialidad**.

La experiencia común enseña que la probabilidad de un juicio correcto es directamente proporcional a la objetividad del encargado de emitirlo. De ahí, el

esfuerzo por asegurar lo que Chiovenda dio en designar como «*alienità*» (o «*terzietà*», o «*estraneità*»), esto es, y por utilizar la muy expresiva traducción ideológica propuesta por De la Oliva -y que comienza a ser utilizada por los procesalistas españoles- el *desinterés objetivo* (cuánto más, el subjetivo) del juzgador respecto al caso a él sometido. «*Più terzo, più giudice*». Las palabras de Chiavario adquieren el valor de una divisa.

La imparcialidad judicial tiene una doble dimensión.

[b.1] Como **imparcialidad subjetiva**, es ajenidad personal al conflicto. Se depura mediante los mecanismos de excusa o abstención, y de recusación, regulados por los artículos 83 y siguientes CPP.

[b.2] Como **imparcialidad objetiva**, consiste en la *ingenuidad* funcional, por ausencia de formación de juicio previo (*pre-juicio*) acerca del caso enjuiciado³¹.

La necesidad de establecer barreras frente al denominado *juez prevenido*, del que pueda temerse que, por razón del desempeño de una actividad anterior dentro del proceso, imprima (consciente o inconscientemente) a su actuación jurisdiccional un sesgo marcado por el prejuicio³² ha llevado a consagrar la separación de las funciones instructora y decisora, como garantía de la imparcialidad.

En el modelo francés napoleónico, inspirador del sistema continental, la investigación preliminar -instrucción del proceso- se atribuía a un órgano judicial, el Juez de Instrucción, como garantía de imparcialidad o neutralidad de la actividad instructora.

Frente a este modelo, se alza aquel otro, en el que el Ministerio Fiscal o Ministerio Público se constituye en dueño de la instrucción, en expresión que ha hecho fortuna entre los procesalistas alemanes (Peters, Roxin, Tiedemann, Esser), y comienza a extenderse entre los de habla castellana.

Tal es el sistema que se ha venido siguiendo, desde antiguo, en el mundo angloamericano y en los países nórdicos. Siguiendo su ejemplo, lo introdujo la denominada «*pequeña reforma*» de la Ley Procesal Penal alemana, en 1974, que tanto influyó en el cambio de sistema llevado a cabo por los Códigos Procesales Penales de Italia y de Portugal³³.

Y al Ministerio Fiscal o Ministerio Público atribuyen la función instructora nuevos Códigos Procesales Penales Centro y Sudamericanos (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguay y Perú), en sintonía con lo preconizado por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica³⁴.

En el párrafo primero del artículo 7 del Código Procesal Penal, se contiene una proclamación de la doble exigencia de independencia y de imparcialidad d jueces penales: «... El juzgamiento de los delitos y de las faltas, así como, el co de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, corresponderá a ju

y magistrados independientes e imparciales, sólo sometidos a la Constitución República, a los tratados y a las leyes. ...»³⁵.

[b.2.1] La garantía de la imparcialidad objetiva se consigue en la medida en que la instrucción es dirigida por el Ministerio Fiscal (artículos 92, 273 y 274 CPP)³⁶ - sin perjuicio de la legitimación de la Procuraduría General de la República para ejercitar la acción penal en materias propias de su competencia (artículo 92 CPP), ni de los poderes de investigación preliminar de los miembros de las Direcciones Generales de Investigación Criminal y de Policía Preventiva, siguiendo las orientaciones y órdenes del Ministerio Fiscal, y controlada por el Juez de Letras (artículos 279 a 281 CPP).

[b.2.2] El enjuiciamiento y fallo corresponde, en cambio, como regla, a los Tribunales de sentencia (artículo 57 CPP) y a los de Letras, en ciertos casos (artículo 58.3 CPP: asuntos propios del procedimiento abreviado), en caso de delito, y a los Jueces de Paz (artículo 59 CPP³⁷), en el de falta, y, excepcionalmente, a la Corte Suprema de Justicia, en aquellos casos en que actúe como órgano jurisdiccional de instancia (artículo 55 CPP).

[b.3] Predeterminación legal del órgano jurisdiccional: el principio del «Juez natural»

La división interna del trabajo jurisdiccional, garantía de enjuiciamiento por el «juez natural» (predeterminado por la Ley), se contiene en las reglas sobre competencia por razón de la materia y de la función, desarrolladas por los artículos 61 y siguientes CPP, indisponibles por las partes.

5. Principios estructurales del proceso penal en relación con las partes en conflicto.

[a] El acceso a la tutela judicial efectiva: legitimación para ser parte (en el procedimiento y en el proceso)

[a.1] La legitimación activa pública:

[a.1.1] La denominada acción popular (*quivis ex populo*) supone el reconocimiento de legitimación activa a cualquier persona, aunque no tenga un interés individualizado en el proceso. Es, en palabras del profesor Almagro Nosete, «... una legitimación abierta, de clara significación política, que extiende la eficacia del ejercicio del derecho a la jurisdicción penal en su vertiente activa o promotora, a todos los ciudadanos y excluye el monopolio del Ministerio Fiscal ...».

No puede desconocerse la tendencia moderna a prescindir o a limitar drásticamente esta modalidad de legitimación procesal activa.

En el Código Procesal Penal la legitimación pública es excepcional: sólo se atribuye a

«... cualquier persona, natural o jurídica ...» en procesos penales «... contra los funcionarios o empleados públicos que, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, hayan violado derechos humanos ...» (artículo 96.2 CPP).

Esta limitada posibilidad de acción popular se incluye entre las opciones alternativas contempladas en el Código Procesal Penal Modelo.

En cambio, no se incluye la legitimación procesal penal activa de asociaciones intermedias en defensa de intereses colectivos o difusos. Estas asociaciones podrán sólo -con arreglo al artículo 98 CPP- asumir la defensa de intereses de víctimas concretas e individualizadas.

[a.1.2] El Ministerio Fiscal.

[a.1.2.1] como representante del interés colectivo está legitimado activamente para intervenir en concepto de acusación pública, ejercitando la «acción pública» (a tenor del artículo 25 CPP), pudiendo proceder **por propia iniciativa (de oficio) o a instancia particular de persona interesada** (como víctima, en el sentido definido por el artículo 17 CPP) como condición excepcional de procedibilidad (artículo 26 CPP).

[a.1.2.2] Su condición de órgano tutelar de personas desasistidas -en cuyo caso interviene **por «sustitución procesal»** de éstas- explica que, con arreglo al **artículo 26.2 CPP**, pueda ejercitar la acción penal pública condicionada **«... sin necesidad de requerimiento de parte interesada cuando el delito haya sido cometido contra un menor o incapaz que no tenga padres o representante legal o cuando el autor del delito sea alguno de sus ascendientes o su representante legal ...»**.

[a.2] La legitimación por interés particular.

[a.2.1] Legitimación activa del sujeto pasivo del delito.

El sujeto pasivo del delito (el **«... directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y demás entes públicos ...»**: artículo 17.1 CPP) está legitimado para intervenir como parte acusadora (acusación particular) en virtud de querrela (artículos 16.1 y 96 CPP).

[a.2.1] Legitimación activa de las víctimas indirectas.

También lo están quienes, aun no siendo sujetos pasivos (directamente ofendidos) por el delito, tienen **-con arreglo al artículo 17 (2 y 3) CPP-** el carácter de víctimas de aquél, a saber,

«... [el] cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los

parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos testamentarios en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido ...» y

«... [los] socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio proindiviso ...».

[a.2.3] La iniciativa de parte como presupuesto de procedibilidad penal.

La iniciativa del ofendido o del perjudicado que tenga la consideración de víctima de la infracción se exige, como presupuesto de procedibilidad,

[1] en los delitos semipúblicos (perseguidos sólo previa denuncia del sujeto pasivo): la «instancia particular» como condición excepcional del ejercicio de la acción pública (artículo 26 CPP); y

[2] en aquellos casos en que la legitimación procesal activa está limitada a la víctima de la infracción, cuando se trata de los llamados delitos privados (artículo 27 CPP).

La privatización del proceso penal se funda, así, en alguna de estas razones:

[1] la abstención de intervención penal en ámbitos privados en los que aquélla podría resultar perjudicial (la delincuencia intrafamiliar), salvo casos de especial gravedad; y

[2] el reconocimiento de bienes jurídicos disponibles con interés público limitado en la persecución los delitos cometidos contra ellos (honor, intimidad y bienes patrimoniales).

La acusación particular (y la popular, en los casos en que excepcionalmente es posible) no es meramente adhesiva del Ministerio Fiscal. Tiene una intervención autónoma -como se comprueba por la lectura del artículo 97 CPP- y puede suplir la inactividad de la acusación pública, determinando, entonces, la denominada «conversión» del procedimiento (artículo 41 CPP), que se ajustará a las especialidades establecidas por los artículos 405 y siguientes CPP.

Por lo demás, la posición de la víctima se encuentra considerablemente robustecida, dados los derechos que le reconoce el artículo 16 CPP.

[b] Principios rectores de la actuación de las partes procesales.

El proceso penal constituye el marco de comprensión escénica en que se enfrentan dialécticamente las pretensiones y oposiciones, contrapretensiones o resistencias de las partes acusadora y acusada, situadas en un plano de igualdad, de no discriminación arbitraria.

[b.1] Dualidad de posiciones de parte.

La controversia (el conflicto), potencial o actual, en torno a la satisfacción o el rechazo de una pretensión punitiva o de aseguramiento es el fundamento del proceso penal; presupuesto de la incoación del procedimiento y de la apertura del juicio oral.

Aunque puedan ser asumidas por más de una persona (física o jurídica), las posiciones de parte en el proceso penal son dos: acusadora y acusada, según se pretenda o se resista la imposición de una pena o de una medida de seguridad a persona determinada, a quien se acusa de ser autora de un hecho no justificado descrito como constitutivo de infracción penal.

[b.2] Igualdad de las partes procesales.

El proceso se organiza como una relación dialéctica entre partes constituídas en pie de igualdad, de acuerdo con el modelo comunicativo del discurso exento de dominación (en el sentido desarrollado por Habermas).

La igualdad de armas procesales de las partes es un ideal compartido por el sistema acusatorio anglosajón («*equality of arms*») y por los procesalistas continentales («*Waffengleichheit*», de que hablan, en Alemania, Bötticher, Blomeyer y Stein-Jonas), que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, en su sentencia de 27 de junio de 1968, en el caso Neumeister) y la procesalística española (sirva de ejemplo el profesor Gimeno Sendra) ligan a la efectividad del derecho a un juicio justo o debido, reconocido por el artículo 6.1 de la Convención Europea de 1950.

Dörr explica que el principio se concreta en que «... cada parte procesal dispondrá de iguales y suficientes oportunidades para manifestar su pretensión ...» Y en que «... ninguna de las partes será discriminada frente a las demás ...».

Esparza Leibar advierte que la igualdad entre las partes procesales «... se basa en la consideración, para el proceso penal, de la acusadora y la inculpada como posiciones procesales opuestas igualmente legitimadas, y que, en consecuencias deberán ser dotadas de iguales armas para la consecución de sus fines procesales. Pero los roles procesales de acusador e inculpado son tan diferentes que no será posible hablar de una igualdad de armas absoluta entre la posición acusadora, obligada a la investigación de los hechos y los inculpados facultados para la negación y el silencio sobre los mismos. ...». Por eso, más que de igualdad de armas, se ha de hablar de «... igualdad de oportunidades ... en el sentido de un equilibrio del derecho de ambas partes en la medida de las diferentes necesidades que para cada rol procesal deben ser satisfechas, esto garantizaría igualmente un “fair trial” superando una consideración de la igualdad de armas como absoluta ...».

Artículo 13 CPP.- *Igualdad de los intervinientes.* Los Jueces y Magistrados velarán por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso.

El principio de igualdad de los intervinientes en el proceso se encuentra expresamente consagrado por el artículo 13 CPP, constituyendo a jueces y magistrados en garantes de su efectividad.

b.3. Contradicción (o audiencia bilateral: «*audiatur et altera pars*»).

En el marco escénico procesal, la acción dramática se desarrolla con arreglo a las pautas procedimentales de la oralidad y de la publicidad, concediendo a ambas partes en conflicto iguales oportunidades de formular sus alegaciones y de defenderlas mediante la prueba de los hechos fundadores y de la proposición de los correspondientes argumentos jurídicos, por un lado (igualdad de armas procesales), y de tratar de contrarrestar las alegaciones, pruebas y argumentos de la parte contraria, por el otro. En esto último consiste el principio procesal de contradicción.

A diferencia de la oralidad y de la publicidad, no se trata de un principio del procedimiento, sino de un principio procesal, porque afecta a la estructura misma del proceso; y es consustancial al moderno modelo dialéctico (el ideal del «*adversary system*» angloamericano) que concibe aquél como mecanismo de resolución de un conflicto entre partes situadas en pie de igualdad.

El principio de contradicción domina la totalidad del procedimiento, y no sólo la fase de debate. Durante la investigación, la contradicción se manifiesta como poder de aportación, ante el Fiscal, en cuanto director de aquélla, de cuantos elementos de juicio se consideren convenientes para la mejor defensa del imputado. Obviamente, como hace notar el profesor Gimeno Sendra, lo anterior implica la oportunidad de constituirse en parte con iguales derechos y posibilidades de actuación que las legitimadas como acusadoras.

artículo 4 CPP (*Principio de contradicción*). «Salvo que el presente Código señale otro procedimiento, el juicio será oral y público y en él regirá el principio de contradicción».

Artículo 14 CPP (*Inviolabilidad del derecho a la defensa*). «El derecho de defensa es inviolable».

Ambos principios se implican recíprocamente.

Se encuentra consagrado expresamente en el artículo 4 CPP, y se suele considerar que es consecuencia de él la inviolabilidad del derecho a la defensa, proclamado por el artículo 14 CPP.

Quizá sea más exacto calificar la relación entre ambos como de **implicación recíproca o coimplicación**.

Sólo si la parte acusada tiene derecho a defenderse de la acusación formalizada contra ella podrá contradecir y enervar sus alegaciones y pretensiones.

Sólo si la parte acusada tiene oportunidad de contradecir y enervar las alegaciones y pretensiones de la parte acusadora, podrá defenderse eficazmente de la acusación formalizada contra aquélla.³⁸

[b.4] El principio acusatorio como principio estructural del proceso penal.

El modelo procesal denominado inquisitivo dejaba en manos del órgano jurisdiccional tanto la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, como la investigadora, esto es, de instruir el proceso, y de configurar su objeto, fijando tanto el hecho enjuiciable o justiciable como la pretensión punitiva.

Esta concentración de funciones y poderes se considera, hoy, como incompatible con la exigencia de imparcialidad como rasgo sustancial de la actividad jurisdiccional.

El modelo procesal acusatorio («*adversary system*») parte, en cambio, de una concepción dialéctica del proceso, que busca la decisión del conflicto subyacente por una instancia superadora, ajena a él y a las partes enfrentadas.

Las partes fijan el objeto del litigio y condicionan, en esa medida, el ámbito de los poderes del órgano jurisdiccional.

[1] Las partes³⁹ definen el hecho enjuiciable (o justiciable) como señal de identidad del proceso.

Con arreglo al primer inciso del artículo 329 CPP, la sentencia «... no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta, ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas. ...».

[2] La preexistencia de la acusación constituye presupuesto de procedibilidad, y condiciona la apertura del juicio oral.

[2.1] Por eso, la renuncia o el desistimiento (o abandono) de la querrela o de la acusación son causas de extinción de la acción penal (artículos 42, 44, 46 y 100 CPP), sin perjuicio de que el Juez de Letras, ante quien se desarrolle la audiencia inicial, pueda, en caso de pretensión de sobreseimiento, deferirla en consulta al Fiscal superior jerárquico del interviniente (artículo 299 CPP). Esta posibilidad procura armonizar las exigencias del principio acusatorio y la función tutelar de la legalidad que corresponde al órgano judicial controlador de la instrucción.

En cualquier caso, se trata de un órgano distinto del que ha de juzgar el caso, de prosperar la consulta al Fiscal superior.

[2.2] La acusación es presupuesto de apertura del debate y del juicio. El artículo 302 CPP dejan bien claro que el auto de apertura del juicio oral ha de ir precedido de la formalización de la acusación.

[3] La calificación del hecho por la acusación condiciona relativamente la actividad calificadora del órgano jurisdiccional.

A tenor del segundo inciso del párrafo primero del artículo 337 CPP, la sentencia no podrá -so pena de incurrir en vicio de incongruencia- «... calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas [a saber: la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta]. ...».

A propósito de los recursos, el artículo 350 CPP (Asuntos sobre los que debe recaer la sentencia y sus alcances. Prohibición de reforma peyorativa (non reformatio in pejus) establece que la sentencia que resuelva un recurso «... sólo podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación ...»; lo que se corresponde con el principio «*tantum appellatum. quantum devolutum*».

[4] Se prohíbe la reforma, peyorativa respecto de la acotación de hechos y su calificación por la acusación, pero no la meliorativa, incluída la degradación del hecho de delito a falta.

En efecto, el párrafo segundo del antes citado artículo 337 CPP establece: «...Si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso. ...».

En materia de recursos rige igualmente la proscripción de la «*reformatio in peius*».

A tenor del artículo 350 CPP, ya citado, la sentencia que resuelva un recurso «... sólo podrán modificar la resolución impugnada en perjuicio de la persona imputada, cuando lo impetere alguna otra parte recurrente, y siempre que no agrave lo ya pretendido por ésta ante el órgano judicial que dictó la resolución recurrida....»⁴⁰.

6. Los principios relativos a la pretensión y al derecho material subyacente.

6.1. La disponibilidad del objeto del proceso.

Si el proceso significa relación dialéctica entre pretensión y oposición o resistencia, como expresión del conflicto subyacente, la proposición y mantenimiento de aquélla es presupuesto indispensable de su existencia.

La naturaleza pública o privada del interés en juego determina su disponibilidad por las partes en litigio, y, consiguientemente, la del objeto del proceso, y, a través de ésta, la del proceso mismo. Necesidad u obligatoriedad y discrecionalidad en función de la oportunidad son los dos términos de la alternativa, y, a la vez, arrastran, cada uno, tras sí una serie de diferentes «principios-consecuencia» que contribuyen a configurar el respectivo modelo procesal.

El órgano jurisdiccional se constituye en instancia superadora del conflicto entre partes. La proposición de la pretensión (punitiva, y de resarcimiento, en su caso) y la aportación de la prueba de los hechos en que se funda, fijan los límites del juicio, que el Juez no puede traspasar, del mismo modo que no puede asumir la iniciativa de introducir aquélla, o alterar sustancialmente sus términos, ni proporcionar elementos probatorios de su base fáctica, so pena de quedar deslegitimado por pérdida de su imparcialidad. Esta vinculación del juzgador a los planteamientos de las partes se expresa como principio acusatorio.

6.2. El principio de *legalidad* (o de persecución pública obligada) como expresión de la necesidad u obligatoriedad de la persecución de todo hecho supuestamente delictivo.

Está muy arraigada la idea de que el proceso penal es el reino del principio de necesidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción y de la formulación de la correspondiente pretensión punitiva o aseguradora, sin posibilidades de disposición por la acusación pública, en cuanto asume institucionalmente el deber de promover la efectiva realización («*enforcement*») de lo establecido por la Ley. De ahí que también se conozca este principio como «*de legalidad*».

6.3. El principio de oportunidad.

En cambio, en el modelo angloamericano la acusación pública, monopolizadora de la acción penal, puede valorar discrecionalmente si es oportuno formular la acusación.

6.4. El principio de oportunidad [legalmente] reglada.

Como sistema intermedio, se extiende en la Europa continental el modelo denominado

de oportunidad reglada, porque la Ley se encarga de fijar las razones por las que la acusación pública podrá abstenerse de acusar, imponiendo, o no, condiciones al imputado.

Obviamente, la mayor o menor disponibilidad del objeto del proceso por las partes determinará el grado de posibilidad de soluciones transaccionadas, cuyo más acabado arquetipo son las negociaciones que, en el modelo anglosajón, pueden desembocar en una admisión de culpabilidad por el imputado («*plea bargaining*»), y su consiguiente conformidad con las recomendaciones de pena formuladas por el Ministerio Fiscal.

A este último responde el Código Procesal Penal, cuyos artículos 28 y 36 establecen, respectivamente, los casos en que el Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal, o de suspender condicionadamente (con autorización judicial) su ejercicio.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el mejor conocimiento, en Europa, del sistema procesal penal angloamericano y la seducción que ejerció el hondo sentido democrático que latía en el modelo acusatorio («*adversary system*») propició reformas procesales que se inspiraron en él, y que, empezando en la República Federal Alemana, se extendieron a Italia y a Portugal.

En realidad, la idea de oportunidad ya había arraigado en Alemania desde mucho antes. Beling ya expuso que «... aceptándose el principio de la investigación oficial combinada con el de acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación, en los casos en los que la ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente; por ejemplo, por razón de la nimiedad de la infracción (*minima non curat praetor*) o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de legalidad niega tal libertad a la autoridad encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede. ...»

Un conocido procesalista italiano, Amodio, pudo, así, diagnosticar que las nuevas reformas del proceso penal estaban «*pintadas con los colores de la bandera norteamericana*».

Sin embargo, tal cosa distaba mucho de ajustarse a la realidad. Las reformas europeas no adoptaron en su totalidad el sistema angloamericano, sino que lo adaptaron a la peculiar mentalidad continental, construyendo, de este modo, lo que se ha dado en denominar un «*sistema de oportunidad [legalmente] reglada*».

La gran reforma procesal penal operada en la República Federal Alemana en 1974 mantuvo (desarrollando una línea de política procesal que data del primer cuarto del siglo XX), como regla general, la vigencia del denominado principio de legalidad de la actuación de la Fiscalía, en su doble vertiente: en caso de que existan sospechas

fundadas de haberse perpetrado un hecho delictivo, el Ministerio Fiscal está obligado por Ley a practicar las investigaciones oportunas para el esclarecimiento del caso; como está obligado a acusar, en caso de que, tras la instrucción, existan buenas razones para considerar que una persona ha participado culpablemente en un hecho constitutivo de delito.

La vigencia de este principio de legalidad de la actuación del Ministerio Público es tan indiscutida como que ya no se enuncia en términos tan absolutos como en el modelo clásico continental de corte napoleónico.

En efecto, actualmente, de acuerdo con la Ley Procesal Penal Alemana, la Fiscalía no está obligada a perseguir y acusar cualquier infracción penal. En palabras de un estudioso de dicho texto legal (Gómez Colomer), «... razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que el principio significa ...».

Por eso en dicha Ley se prevén casos concretos en los que el Fiscal puede prescindir de la persecución de determinados delitos leves («*Bagatellsachen*», bagatelas), cuando la culpabilidad del autor sea mínima y no exista interés público en su persecución; o de otros que, dentro de los límites marcados legalmente, considere inconveniente perseguir: ciertos hechos cometidos en el extranjero, o cuya persecución o enjuiciamiento pudiera entrañar un grave peligro para el Estado o para intereses públicos superiores; o en caso de arrepentimiento del culpable, cuando colabore activa y eficazmente para evitar o reducir el grave daño causado por el delito; o cuando se trate de hechos punibles secundarios, accesorios de otro principal, cuya pena sea tan grave que haga innecesaria la imposición de las penas menores correspondientes a aquellas infracciones. En ocasiones, se exige aprobación judicial de la abstención de acusación.

La abstención de acusación puede ser pura o condicionada al cumplimiento de determinados deberes de conducta.

Consideraciones de oportunidad y de consenso son perceptibles en el Código portugués del Proceso Penal, de 1987 (abstención de acusación condicionada al cumplimiento de deberes de conducta), y en algunas previsiones legislativas de otros países, en el ámbito de la delincuencia relacionada con el tráfico de drogas de abuso. En esta materia, precisamente, el principio de oportunidad reglada ha llegado a la misma Francia, donde, a partir de una Ley de 1970, de lucha contra la toxicomanía, se permite que el Fiscal no inste la incoación del procedimiento si el toxicómano se somete voluntariamente a un tratamiento recuperador.

En España, puede comprobarse la existencia de una opinión, avalada por especialistas muy prestigiosos (Gimeno Sendra, Vives Antón, Moreno Catena, Conde-Pumpido Ferreiro ...), favorable a la introducción del principio de oportunidad

legalmente reglada. Otros (De la Oliva, Andrés Ibáñez, Ruiz Vadillo, Armenta Deu), lo ven con aprensión, por temor a que, incluso en esa modalidad limitada por la Ley, la concesión de un margen de discrecionalidad al Ministerio Fiscal termine -como apunta un sector de procesalistas italianos- por servir de portillo a la subordinación del funcionamiento del aparato punitivo del Estado a criterios de pura oportunidad política.

6.5. El debate sobre el principio de oportunidad.

Cuéllar Cruz resume de este modo las objeciones que se oponen a la introducción del principio de oportunidad reglada:

[a] Supondría una privatización del proceso penal, permitiendo operar sobre él con criterios propios del principio dispositivo.

Díaz Cabiale considera que el principio de oportunidad deja el ejercicio de la potestad penal (*ius puniendi*) en manos del Ministerio Fiscal. De este modo -en opinión de De la Oliva- se llega a «... desvirtuar el Derecho Penal mediante el proceso ...», pues de nada vale la conminación con una pena si una instancia determinada -pública o privada- puede cerrar el paso a la exigencia de responsabilidad.

Para Montero Aroca, la adopción del principio de oportunidad conduciría a «... un proceso penal distinto del actual, en que lo más sobresaliente sería que el titular del *ius puniendi* no sería el juez, sino el Ministerio Público, en cuanto dependería de éste el inicio del proceso y su conclusión. Y aquí radica precisamente lo que en el fondo se pretende con la introducción de esa falsa oportunidad: desplazar el poder del juez por el poder del Ministerio Público, esto es, disminuir el poder de un órgano independiente, como es el juez, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo como es el Ministerio Público; más claramente ... lo que se pretende es reducir el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional a lo que caso por caso decidiera el Poder Ejecutivo ...». Y remata: «... Atribuir al Ministerio Público, y por su intermedio al Poder Ejecutivo, la iniciativa para perseguir o no determinados delitos o delincuentes, supone admitir que este último debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tiene. ...».

Para colmo, añade Ormazábal Mallaré, la persona imputada se ve impedida de probar su inocencia declarada mediante sentencia firme tras un juicio contradictorio.

[b] Otorgar una facultad discrecional al Ministerio Fiscal en la iniciación de los procesos penales sería atentar contra la seguridad y la igualdad que proporciona la legalidad penal.

En definitiva, parece que la oposición a la introducción del principio de oportunidad estuviese estrechamente relacionada -y ello es igualmente perceptible en la crítica de

Fairén Guillén- a la posible relación de dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, hasta convertir la *oportunidad* en *oportunismo* político, y sustituir la perspectiva de la equidad y la utilidad social por otra, de conveniencias coyunturales del Gobierno de cada momento.

Justamente, el modelo de oportunidad reglada trataría de conjurar el riesgo de arbitrariedad estableciendo, por ley, las pautas a las que el ejercicio de aquélla ha de ajustarse.

En defensa de la introducción del principio de oportunidad se afirma que, del mismo modo que el Poder Legislativo tiene un amplio margen de discrecionalidad para tomar sus decisiones de *criminalización primaria* (delimitando genéricamente qué conductas han de constituir infracción penal y con qué penas han de castigarse respectivamente), puede configurar no menos discrecionalmente los límites de la *criminalización secundaria* (persecución y enjuiciamiento de conductas supuestamente delictivas); de modo que, si tiene legítimo poder para fijar los casos en que el Ministerio Público sólo puede intervenir previa instancia de la persona ofendida (titular del bien jurídico tutelado), y aun reservar la persecución a la iniciativa procesal de esa persona, negando legitimación procesal activa al Fiscal, lo tiene, también, para determinar aquellos otros en los que el acusador público puede abstenerse de ejercitar la acción penal, o suspender condicionalmente su ejercicio, por concurrir alguna de las circunstancias que la propia Ley se cuida de concretar.

Analizado en profundidad, el criterio de la oportunidad reglada, en unos casos no hace sino completar las previsiones generales de las normas penales que tipifican las conductas constitutivas de infracción penal y las causas genéricas de exención de responsabilidad por ausencia de alguno de los elementos estructurales del concepto de delito (antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad), con nuevos criterios que permitan una mayor precisión en la tarea de ponderar las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Buena parte de las pautas legales a tener en cuenta para ponderar la justificación de la abstención de la persecución o de la acusación se encaminan a verificar si, en último término, falta, en el hecho, «merecimiento de pena» («*mängelnde strafwürdigkeit*», a que se refiere el Código Penal austríaco), dadas las circunstancias concretas del caso.

Conde-Pumpido Ferreiro lo explica muy bien. Las diferentes descripciones de conductas constitutivas de delitos o faltas «... se hacen en abstracto y para la masa de las acciones subsumibles en el tipo. Por ello puede ocurrir que en la práctica se presenten casos concretos -tanto más frecuentes cuando menor contenido antisocial tenga la acción prevista como delictiva- en que no se dé o una lesión tutelable del bien jurídico o una lesión no tutelable por otros medios del ordenamiento jurídico. En tales casos no sólo no debe haber inconveniente alguno en permitir una renuncia del ejercicio del “ius puniendi”, sino que incluso los propios principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad* que rigen el Derecho penal moderno deben conducir a no utilizar la máxima sanción jurídica, esto es la pena, en supuestos en que por otros medios puede alcanzarse el fin de tutela jurídica que el legislador tenía presente al tipificar

penalmente aquella conducta. ...».

Otras veces, la abstención de la persecución o de la acusación, condicionada al cumplimiento aceptado de deberes de conducta no es sino un adelantamiento de medidas que, en otro caso, se adoptan tras la investigación, acusación, juicio y condena. Mediante soluciones consensuadas, que implican la asunción de responsabilidad por el imputado (de otro modo, carecería de sentido imponerle medida alguna), «... se pretende ... -de nuevo, son palabras de Conde-Pumpido Ferreiro- preservar al sujeto pacificado no sólo de los efectos negativos de la pena privativa de libertad -criterio tradicional de aplicación de sustitutivos *tras* el proceso-, sino también de los efectos de “estigmatización” o “etiquetamiento” que origina el proceso. Se dice que, siendo el fin del proceso penal la imposición de una pena por el hecho enjuiciado, desarrollar todo el aparato del proceso y el “teatro” del juicio oral, para finalmente no ejecutar la pena impuesta, sustituyéndola por una medida no penal, constituiría no sólo una quiebra de la economía procesal sino también una innecesaria agresión a la personalidad del sujeto sometido al proceso, y que, por ya resocializado, no requiere de la imposición de la pena que es objeto de aquél. ...».

En la medida en que la Ley ha de predeterminar los diferentes casos y condiciones en que quepa al Ministerio Fiscal abstenerse de iniciar o proseguir la investigación, o de acusar, se produce una adecuación entre las ventajas de la posibilidad de actuación por consideraciones de oportunidad en el caso concreto y las exigencias del principio de legalidad.

Incluso se abre paso la idea de que, en definitiva, el denominado criterio de oportunidad reglada tiene más de legalidad que de oportunidad, como apuntan especialistas alemanes (Henkel, Baumann) y españoles (Ruiz Vadillo, De la Oliva). En definitiva, como pone de relieve Delgado Barrio, cuando la norma legal selecciona las causas justificativas de la inactividad del Ministerio Fiscal, no concede a éste un poder de decisión según sea oportuno en el caso concreto: «... persecución o no persecución del delito no son soluciones igualmente justas, no son jurídicamente indiferentes. ...». La inexistencia de interés público en la persecución o la culpabilidad ínfima (por poner dos ejemplos de factores justificativos de la abstención del acusador público) «... son conceptos jurídicos indeterminados que, como tales, admiten una única solución justa: o la culpabilidad es ínfima o no lo es, o no existe interés público en la persecución o existe. Sólo hay una solución justa ...», y ésta aparece perfilada por los criterios proporcionados por la Ley.

Ciertamente, como, desde diferentes perspectivas, apuntan Delgado Barrio y Pedraz, al fijar legalmente las hipótesis que legitiman la abstención del Ministerio Fiscal, parece inevitable el manejo de conceptos jurídicamente indeterminados y «*preceptos elásticos*» o «*cláusulas generales*» («*cláusulas válvula*»), que pueden poner en peligro la seguridad jurídica. Sin embargo, su utilización no implica necesariamente la concesión de un margen de discrecionalidad al Ministerio Fiscal, como critica Tiedemann. Si por discrecionalidad se entiende poder de apreciación no fiscalizable (Delgado Barrio, Armenta Deu), todo cambiará en cuanto se abra un portillo a la

fiscalización de la decisión del Ministerio Fiscal o, alternativa o cumulativamente, a la posibilidad de que otra persona se vea legitimada para suplir su inactividad.

De ahí que en los sistemas continentales en que se ha introducido el criterio de oportunidad reglada, se haya visto complementado por dos medidas:

a) la exigencia de control u homologación judiciales, «... “piedra de toque” -en palabras de Vázquez Sotelo- para la identificación del ámbito genuinamente jurisdiccional», pues, de otro modo, apostilla Cuéllar Cruz, se otorgarían «... funciones jurisdiccionales a un órgano no judicial quien decidiría, incluso previamente a un proceso formal, extremos tales como la culpabilidad o inocencia del implicado y la sanción o medidas a imponer, con lo cual se produce un desplazamiento ilegítimo de funciones procesales inadmisibles en un proceso respetuoso con el principio acusatorio ...»; y

b) el poder de la víctima (en sentido amplio) para suplir la pasividad del acusador público, bien provocando su intervención bien interviniendo aquélla directamente como parte acusadora.

Hay quienes creen que el ejercicio del poder de abstención concedido al acusador público ha de ser en todo caso controlado judicialmente; y así se exige en ciertas legislaciones. Sin embargo, otros especialistas entienden que es preferible contentarse con el control que representa la posibilidad de que un acusador privado pueda comparecer e instar la apertura del proceso, decidiendo, entonces, el juez, a la vista de las razones respectivamente alegadas por las partes en conflicto.

A pesar de su innegable impacto emocional, no convencen los argumentos (invocados por Cuéllar Cruz) basados en la práctica viciosa de una criminalización secundaria que gravita fundamentalmente sobre las clases más desfavorecidas (lo que resuelta especialmente perceptible en los países tercermundistas: Soto Tabora, Tocora), relajando la *presión penal* que pesa sobre ellas; ni en la necesidad de administrar eficazmente los medios escasos con que cuenta la Administración de Justicia, extremo sobre el que insistieron los teóricos del *Análisis Económico del Derecho*, contribuyendo a *desescombrar* unos órganos judiciales sobrecargados de trabajo.

Estos razonamientos conducirían (como ponen de relieve Montero Aroca o Fairén Guillén), a la necesidad de reformas del sistema procesal penal o de modificaciones radicales de la estructura socioeconómica (tan importante entre los mecanismos de la criminogénesis), hasta conseguir hacer realidad un modelo más justo, pero en modo alguno tienen eficacia persuasiva desde el punto de vista teórico.

Sí la tiene, en cambio, la reflexión que parte de la funcionalidad del propio sistema penal. Si se trata de construir un sistema no meramente represivo, sino capaz de disuadir a los miembros de la Sociedad de realizar actos que resultan profundamente perturbadores de la convivencia; si se pretende encontrar una vía para que las pautas generales de resolución del conflicto subyacente en el conflicto penal sean, además, equitativas, proporcionadas y socialmente útiles en el caso concreto, puede ocurrir que

sea preferible optar por renunciar no ya a la imposición de la pena, o por sustituirla por otro tipo de medida, sino por renunciar al proceso mismo, radicalmente o a imponiendo al imputado alguna condición. Esta opinión cuenta con numerosos valedores (Cuéllar Cruz proporciona un acabado panorama del estado de la cuestión) y casaría muy bien con la conocida propuesta de Radbruch, patrocinando no un *Derecho Penal distinto*, sino *algo distinto del Derecho Penal*.

El principio de oportunidad implica, en definitiva, un replanteamiento de los presupuestos legitimadores de la potestad punitiva.

La apertura y seguimiento de un procedimiento penal suponen que existen buenas razones para pretender de un órgano jurisdiccional la imposición de una pena a quien se imputa la perpetración culpable de una infracción penal.

La Sociedad organizada políticamente en Estado encomienda a un órgano de éste -el Ministerio Público- la función de pretender el castigo de la persona imputada como culpable de un delito o de una falta. Ese órgano tiene, en principio, el deber de instar que se le imponga una pena, cuando hay motivos para ello.

En la medida en que esa pretensión es resistida por la persona imputada, se hace preciso un debate entre partes, que decide irrevocablemente el órgano jurisdiccional.

El principio de oportunidad reglada significa que el órgano competente para investigar el hecho supuestamente delictivo e interesar su castigo, puede -más aún, debe inhibirse cuando concurren ciertas circunstancias (enunciadas legalmente) que privan de su función a la imposición de la pena, deslegitimándola, o hacen preferible su sustitución por otra medida socialmente más funcional.

La posibilidad de que, desde un principio, el Ministerio Público pueda abstenerse de actuar su potestad de iniciativa procedimental o de proponer la imposición (asumida por la persona imputada) de un medida sustitutiva de la pena, evita el inútil rodeo (*circuitus inutilis*) que retrasaría esa decisión a una fase ulterior del procedimiento, instando su sobreseimiento.

6.6. El principio de oportunidad [legalmente] reglada en el Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal reconoce como principio general el de legalidad, y como excepcional el de oportunidad.

Este criterio subsidiario no queda, por lo demás, abandonado a la arbitrariedad del Ministerio Fiscal, sino que se ve condicionado a unas pautas legales de aplicación, por más que -para fijarlas- se utilicen conceptos jurídicamente indeterminados, que introducen inevitablemente un margen de discrecionalidad (valoración) del órgano acusador titular del poder de apreciación de la oportunidad de instar la iniciación del

procedimiento penal o la apertura del juicio oral, sin caer, por ello, en la arbitrariedad.

6.6.1. Casos en que procede la aplicación del principio de oportunidad.

El **artículo 28 CPP** contiene la enumeración taxativa de casos en que, excepcionalmente, el Ministerio Público puede abstenerse, pura y simplemente, de perseguir el hecho supuestamente constitutivo de infracción penal.

«... No obstante, podrá abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a alguna de las infracciones o a alguno de los imputados, en los casos siguientes:

1) Cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, la afectación del interés público sea mínima y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad ...».

Puede sorprender que el tope máximo de pena llegue hasta los cinco años (en Guatemala, por ejemplo, se restringe a dos, al igual que en la República Federal Alemana), pero se ha tenido en cuenta el promedio estadístico de penas conminadas en el Código Penal.

Se exige que la afectación del interés público sea mínima, lo que implica un juicio de valor por parte del Ministerio Público y, en su caso, del órgano judicial competente para el control de la decisión de aquél.

No se proporcionan las pautas para realizar ese juicio. Habrá que valorar la entidad del bien jurídico protegido, la intensidad de su lesión o de su puesta en peligro, la sensibilidad social en relación con el tipo de infracción, consideraciones de política criminal (por ejemplo, la necesidad de reaccionar frente a casos muy frecuentes de delincuencia, que, por lo mismo, estén afectando muy negativamente a los sentimientos de seguridad colectiva y de confianza en la vigencia efectiva de las normas) y también la personalidad y condición del autor, que explica que se exceptúen -así, en Guatemala y Costa Rica- delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus cargos. Aun cuando no se incluya esta previsión expresa (lo lamentan Tjerino Pacheco y Cuéllar Cruz), puede llegarse al mismo resultado partiendo de la pauta general legal.

La novedosa referencia a la ausencia de peligrosidad de la persona imputada tiene como objetivo evitar que la aplicación del principio funcione como factor de recaída en el delito, suscitando una imagen de falta de vigencia efectiva del sistema penal.

«... 2) Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la consumación o los efectos del delito [en cuyo caso, la renuncia a la acción penal constituye el premio a una actitud del sujeto que evidencia su positiva voluntad de

restauración del orden jurídico, a la vez que puede funcionar como incentivo disuasorio de la progresión en el desarrollo del hecho delictivo (perspectiva preventiva) y como medida de promoción del resarcimiento de la víctima (perspectiva tutelar victimológica)], con la misma salvedad del caso anterior [a saber, que, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad] ...».

En el Código de El Salvador se incluye una causa similar de abstención de acusación. A juicio de Cuéllar Cruz, podría llegarse a una conclusión equivalente partiendo de la referencia a la mínima culpabilidad del autor o del partícipe o a la exigua contribución de éste (en el Código de Costa Rica) o a la ínfima culpabilidad penal del autor, cuando no exista interés público en la persecución (Código Pena Alemán).

«... 3) Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o moral grave ...».

Se trata de una hipótesis de equidad o humanidad (también conocida en los Códigos de El Salvador, Guatemala y Costa Rica, referida únicamente al imputado): el imputado ha recibido ya, como consecuencia de su delito, lo que Cuéllar Cruz denomina muy expresivamente una *pena natural*, esto es, un mal tan aflictivo o más, quizá, que el que le representaría la pena.

«... 4) Cuando la pena a aplicar por un delito sea de menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe imponer a la misma persona por otro delito conexo ...»; para evitar la hipertrofia punitiva: a partir de cierta medida, la pena deja de tener sentido, absorbiendo, la más grave, a las otras, de gravedad menor, por infracciones conexas, siendo, este criterio de conexión, el dato que proporciona sentido a la absorción punitiva. Una causa de abstención equivalente se incluye en los Códigos de El Salvador y de Costa Rica.

«... 5) Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se trate resulte más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. En este caso se aplicarán, en lo procedente, las disposiciones relativas a la suspensión condicional de la persecución penal. ...».

Responde, esta causa de abstención (conocida asimismo en Costa Rica), a un criterio claramente utilitarista, aplicado por muchos sistemas penales de otros países, como regla general o introduciendo reglas específicas para «*arrepentidos*» de determinados delitos, como los de narcotráfico o terrorismo] que ofrece un incentivo penal, articulado

como renuncia a la acción, en atención al mayor beneficio colectivo que se consigue mediante la colaboración del delincuente.

Cuéllar Cruz hace ver que la exigencia de que «... el hecho cuya persecución se abandona sea “más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita”... impide la impunidad en relación con delitos graves, lo cual sería, desde todo punto de vista, contrario al objetivo y límites de dicho criterio de oportunidad. ...»

6.6.2. Mecanismos de fiscalización del ejercicio del poder de abstención de persecución por razones de oportunidad.

No se ha optado por la generalización de la exigencia de aprobación judicial, sólo exigible en caso de conflicto entre el Ministerio Público y la víctima. En su lugar se prevén dos distintos mecanismos fiscalizadores.

[a] La necesidad de homologación superior, como mecanismo de fiscalización interna.

A tenor del **artículo 29.1 CPP**, la aplicación del criterio de oportunidad «... deberá ser autorizada por el Fiscal General de la República, quien podrá delegar esta facultad en el Director de Fiscales y éste en el sentido descendente de la jerarquía, excepto en el caso previsto en el numeral 5) del Artículo 28, cuya autorización deberá darla el titular de la Fiscalía General de la República. ...».

[b] La posibilidad de actuación supletoria de la víctima, como garantía de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y control político del Ministerio Público:

El **artículo 30 CPP** dispone: «... La aplicación del criterio de oportunidad dará lugar al archivo administrativo del caso, previa audiencia de la víctima, a quien deberá notificársele una vez dispuesto. ...».

Porque la víctima cuenta con la oportunidad de ejercitar una «... acción ... para dejar sin efecto el Archivo ...», como reza el epígrafe del artículo 32 CPP. A su tenor, «... [dentro] de los cinco (5) días hábiles a contar del siguiente de la notificación del archivo, la víctima podrá instar, del Juez de Letras competente para el control de la investigación preparatoria, que lo deje sin efecto, por no concurrir alguno de los requisitos legales para que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal. ...».

Las consecuencias de esta iniciativa de la víctima se determinan en el párrafo siguiente del mismo precepto: «... El Juez de Letras requerirá al Ministerio Público para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, explique las razones de su abstención, y transcurrido dicho plazo, resolverá, en los tres (3) días siguientes, ratificando o dejando sin efecto la decisión del archivo. ...».

Como el Ministerio Público no puede abstenerse discrecionalmente de acusar, sino sólo en los casos predeterminados legalmente, el Juez puede controlar este aspecto reglado de la decisión de aquél.

«... En caso de revocación del archivo -dispone el artículo 33- el Ministerio Público está obligado a ejercitar la acción penal, con independencia de que la víctima la ejercite también, constituyéndose en acusador privado. ...».

La confirmación judicial del archivo, «... por estimarse que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, no será obstáculo para que la víctima, dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a contar del siguiente a dicha notificación, pueda ejercitar la acción penal correspondiente conforme al procedimiento de conversión. ...»

Porque el artículo 41 CPP (epigrafiado «Conversión de las acciones públicas») dispone que las acciones públicas «... podrán ser ejercitadas conforme al procedimiento especial previsto ... para las acciones privadas ...1) Cuando el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal conforme el artículo 28 ...». He aquí una solución importada -como hace notar Cuéllar Cruz- del Derecho costarricense.

Claro que, en aras de la seguridad jurídica, la legitimación de la víctima para ejercitar la acción penal está sujeta a un plazo de caducidad. Transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco días, sin que aquélla la ejercite, la acción penal quedará extinguida, por imperativo del párrafo segundo del artículo 34.

6.6.3. Salvaguarda de los derechos de la víctima.

Además de la posibilidad de suplir la pasividad del Ministerio Público, en caso de aplicación pura del principio de oportunidad, se garantiza el derecho de la víctima al resarcimiento.

Con arreglo al **párrafo segundo del artículo 29 CPP**, «... [si], como consecuencia de un delito, se hayan producido daños o perjuicios, será necesario, para aplicar el criterio de oportunidad, que el imputado haya reparado el daño causado o se haya puesto de acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación. ...».

A tenor del **artículo 31 CPP**, «... [cuando] se incumpla el acuerdo sobre la reparación del daño causado, quedará sin efecto el archivo, y el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal, si no hubiere transcurrido el plazo de prescripción. ...»

6.6.4. El artículo 35 CPP remata con una regla importantísima, en cuanto consagra lo que Habermas denomina «principio del discurso exento de dominación»:

«... El criterio de oportunidad no deberá usarse para obtener la confesión del

imputado. ...»

6.6.5. La suspensión condicional de la persecución penal se articula como mecanismo de «*diversion*», esto es, de alternativa a la ejecución efectiva de la pena, anticipada al momento inicial del procedimiento, configurado -en los artículos 36 y siguientes CPP- como una transacción entre partes, homologada judicialmente.

[a] Supuestos de aplicación:

A tenor del **artículo 36 CPP**, «... el Juez, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la suspensión de la persecución penal cuando concurren las circunstancias siguientes:

- 1) Que el término medio de la pena aplicable al delito no exceda de seis (6) años;
- 2) Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito o falta; y,
- 3) Que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso, el carácter y antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al Juez a la convicción de que el mismo no es peligroso.

»En la situación prevista en el presente Artículo, el Juez someterá al imputado a alguna de las medidas contempladas en el Artículo siguiente. La puesta en práctica de esta resolución, requerirá del consentimiento del imputado.

»La solicitud del Ministerio Público deberá contener:

- 1) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
- 2) El delito de que se trate;
- 3) Los preceptos penales aplicables;
- 4) Las razones justificativas de la suspensión; y,
- 5) Las reglas de conducta y plazos de prueba a que debería quedar sujeto el imputado.

»El Ministerio Público, antes de presentar la solicitud a que se refiere el párrafo anterior, comprobará que la víctima y el imputado se han puesto de acuerdo sobre la reparación del daño causado, sobre el afianzamiento suficiente de la reparación o sobre la asunción formal de la obligación de repararlo por parte del imputado.

»La solicitud podrá presentarse hasta antes de la apertura del juicio.

»Si se revoca o deniega la suspensión de la persecución penal, la admisión de los hechos por el imputado carecerá de valor probatorio en el respectivo proceso. ...».

El **artículo 37 CPP** enuncia las medidas aplicables en caso de suspensión de la persecución penal y el plazo de prueba aplicable al imputado.

«... El Juez, por auto motivado, al autorizar la suspensión de la persecución penal, fijará un plazo de prueba que no podrá exceder de seis (6) años e impondrá al imputado una o más de las medidas siguientes [enumeradas exhaustivamente, al igual que en el Código Procesal Penal de Alemania, y a diferencia de los de Portugal y Costa Rica, advierte Cuéllar Cruz] en función de la naturaleza del hecho y de las circunstancias del imputado:

- 1) Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que el Juez establezca;
- 2) La prohibición del uso o consumo de bebidas alcohólicas y de sustancias psicotrópicas o de cualquiera otra naturaleza que, dadas las circunstancias de la persona imputada, puedan provocar peligro de perpetración de algún delito;
- 3) Finalizar la educación primaria, en su caso, adquirir una profesión u oficio o seguir los cursos de capacitación que el Juez determine;
- 4) Efectuar labores o prestar servicios de utilidad pública, fuera de la jornada ordinaria de trabajo, en las instituciones que el Juez señale;
- 5) La prohibición de salir del país sin la previa autorización del Juez. Para ese efecto, se comunicará la medida a las autoridades correspondientes;
- 6) Someterse a tratamiento médico o psicológico;
- 7) La prohibición de tener o portar armas de fuego; y
- 8) La prohibición de conducir vehículos automotores.

»Las medidas impuestas se notificarán personalmente al imputado, con expresa advertencia sobre las consecuencias de su inobservancia.

»Contra la resolución contentiva de las medidas, podrá interponerse los recursos de reposición y apelación subsidiaria en el efecto devolutivo. ...».

Cuéllar Cruz valora positivamente -y con razón sobrada- que no se hayan incluido prestaciones de contenido económico -como en los sistemas alemán y portugués- porque «... dadas las desigualdades sociales existentes en nuestro medio, puede llegar a generar concesiones o “ventajas” a sectores minoritarios económicamente más favorecidos. ...».

El **artículo 38 CPP** regula la revocación de la suspensión de la persecución penal en los siguientes términos:

«...La suspensión de la persecución penal será revocada en los casos siguientes:

- 1) Cuando se incumplan las medidas impuestas, salvo causa justificada;
- 2) Cuando se incumpla el acuerdo sobre la reparación del daño causado; y
- 3) Cuando el reo sea condenado como consecuencia de la comisión de un nuevo delito. ...».

El plazo de prueba se suspenderá, de acuerdo con el **artículo 39 CPP**, «... cuando, en virtud de otro proceso, el imputado se encontrare privado de su libertad. Si en dicho proceso no se le privare de su libertad, el plazo seguirá corriendo, pero se suspenderá la declaración de extinción de la acción penal, hasta que quede firme la resolución que lo sobresee, absuelve o hace cesar indefinidamente a su respecto el otro proceso. ...».

En fin, el **artículo 40 CPP** establece que «... [la] investigación y la suspensión condicional de la persecución penal. La suspensión condicional de la persecución penal, no eximirá al Ministerio Público de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos probatorios del delito. ...»

6.7. La conciliación.

6.7.1. Ideas generales.

Más allá de la oportunidad legalmente reglada, como expresión de un grado de disponibilidad de la acción penal pública o semipública por la parte legitimada para perseguir y acusar, llega la introducción de la conciliación entre las partes como medio de extinción de la acción penal.

Es sobradamente conocido el hondo juego de palabras de Radbruch: tal vez no se necesite un *Derecho Penal distinto*, sino *algo distinto del Derecho Penal*.

Con el paso del tiempo, resulta imposible cerrar los ojos a la realidad del fracaso de la respuesta penal, así para resolver los conflictos individuales y sociales como para reencauzar al delincuente.

Tal vez ello explique que el *neorrealismo* penal norteamericano, tan estrechamente ligado a los planteamientos del llamado *Análisis Económico del Derecho*, a partir de los puntos de vista de la *Escuela de Chicago*, haya renunciado al ideal de la

resocialización, para legitimar la pena en función de su capacidad disuasoria de posibles comportamientos delictivos (legitimación por prevención -general y especial- que fue patrocinada por utilitaristas viejos y nuevos, también en el espacio de cultura jurídica *continental*) y de inocuización de quienes han puesto de manifiesto su peligrosidad al cometer un delito.

Sin embargo, la amenaza de la pena (incluso de la capital, allí donde se mantiene) tampoco parece producir un sensible efecto disuasorio.

Un incremento de la gravedad de las sanciones y una mayor eficacia de los aparatos policial y judicial (aumentando los índices de probabilidad de descubrimiento y castigo de los delitos y reduciendo la duración del procedimiento penal) han contribuido, ciertamente, a elevar la cifra de población reclusa, pero no han mejorado proporcionalmente la situación.

Ni, desde luego, parece que la pena privativa de libertad (a menudo, precedida de alguna experiencia de internamiento en centros correccionales de menores, presente recurrentemente en muchas *biografías criminales*) produzca efecto resocializador alguno. Incluso hay buenas razones para afirmar que la *estigmatización* que lleva consigo (y que fue puesta de relieve por los seguidores del *labelling approach*) acrecienta el riesgo de recidiva.

Obviamente, este diagnóstico pesimista se ennegrece cuando se enfoca la población juvenil. Valen, para ella, aún más, si cabe, las advertencias sobre los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad: su capacidad estigmatizadora, mayor en las épocas tempranas de la vida; la adaptación al microcosmos carcelario; la incorporación a la subcultura de la delincuencia; la pérdida de la propia estima, de la capacidad de autocrítica y de responsabilización de los propios actos.

Con estos antecedentes, la pérdida de confianza en el sistema penal -la misma que, en ambientes autoritarios, conduce a las propuestas de abandono del garantismo democrático penal y procesal penal, y de exasperación punitiva que calan profundamente en la opinión pública ha favorecido un nuevo planteamiento, «*una nueva forma de pensar*» (lema feliz acusado por Esther Giménez-Salinas) que recupera el drama nuclear, el conflicto que enfrenta al delincuente con su víctima, o, si se prefieren términos con menor carga valorativa, a la persona causante del daño con la persona dañada.

Entre los defensores apasionados de la respuesta penal y un movimiento abolicionista que propone lo que, hoy por hoy, parece una saludable estimulante Utopía, se abre paso una *tercera vía* («*Dritte Spur*»: la denominación ha hecho fortuna, y la emplean Roxin, Frehsee, Rössner, Dünkel), como considera Rössner una corriente que combina un ideal de *Derecho Penal mínimo* con mecanismos que tienden a la desjudicialización en favor de soluciones que recompongan la relación interpersonal alterada por el hecho delictivo.

Así nacieron los programas de *conciliación mediada* entre ofensor y ofendido, basada en el efecto pacificador de la reparación.

Una ojeada al panorama comparado, y una análisis semiótico de la terminología utilizada sirve para comprender que pasa a primer plano el *conflicto* entre persona que causa un daño y persona que lo sufre (evitando, en lo posible, las cargas valorativas que entrañan parejas conceptuales como *delincuente* y *víctima*, u *ofensor* y *ofendido*); conflicto que se trata de *manejar* y resolver a través de un proceso de esfuerzo de entendimiento entre una y otra, que pasa por la *reparación* (en sentido amplio de volver las cosas a su buen estado primitivo: *Wiedergutmachen*) del daño causado. La dificultad (aunque no absoluta imposibilidad) de que esa recíproca comprensión se produzca espontáneamente conduce al establecimiento de mecanismos de mediación, que vienen proliferando y robusteciéndose a lo largo de la segunda mitad de este siglo que termina.

Importa mucho la recuperación de la idea de *conflicto* interpersonal.

Conviene retener que la tipificación de un comportamiento como infracción penal y su amenaza con una pena se legitima sólo en la medida en que aquella conducta lesione o ponga en peligro, de modo especialmente grave, bienes jurídicos (derechos, intereses, principios de organización social) que se consideran fundamentales para la construcción de una convivencia basada en ideales de libertad, justicia y paz.

El hecho delictivo crea siempre un conflicto, y, a su vez, puede ser el resultado de otro conflicto preexistente.

La *(re)conciliación* mediada ha de trabajar en ambos niveles, poniendo en contacto las *dramatis personæ* de uno y otro conflictos.

Esta recuperación del fondo conflictivo de todo hecho delictivo devuelve su importancia perdida a la víctima, ya sea individual ya colectiva, difusa o anónima; aspecto, este último, tan destacado por Hulsman, aunque, por su naturaleza, obligue a colocar en uno de los extremos de la relación, a *representantes* del conjunto afectado.

El diálogo mediado busca, ante todo, como explica pedagógicamente Esther Giménez Salinas, no tanto, o no sólo, la compensación del daño causado, sino, «... una mejora del clima social ...», «... a través de:

Para el autor:

- Confrontación con la víctima
- Conocer el daño que ha hecho
- Saber que la víctima es de “carne y hueso”

Para la víctima:

- Tener la sensación que alguien va a reparar el daño causado. Que no quedará en el olvido

- Conocer al delincuente y poder decirle lo que piensa de su actuación. ...».

Obviamente, para lo anterior es indispensable, ante todo, una actitud determinada del causante del daño, en la medida en que esté dispuesto a reconocer su participación en el hecho dañoso y asumir autocríticamente su responsabilidad.

La trascendencia de este presupuesto no parece precise de mayor explicación. La negación de la realidad del hecho o de la participación en él hace insoslayable el debate en el marco del proceso jurisdiccional.

La conciliación mediada encaminada a la reparación del daño (social e individual) causado por el delito es, todavía, una institución insuficientemente conocida, y, sin embargo, ya ha conseguido una amplia aceptación internacional y se ha convertido en Derecho positivo en muchos Estados.

El Consejo de Europa reconoce que existe un amplio consenso en que un proceso de mediación es una solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutro. Fruto de este modo de ver las cosas son un conjunto de Recomendaciones del Consejo en esta materia (Recomendación (87) 20: sobre reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil: la mediación como medio de evitación de la pena privativa de libertad en Derecho Penal Juvenil; Recomendación (83)7: la reparación como fórmula de sustitución de la pena privativa de libertad; Recomendación (85)11: sobre posición de la víctima en el proceso penal: consideración de los esfuerzos de reparación del delito por el culpable; Recomendación (87)18: sobre simplificación de la Justicia Penal: mediación y reparación como estrategias de evitación del proceso penal).

En la República Federal Alemana, el artículo 46 de su Código Procesal Penal, reformado en 1994, regula, como reza su epígrafe, la conciliación entre el autor y su víctima y la reparación del daño. Supone una atenuación de la pena y, si ésta es inferior a un año de privación de libertad o trescientos sesenta días-multa, prescindir de ella, siempre que se cumplan ciertos presupuestos.

En los Códigos Procesales Penales de Costa Rica, El Salvador y Guatemala, la conciliación es tratada como causa de extinción de la acción penal.

6.7.2. La conciliación en el Código Procesal Penal hondureño.

El artículo 45 CPP de Honduras se inspira claramente en el 36 del CPP de Costa Rica:

Artículo 36 del Código Procesal Penal Costa Rica:	Artículo 45 del Código Procesal Penal Honduras:

«...En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena , procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura del juicio.	«... Conciliación. En las faltas, en los delitos de acción privada, de acción pública dependiente de instancia particular y los que admitan la suspensión condicional de la persecución penal , procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento, hasta antes de la apertura a juicio.
En estos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse.	En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el órgano jurisdiccional podrá exhortarlas, a efecto de que manifiesten cuales son las condiciones en que aceptaría conciliarse.
Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto , o instar a los interesados para que designen un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.	Para facilitar el acuerdo de las partes, Se podrá solicitar el asesoramiento de personas o entidades especializadas, o instar a los interesados, para que designen un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.
Cuando se produzca la conciliación, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal.	Cuando se produzca la conciliación, el órgano jurisdiccional homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal.
El tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes	

no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.	
	Si el imputado no cumpliera, sin justa causa las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado.
	Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla con todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.
	En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o se extinguiere éste sin que el imputado cumpla la obligación, aun por justa causa, el proceso continuará su marcha sin que puedan aplicarse de nuevo las normas de la conciliación.
	El órgano jurisdiccional no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no ésta en condiciones de igualdad para

	negociar, o ha actuado bajo coacción o amenaza.
No obstante lo dispuesto antes, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de menores de edad y en las agresiones domésticas, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales... »	No obstante lo antes expuesto, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de niños y en las agresiones domésticas, el órgano jurisdiccional no debe procurar la conciliación entre las partes, si no lo solicita en forma expresa la víctima o sus apoderados legales.

El párrafo primero del **artículo 45 CPP** (epigrafiado «Conciliación») establece:

«... En las faltas, en los delitos de acción privada, de acción pública dependiente de instancia particular y los que admitan la suspensión condicional de la persecución penal, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento, hasta antes de la apertura a juicio. ...».

[a] concepto y naturaleza de la conciliación.

Esta conciliación (como la entienden A. Álvarez, Rigoberto Flores, Ávila Ortiz) supone un acuerdo entre la víctima y el imputado, que resuelve el conflicto *material* subyacente en el proceso penal. El Estado, tutor del interés público comprometido por la perpetración del delito, considera preferible, en ciertos casos, renunciar a la persecución y castigo de un posible culpable a cambio de conseguir la *pacificación* del litigio entre la víctima y el imputado⁴¹.

El artículo 2 de la Ley de Conciliación y Arbitraje define la conciliación como «... un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas, naturales o jurídicas, tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denominará conciliador. ...».

La conciliación en el proceso penal pudiera definirse, tomando como punto de partida el precepto transcrito, como «... un mecanismo de solución de controversias particulares subyacentes en un proceso penal a través del cual, las personas, naturales o jurídicas, en litigio, tratan de lograr, por sí mismas con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denominará conciliador, la solución de sus diferencias, concluyendo el procedimiento penal en curso y declarándose extinguida la responsabilidad penal en que pudiera haber incurrido la persona imputada. ...»

[b] Casos en que es posible la conciliación.

Se limitan los casos en que es posible la conciliación a

[1] infracciones de escasa importancia: las faltas;

[2] infracciones cuyo enjuiciamiento está absoluta o relativamente privatizado dado que el interés público en su persecución y castigo es escaso o inexistente⁴², por lo que el grado de disponibilidad del objeto del proceso es mayor; y

[3] infracciones cuyo enjuiciamiento incluye la aplicación de criterios de oportunidad: los delitos respecto de los que cabe la suspensión condicional de la persecución penal.

El artículo 45 CPP enumera con carácter exhaustivo esas infracciones:

[a] las faltas.

Son campo abonado para la aplicación de la conciliación. Como pone de relieve Félix Ávila, «... las faltas o contravenciones suponen el grado mínimo de antijuridicidad y culpabilidad en las infracciones penales, lo cual supone una escasa agresión a bienes jurídicamente protegidos. Por lo general, en las faltas más priva el interés individual que el de la colectividad . . .».

[b] los delitos de acción privada⁴³, que cuentan con una regulación específica, contenida en los artículos 408 y 409 CPP

[c] los delitos de acción pública dependiente de instancia particular⁴⁴.

Debe tenerse muy en cuenta que el mismo artículo 26 CPP convierte en públicos (al no exigir la previa instancia de la víctima como requisito de procedibilidad) las infracciones penales consistentes en lesiones leves, las menos graves y las culposas, así como las amenazas, cuando constituyan casos de violencia intrafamiliar, tipificados y penados por el Código Penal; el estupro, el incesto, el rapto y los abusos deshonestos, cuando la víctima no sea mayor de catorce años⁴⁵; y, en los demás casos, cuando la víctima sea menor o incapaz.

[d] los que admitan la suspensión condicional de la persecución penal⁴⁶.

En este punto, como advierte Ávila Ortiz, se comprueba una diferencia notable entre los Códigos Procesales Penales de Costa Rica y de Honduras, ya que en el primero la conciliación se aplica a los delitos susceptibles de suspensión condicional de la pena.

CÓDIGO PROCESAL PENAL	CÓDIGO PENAL
Artículo 36 CPP (párrafo primero).- Suspensión condicional de la persecución penal. El Juez, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la suspensión de la persecución penal cuando concurren las circunstancias siguientes: 1) Que el término medio de la aplicable al delito no exceda de seis (6) años; 2) Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito o falta; y, 3) Que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso, el carácter y antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al Juez a la convicción de que el mismo no es peligroso.	Artículo 70 En la sentencia condenatoria podrán los tribunales suspender la ejecución de la pena, por un periodo de prueba de cinco años, tratándose de delitos, y de dos años, en el caso de faltas, si concurrieren los siguientes requisitos: 1) que la condena consista en privación de la libertad que no exceda de tres años. 2) que el procesado no haya sido condenado anteriormente por delito o falta. 3) que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso imputado, el carácter o los antecedentes del reo y los móviles que lo impulsaron a delinquir debidamente investigados, lleven al juez a la convicción de que el agente no es peligroso y pueda presumir, en consecuencia, que no volverá a delinquir. Artículo 71 No se otorgará el beneficio establecido en el artículo que antecede, a quien, según las reglas dadas en el presente código, deba ser sometido a medidas de seguridad. Artículo 72 La suspensión condicional de la ejecución de la pena no se extenderá a las penas accesorias y demás efectos de la condena. Tampoco eximirá de las obligaciones civiles derivadas del delito.

Metodológicamente, parece más razonable (y permite un ámbito de aplicación más amplio) el criterio seguido por el Código Procesal Penal Hondureño. La conciliación trata de trancar el procedimiento sin llegar al juicio oral; la suspensión condicional del cumplimiento efectivo de la pena presupone que el juicio ya se ha celebrado y que ha recaído una sentencia condenatoria firme.

«... En relación a todos esos delitos -explica Palacios Mejía- cabe la conciliación entre la víctima y el imputado, porque se trata de injustos en los cuales la lesión de intereses generales es mínima en relación a la magnitud de la que ha recibido la víctima, a quien interesa más la reparación que la aplicación de una penal al imputado. ...».

Ciertamente, en muchos casos, la aplicación de criterios de oportunidad con el consiguiente archivo del caso⁴⁷ hará innecesario recurrir a la conciliación.

Ello no significa que carezca de utilidad. Álvarez y Flores recuerdan que la conciliación «... se aplica a supuestos más amplios que la oportunidad ... [y que este criterio] no puede aplicarse cuando se ha presentado el requerimiento fiscal, en tanto que la conciliación puede aplicarse en cualquier momento antes de la apertura del juicio (por ejemplo en la audiencia inicial o en la audiencia preliminar o fuera de las audiencias) ...».

[c] Mecanismos de conciliación.

La solución del conflicto puede conseguirse mediante el allanamiento del imputado a las propuestas de la víctima; o mediante un convenio transaccional entre uno y otro.

Las partes pueden llegar a un acuerdo por sí solas, lo que constituye un caso claro de autocomposición espontánea⁴⁸, o ser exhortadas a ello por un tercero que interpone sus buenos oficios, desembocando en una autocomposición mediada.

El mismo Juez podrá ejercer esa función. El párrafo segundo del artículo 45 CPP dispone:

«... [En los casos en que legalmente sea posible la conciliación], si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el órgano Jurisdiccional podrá exhortarlas, a efecto de que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse. ...».

Por excepción, el último párrafo del artículo 45 CPP dispone:

«... No obstante lo antes expuesto, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de niños y en las agresiones domésticas, el órgano jurisdiccional no debe procurar la conciliación entre las partes, si no lo solicita en forma expresa la víctima o sus apoderados legales. ...».

El Juez, cuando las partes no hayan manifestado siquiera interés en llegar a un acuerdo y mayormente cuando advierta una buena disposición a lograrlo, evitando los inconvenientes del proceso, podrá (si lo cree oportuno) informarlas de la existencia de la posibilidad de resolución del caso mediante conciliación y *exhortarlas* para que manifiesten si estarían interesadas en hacer uso de ella y, en caso afirmativo, las condiciones en que aceptarían conciliarse.

La palabra *exhortación* quizá sea demasiado solemne y directa para expresar lo que puede resultar un proceso de tanteo de la actitud de cada una de las partes en cuanto a la posibilidad de una solución pactada de su litigio y, en caso de comprobar que la aceptan, sondear cuáles serían sus respectivas condiciones, hasta fijarlas provisionalmente como paso previo para iniciar la negociación.

El precepto comentado está sintácticamente construido de una manera equívoca. El período «... si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el órgano Jurisdiccional podrá exhortarlas ...», puede entenderse de dos modos:

[1] «... [si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno], el órgano jurisdiccional podrá exhortarlas ...».

Esta interpretación significaría que, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, esto es, «hasta antes» de la apertura del juicio oral, el *órgano jurisdiccional* (en sentido estricto de órgano competente para juzgar el caso, esto es, el Juez de Paz o el Tribunal de Sentencia⁴⁹) podrá exhortarlas para que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse.

Esta exhortación, tratándose de un juicio ordinario por delito, la haría el Tribunal de Sentencia aprovechando la audiencia preparatoria regulada por el artículo 316 CPP.

En el modelo de procedimiento abreviado, la exhortación constituiría una fase preliminar de la audiencia regulada por el artículo 404 CPP.

En el juicio de faltas no está previsto -a diferencia de lo que ocurre en Costa Rica⁵⁰- un momento procedimental específico para intentar la conciliación, y no hay otra oportunidad procesal de reunión de las partes sino el comienzo del juicio oral. Habría que sobreentender, entonces, que, como preámbulo, el Juez de Paz haría esa exhortación y, de tener éxito, se suspendería la fase de debate para dar a las partes la oportunidad de llegar a un convenio transaccional dentro del plazo fijado prudencialmente por el Juez.

[2] Alternativamente, puede interpretarse de este modo: «... [si las partes no lo han propuesto con anterioridad], en el momento procesal oportuno, el órgano jurisdiccional podrá exhortarlas ...».

La diferencia no afecta al juicio de faltas ni al procedimiento abreviado, pero sí al proceso ordinario por delito.

En él, ese momento procesal oportuno sería cualquiera de las audiencias, inicial o preliminar (a las que habrá que citar a la víctima), únicas que tienen lugar antes de la apertura del juicio oral.

Parece preferible esta última interpretación. En otro caso, el Tribunal de Sentencia se vería involucrado en el intento de solución negociada, perdiendo su imparcialidad objetiva. En apoyo de este argumento viene lo dispuesto por el artículo 408 CPP, a propósito del procedimiento por delitos de acción privada, que obliga a sustituir al miembro del Tribunal ante el que tiene lugar la conciliación.

El rol del Juez llega hasta aquí. No puede proponer (y menos imponer) un concreto contenido de acuerdo entre la víctima y el imputado, aunque sí «instarles»⁵¹ a nombrar un amigable componedor.

Las partes *protagonistas del conflicto*⁵² pueden, a continuación, iniciar los tratos entre ellas.

Alternativamente, el inciso primero del párrafo tercero del artículo 45 CCP prevé que «... [para] facilitar el acuerdo de las partes, se podrá solicitar el asesoramiento de personas o entidades especializadas, o instar a los interesados, para que designen un amigable componedor. ...».

En la Ley de Conciliación y Arbitraje (y en su reglamento) se prevé el funcionamiento de centros especializados de conciliación, pero su desarrollo parece pensado exclusivamente para cuestiones jurídicoprivadas.

Y añade, a renglón seguido, que «... [los] conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes. ...».

El quebrantamiento de su secreto (*profesional* en el sentido de afectar a conocimientos adquiridos en el ejercicio de una función, aunque no sea un técnico en conciliación y haya actuado como mediador sólo en ese caso) constituirá, a juicio de Alejandro Álvarez y Rigoberto Flores, el delito tipificado y penado por el artículo 228. 2 CP. Consecuentemente, los mediadores no podrán ser interrogados como testigos en juicio a fin de que revelen lo que conocieron en el curso de su actuación conciliadora⁵³.

[d] Contenido del acuerdo de las partes.

El núcleo del acuerdo consiste en la adopción, por la víctima, de una actitud de *apaciguamiento* (dejando de instar la apertura del procedimiento penal o de mantener

su interés en la continuación del ya iniciado, abandonando, en su caso, la persecución del imputado como responsable del supuesto hecho delictivo) en contrapartida de una obligación que asume el imputado.

Esta obligación puede tener un variado contenido, reconducible, sin embargo, a la idea central de la *reparación* en sentido amplio.

En efecto, la reparación forma parte del contenido de la responsabilidad civil⁵⁴, e incluso se utiliza en ocasiones como concepto sinónimo, incluyendo la restitución y la indemnización⁵⁵.

En el Derecho de Daños, la *reparación* se limita al restablecimiento objetivo del estado anterior de cosas perturbado⁵⁶, y por eso mismo es poco funcional para el ámbito penal y procesal penal, porque gira en torno al resultado, mientras que la compensación añade algo más; es el *desagravio*⁵⁷; que implica -en palabras de Trenczeck⁵⁸- «... una dimensión dinámica y un proceso interactivo entre dos personas ...», exigiendo una participación activa tanto de la víctima como del delincuente, a fin de conseguir un entendimiento recíproco capaz de resolver el conflicto.

La reparación del daño -explica Roxin⁵⁹- «... no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídicocivil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo⁶⁰ y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de este modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada -a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito. ...».

La reparación que interesa funcionalmente para que la conciliación cumpla sus objetivos pacificadores del conflicto es la que satisface a la víctima, y no siempre bastará una compensación económica⁶¹.

Hay casos de reparación moral ya previstos legalmente. Es tónica la cita del artículo 155 CP, cuyo párrafo segundo prevé que, a instancia de la persona calumniada o difamada, la sentencia disponga que se publique «... la parte resolutive de la sentencia en que se declare la calumnia en uno de los diarios de mayor circulación en el país, a costa del procesado. ...»; y en el artículo 163 CP se incluyen como causas de truncamiento del procedimiento penal en curso dos comportamientos del imputado que pueden constituir ejemplos de conducta impuesta en el convenio de conciliación: la retractación pública aceptada por el ofendido; y las explicaciones -a satisfacción del agraviado- dadas por el imputado de una calumnia o de una injuria encubiertas o

equívocas.

Son sólo dos ejemplos de una inacabable serie de posibilidades de prestaciones positivas o negativas suficientes para *apaciguar* el *impulso vindicativo* de la persona ofendida (re)conciliándola con su (supuesto) ofensor.⁶²

Las conductas reparadoras asumidas por el imputado ni siquiera tienen por qué guardar relación con el núcleo del delito o falta, ni siquiera favorecer a la víctima⁶³.

[e] Control judicial de la conciliación.

«... Cuando se produzca la conciliación, el órgano jurisdiccional homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. ...».

«... El órgano jurisdiccional no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar, o ha actuado bajo coacción o amenaza. ...».

Estos dos párrafos -el cuarto y el último- del artículo 45 CPP significan que, para que la conciliación produzca su efecto extintivo de la responsabilidad penal, ha de ser «*homologado*» por el órgano jurisdiccional.

Ese órgano jurisdiccional será el mismo ante el que las partes presentaron su propuesta de conciliación, pendiente el procedimiento, o el que les instó (con éxito) a resolver sus diferencias por conciliación. Sólo se quiebra esta regla en el caso especial de conciliación en los delitos de acción privada.

El control judicial versará, ante todo, sobre la consciente y libre voluntad de los conciliados, y rechazará la homologación del convenio cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes ha actuado bajo coacción o amenaza.

Pero se extenderá además a comprobar que ambos intervinientes están en condiciones de igualdad para negociar. El poder de negociación («*bargaining power*») de las partes puede ser muy distinto en función de sus respectivas posiciones social y económica.

En efecto, un imputado en situación económica muy saneada puede presionar a la víctima ofreciéndole una compensación económica que para el primero represente un sacrificio marginal poco relevante y una verdadera fortuna para la segunda, eludiendo de este modo sufrir la pena correspondiente a su delito y los efectos perjudiciales de la sujetarse a un juicio público.

La situación puede invertirse y una supuesta víctima de un delito conseguir una indemnización desproporcionadamente elevada aprovechándose de esas mismas

circunstancias personales del imputado.

El órgano jurisdiccional habrá de valorar si entre el desistimiento de la víctima y la compensación ofrecida por el imputado existe proporción de acuerdo con las pautas de la «equidad natural», a que alude el artículo 20 del Código Civil.

Con todo, un incremento de indemnización sobre lo que correspondería al daño objetivo sumado al daño moral puede aceptarse como equitativo de modo que la conciliación no deje de producir un efecto punitivo y disuasorio a la vez, a ejemplo de la técnica de los denominados «*punitive damages*» o «*exemplary damages*» en el Derecho de Daños anglosajón⁶⁴.

El órgano jurisdiccional aprobará o rechazará el convenio de conciliación por auto motivado.

El rechazo de la conciliación no debiera impedir que las partes presenten otro acuerdo subsanando (si fuere posible) los defectos señalados en la resolución judicial.

[f] Efectos de la conciliación.

Cuando el órgano jurisdiccional no encuentre objeciones al acuerdo «... homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. ...».

»Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla con todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

»Si el imputado no cumpliera, sin justa causa las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado.

»En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o se extinguiere éste sin que el imputado cumpla la obligación, aún por justa causa, el proceso continuará su marcha sin que puedan aplicarse de nuevo las normas de la conciliación. ...».

[g] La conciliación en los delitos de acción privada.

A tenor del artículo 408 CPP, «... [admitida] la querella, el Tribunal de Sentencia convocará a las partes a una audiencia de conciliación, la que celebrará dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del auto de admisión, ante uno de los miembros de aquél o ante el funcionario judicial letrado que designe el propio Tribunal.

Si durante la audiencia o en cualquier estado del juicio se logra la conciliación se

dictará sobreseimiento definitivo.

Si la conciliación implica la asunción de deberes de conducta de cualquier clase que sean por la persona imputada, se dictará auto de sobreseimiento provisional, que se convertirá en definitivo, a instancia de la persona querellada, cuando acredite ante el Juez del cumplimiento integro de sus compromisos.

Antes de resolver, el Juez podrá disponer que se practiquen, en un plazo que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, las comprobaciones que estime necesarias para acreditar dicho cumplimiento. ...».

El artículo 409 CPP regula de este modo el procedimiento posterior a la audiencia de conciliación: «... Si el querellado no comparece a la audiencia o no se logra la conciliación, el Tribunal ordenará que el asunto se ventile siguiendo los trámites del juicio común u ordinario. En este caso, no podrá formar parte del Tribunal aquel de sus miembros que haya intervenido en la conciliación. ...», a fin de garantizar la imparcialidad objetiva del órgano sentenciador.

N O T A S

¹ «*Im Anfang war das Wort*»

² «*Im Anfang war der Sinn*»

³ «*Im Anfang war die Kraft*»

⁴ «*Im Anfang war die Tat*»

⁵ O «de la contienda», o «del desafío», porque de estas tres formas se traduce al castellano. La traducción de *hesek* como «contienda» es utilizada por Edery, M., en «*Libro del Génesis y Haftarot en versión castellana*», Dfus Hamakor, Jerusalem, 1982, pag. 177, por considerarla más fiel a la tradición talmúdica. Aún cavaron otro pozo conflictivo, llamado *Sitnah*, o *del hostigamiento*. Sólo tras cavar un tercer pozo, fue tan grande que permitió a la gente de Isaac abastecerse autónomamente.

⁶ Marcos, 2, 28, añadiendo «... El hombre es señor del sábado ...». En Mateo, 12, 8, y Lucas, 6,5 sólo se recoge esta última frase.

⁷ «... *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de cæteris...*» (D. 1.5.2. Hermogeniano, 1 *iuris epit.*)

⁸ Artículo 208

Quien con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de reclusión de tres (3) meses a un (1) año.

⁹ Artículo 2000

La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

¹⁰ Artículo 82 CH: «El derecho de defensa es inviolable.»

¹¹ Artículo 70.1 CH: «Todos los hondureños tienen derecho a hacer lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente prescrito ni impedido de ejecutar lo que la Ley no prohíbe.»

¹² Artículo 1573 CCH:

Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

¹³ Artículo 1562 CCH

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Artículo ° 1564

Si el objeto del contrato es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible.

Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Artículo ° 1565

Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público hondureño.

...

Artículo 1567 CCH

Hay un objeto ilícito en la enajenación:

- 1- De las cosas que no están en el comercio.
- 2 - De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona [personalísimos]. ...

¹⁴ Artículo 34. LCA- ...

1) Tribunal arbitral: significa tanto un solo arbitro como una pluralidad de

árbitros.

Artículo 42. - Número de árbitros.

Las partes determinarán el número de árbitros que, en todo caso, será impar. A falta de acuerdo de las partes los árbitros serán tres si la controversia es de mayor cuantía, o uno si es de menor cuantía.

¹⁵ Artículo 29 LCA. - No podrán ser objeto de arbitraje:

1) Las causas criminales, excepto en lo relativo a la responsabilidad civil proveniente del delito.

2) Los alimentos futuros.

3) Aquellos conflictos relacionados con el estado civil de las personas, excepto en lo relativo al régimen patrimonial atinente con éste.

4) Las cuestiones sobre las cuales haya recaído sentencia judicial firme.

5) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Público en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

6) En general, todos aquellos conflictos que no sean susceptibles de transacción.

¹⁶ En 1906, en «*L'institution et le droit estatutaire*» y, en 1925, en «*La théorie de l'institution et de la fondation*»

¹⁷ De ahí, la «*Antwortfunktion*» o «*función de respuesta*» que cumple, según Franz von Hippel

¹⁸ Es típico -escribe Díez-Picazo- «... por su constancia y por su repetición y ... también por la configuración o por la conformación que [adopta] ...».

¹⁹ «*homeóstasis*», prefiere Tierno Galván

²⁰ Esas normas, a su vez, pueden remitir, a lo convenido entre los litigantes en el ejercicio de su autonomía privada.

²¹ Guasp objetó que cabía la incoación de un proceso no precedido de una situación conflictiva manifiesta. Se trataría, no obstante, de un ejercicio abusivo del derecho a pretender la tutela judicial de los propios derechos e intereses legítimos. En todo caso, raro será que bajo un comportamiento aparentemente tan carente de fundamento no subyazga un litigio que aflora abruptamente en

forma de presentación de demanda o de una denuncia o querella.

Otros ejemplos -como la demanda de nulidad matrimonial de un cónyuge frente a otro, aunque ambos estén conformes en la pretensión de anulación- se explican por razones de política jurídica, obligando a las partes a iniciar el proceso a fin de poder controlar judicialmente la legalidad de su propuesta. Se trata siempre de casos en los que está comprometido un interés público; en el ejemplo de Guasp, y teniendo en cuenta el Derecho español vigente al tiempo de la publicación de su trabajo (en el que no existía el divorcio), el modelo de matrimonio indisoluble por acuerdo de los cónyuges.

²² Inicialmente, en español, el verbo «acertar» tenía ese mismo significado. Por eso se podía acertar bien o mal.

En «Las mocedades del Cid», Guillén de Castro pone en boca de uno de sus personajes los siguientes versos:

«Procure siempre acertalla
el honrado y principal;
pero si la acierta mal,
sostenella e no enmendalla».

Estos versos se citan (habitualmente reducida la cita al último de ellos) como ejemplo de tozudez de quien, a pesar de ser consciente de haberse equivocado, persiste en su decisión inicial.

²³ Coincide aproximativamente con lo que se conoce en el mundo jurídico anglosajón como *enforcement*.

²⁴ Baumann, Brauneck, Hanack, Armin Kauffmann, U. Klugg, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth y Stree

²⁵ Esta mentalidad informa las definiciones de pena elaboradas por el yusnaturalismo racionalista. La pena es un mal que se impone al que ha perpetrado culpablemente otro mal, el delito. He aquí algunas muestras:

Est autem poena generali significatu malum passionis quod infligitur propter malum actionis (Grocio)

Poena describi potest per malum passionis quod infligitur ad malum actionis; seu malum aliquod molestum, quod per modum coactionis et pro imperio alicui intuitu antegressi delicti imponitur (Puffendorf)

[Poena est] positio mali seu dolor, quem propter delictum infert superior inferiori

invito, in emendationem communem civium (Tomasio)

En la definición de Cristián Tomasio se aprecia fácilmente el deslinde entre la perspectiva fundamentadora (se inflige la pena por el delito perpetrado) y la perspectiva finalista orientada a objetivos de prevención general y especial: lograr la enmienda de los ciudadanos.

²⁶ «... *Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre. Pour qu'il y ait lieu à action de la part des tribunaux, il faut qu'il y ait contestation. Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès. Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a donc point occasion de s'en occuper. Elle existe, mais il ne la voit pas. Lorsqu'un juge, à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès. Lorsqu'il prononce sur une loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif....*».

En este párrafo, quedan claros algunos puntos importantes del pensamiento de Tocqueville:

- (1) El proceso sólo tiene sentido cuando se ha producido previamente un conflicto (... *il faut qu'il y ait contestation*).
- (2) La intervención del Juez (como órgano jurisdiccional en sentido estricto) sólo tiene sentido cuando emerge un proceso (*Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès*).
- (3) El rol del juez es arbitral (*Le premier caractère de la puissance judiciaire ... est de servir d'arbitre*).

²⁷ «... *Le troisième caractère de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie. Ce caractère ne se rencontre point aussi généralement que les deux autres. Je crois cependant que, malgré les exceptions, on peut le considérer comme essentiel. De sa nature, le pouvoir judiciaire est sans action; il faut le mettre en mouvement pour qu'il se remue. On lui dénonce un crime, et il punit le coupable; on l'appelle à redresser une injustice, et il la redresse; on lui soumet un acte, et il l'interprète; mais il ne va pas de lui-même poursuivre les criminels, rechercher l'injustice et examiner les faits. Le pouvoir judiciaire ferait en quelque sorte violence à cette nature passive, s'il prenait de lui-même l'initiative et s'établissait en censeur des lois. ...*».

El juez no actuará si no se interesa su intervención, lo que constituye la esencia del principio acusatorio.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que estas consideraciones de Tocquevilles están escritas a propósito del poder de control de la validez (y, muy especialmente, de la constitucionalidad) de la ley por los jueces norteamericanos, de acuerdo con el sistema de *control difuso* que rige en los Estados Unidos de América.

²⁸ En cambio, sí podrá disponer el sobreseimiento, provisional o definitivo (de acuerdo con los artículos 294 a 296 CPP), una vez celebrada la audiencia inicial. Si el Ministerio Público no formula requerimiento y el Juez discrepa de su decisión, le cabe exponer su opinión contraria al superior del Fiscal interviniente, tal como se regula en el artículo 299 CPP. Si el superior está de acuerdo con la decisión del Juez, le asignará el caso a otro Fiscal, con el fin de que éste formule requerimiento. En caso contrario, el Juez resolverá de conformidad con lo pedido.

²⁹ Durante el siglo XIX, con el significante *Ordenamiento* (*Rechtordnung*: en Sauer, Engisch y Darmstaedter) se aludió al conjunto total de normas jurídicas vigentes en un Estado. El Ordenamiento Jurídico consiste -explica Hernández Gil- en el material normativo que suministra al jurista el Derecho positivo. Por su parte, Díez-Picazo explica que con tal denominación se designa el «... conjunto total de las reglas o directivas, a través de las cuales se prefigura la organización de un grupo social, o partiendo de las cuales se realiza dentro de un grupo social una función de pacificación de conflictos y de satisfacción de pretensiones ...».

El estudio metódico de todo ese material normativo en bruto arroja como resultado un trabajo (del que son acabada expresión los de Jhering o Puchta) de reordenación racional, una construcción teórica instrumental que constituye el *Sistema Jurídico*.

El Sistema Jurídico descubre, analizando el material normativo vigente en una comunidad, las relaciones estructurales y funcionales que median entre las distintas normas. Esas relaciones no son *inventadas* por el teórico del Derecho (como el lingüista no *inventa* las reglas del lenguaje) sino *descubiertas* al estudiar el conjunto total de normas vigentes.

Finalmente, se hace posible, de este modo, reconstruir el *orden jurídico* de una comunidad; que, juntamente con los órdenes social y moral, completa lo que Hernández Gil denomina *realidad jurídica*.

En 1948, Santi Romano publicó, en Italia, su conocida obra sobre «*L'ordinamento giuridico*».

El concepto clave, para Romano, no es tanto -o no es sólo- el de *Ordenamiento*

Jurídico como el de *institución*, entre los que establece una relación de equivalencia no siempre clara.

Para Santi Romano, los ordenamiento jurídicos no son sólo conjuntos de normas o reglas de conducta, sino que integra también las complejas y varias organizaciones que las producen, aplican y garantizan, sin identificarse con ellas. Influido por la creciente publicación de la vida jurídica y social en su época, Romano -y, con él, Burckhart- reclama la incorporación, junto a las reglas de relación entre particulares, las de organización colectiva. El Ordenamiento Jurídico -resume muy bien García de Enterría- no es, así, únicamente el sistema de normas, sino «.. su infraestructura social fundante. ...».

No obstante, el significado más habitual de Ordenamiento Jurídico es el de Sistema Jurídico Total de un Estado.

³⁰ Montesquieu, en «*De l'Esprit des Lois*», advierte que no habrá libertad «... si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos, pues el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor ...».

³¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene insistiendo en la necesidad de garantizar que el órgano sentenciador carezca de ideas preconcebidas (formadas por una intervención en alguna fase anterior al debate) sobre el caso que está llamado a enjuiciar. En su sentencia de 10 de octubre de 1998 (caso *Castillo-Algar*) insiste en que «... [en] esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados. Por ello debe recurrirse todo juez del que pueda legítimamente temerse una pérdida de imparcialidad ...», en ese sentido de haber podido formarse un prejuicio como consecuencia de una actuación procedimental anterior.

³² El director de la instrucción, a medida que ésta avanza, va formándose una idea preconcebida de cómo ocurrió el hecho investigado y de quién pueda ser el posible responsable (con quien puede haber tomado graves medidas cautelares); todo lo cual lo predispone para que, si juzga el caso, no haga sino confirmar esas primeras impresiones, marginando (o manipulando) el resultado de la prueba practicada en juicio.

³³ En España se mantiene, ciertamente, la figura del Juez instructor, pero no puede desconocerse la persistencia del debate acerca de la oportunidad de su mantenimiento (combatido por prestigiosos especialistas, de la talla de

Gimeno Sendra, Vives Antón o Conde-Pumpido Ferreiro), y no ha sido ajena a esta mentalidad la drástica limitación de sus poderes de determinación del objeto de la investigación y de las personas imputadas que se aprecia en el modelo de instrucción de las causas que se atribuyen al Tribunal del Jurado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por la 8/1995, de 16 de noviembre).

³⁴ En su Exposición de Motivos se justificaba así el cambio de sesgo frente al modelo judicial napoleónico:

«... Históricamente, el espíritu republicano ..., a pesar de tolerar la persecución penal estatal (Inquisición), exigió, básicamente, la creación de un órgano del Estado encargado de perseguir penalmente (el ministerio público), diferente de aquel competente para decidir el conflicto (el tribunal). Pues, a pesar de que ambas funciones pertenecían al Estado, no era posible confundirlas en un inquisidor, todo en aras del resguardo de la dignidad de la persona perseguida.

No es consecuencia con esta idea la entrega de ambas funciones -la de requerir y la de decidir-, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, v.gr., el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aun no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controle el límite de sus poderes.

Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aún durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión.

Así se ha resuelto el problema en el Código [Modelo] ... El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales. ...».

35

En el nuevo modelo procesal penal, todos tienen asignada una función específica, sin confusión de roles.

Al juez corresponde juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Así lo quiere nuestra Constitución. Su artículo 314 lo expresa bien claramente: «Es facultad privativa de los Tribunales de Justicia, juzgar y ejecutar lo juzgado. A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos».

El juez no acusa ni defiende. El juez juzga y hace que se lleve a la práctica lo decidido por él.

De acusar, se encarga el Fiscal, en nombre de la Sociedad. El Fiscal no representa al Gobierno ni a un partido. El Fiscal representa a la Sociedad, y, porque actúa en su nombre, lo hace con neutralidad. Sólo acusará a quienes crea culpables de un delito; nunca, a quienes considere inocentes.

Y, puesto que tal es su función, se ocupa, también, de dirigir la investigación inicial, porque le servirá para preparar la acusación.

Como el juez no acusa, tampoco investiga. Pero se reserva dos misiones fundamentales, en garantía de los derechos de la persona: autorizar, cuando haya justa causa, medidas de investigación invasivas de aquellos derechos (por ejemplo, el allanamiento de un domicilio particular, la apertura de la correspondencia, el control de comunicaciones telefónicas); y disponer, también sólo cuando esté justificada, la prisión provisional de la persona señalada por el Fiscal como supuesta autora de un delito.

36

Esta garantía se observa igualmente en aquellos Ordenamientos en que la instrucción o investigación preliminar se encomienda a un órgano judicial: el Juez de Instrucción o denominaciones equivalentes, siempre que el enjuiciamiento se atribuya a un órgano judicial diferente, y que no haya intervenido tampoco en la resolución de recursos o incidentes durante la etapa preparatoria, para que, con esta ocasión, no hayan podido formarse una idea previa (prejuicio) del caso. La opción entre el Ministerio Público y el Juez de Instrucción sigue siendo objeto de viva controversia.

37

El Juez de Letras también interviene en la preparación del proceso, pero, como se exige la previa admisión de hechos por el imputado, la instrucción está reducida a un mínimo formal, que no compromete la imparcialidad objetiva.

38

La *coimplicación o equivalencia* significa que los dos términos de la relación se condicional recíprocamente.

Se lee [*si (y sólo si) ... entonces*] y se simboliza como $\longleftrightarrow$: Df $\longleftrightarrow$ Cd

³⁹ Fundamentalmente la parte acusadora; pero también la acusada, en la medida en que puede reconocer total o parcialmente los hechos imputados.

⁴⁰ Este principio se desarrolla con mayor amplitud en la lección 2.

⁴¹ Es muy correcta la utilización de la expresión «imputado», puesto que, por definición, no ha recaído una sentencia condenatoria. Como el conflicto que se resuelve es el privado entre víctima e imputado, no se concede intervención al Ministerio Público.

⁴² Lo que invitaría a preguntarse por qué constituyen delitos y faltas. Analizado en profundidad, siempre pudiera encontrarse un interés público residual, pero el Estado prefiere mantenerse en línea de retranca, porque su intervención pudiera causar más daños que beneficios.

⁴³ Artículo 27 CPP.- Delitos perseguibles sólo por acción privada. Sólo serán perseguibles por acción de la víctima los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor;
- 2) La violación de secretos, su revelación y el chantaje;
- 3) La negación de asistencia familiar a personas mayores de edad;
- 4) La estafa consistente en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión.

⁴⁴ Artículo 26 CPP.- Acciones públicas dependientes de instancia particular. Los siguientes delitos sólo podrán ser perseguidos por el Ministerio Público a instancia de la víctima:

- 1) Las lesiones leves, las menos graves y las culposas;
- 2) Las amenazas;
- 3) El estupro, el incesto. El rapto, los abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de catorce años. Antes de esta edad el delito será perseguible de oficio por el Ministerio Público;
- 4) El hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo más bajo vigente en la región del país en que se haya cometido el delito;
- 5) La estafa y otros fraudes, excepto cuando el sujeto pasivo sea el Estado,

en cuyo caso la acción puede ser ejercida igualmente por la Procuraduría General de la República;

- 6) La usurpación;
- 7) Los daños; y,
- 8) Los relativos a la propiedad intelectual o industrial y a los derechos de autor.

De los casos determinados en los numerales 1) y 2) se exceptúan los de violencia intrafamiliar, definidos en el Código Penal, que podrán ser perseguidos por el Ministerio Público sin que preceda instancia de la víctima.

Con todo, el Ministerio Público ejercitará la acción penal sin necesidad de requerimiento de parte interesada, cuando el delito haya sido cometido contra un menor o incapaz.

Formalizada la acusación, el desistimiento de la víctima no impedirá que continúe el proceso.

El artículo 96 CP establece que la responsabilidad penal se extingue:

«... 5) Por el perdón expreso del ofendido o de quien tenga su representación legal en los delitos que sólo son perseguibles en virtud de querrela o denuncia del agraviado. Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable a los responsables del delito de violación ni a los responsables de delitos o faltas cometidos en perjuicio de niños o niñas.

En los delitos o faltas cometidos contra personas incapaces no comprendidas en la última parte del párrafo anterior, los jueces o tribunales rechazarán la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos si existen motivos racionales para pensar que fue otorgado atendiendo intereses pecuniarios o personales directos del respectivo representante. En tal caso, ordenarán la continuación del procedimiento con intervención del Ministerio Público o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír al representante del incapaz ...».

Esta causa de extinción de la responsabilidad penal ha sido recibida como tal por el Código Procesal Penal, en virtud del reenvío integrador que se hace en su artículo 42.1).

Ávila Ortiz hace notar que la ineficacia de la limitación de los efectos extintivos

del desistimiento de la víctima al momento de la formalización de la acusación por el Ministerio Público obliga a reinterpretar la referencia del párrafo primero del artículo 45 CPP a la apertura del juicio oral como dintel de la posibilidad de la conciliación, para entender que en esta clase de delitos se adelanta a la formalización de la acusación.

Hay que tener en cuenta que en el artículo 26 CPP se alude exclusivamente al desistimiento de la víctima.

El desistimiento o abandono de la querrella respecto de los delitos de acción privada o de los de acción pública que hayan sido objeto de *conversión*, sometién dose al procedimiento especial previsto en este Código para las acciones privadas (numeral 4 del artículo 96 CP) constituye un acto unilateral, que legalmente se interpreta como un perdón implícito del ofendido. La conciliación es, en cambio, por definición, un negocio entre víctima e imputado que no se puede asimilar al desistimiento, aunque se produzca necesariamente como parte del contenido del acuerdo compositivo.

Por tanto, es razonable concluir que la conciliación constituye un caso al margen de lo dispuesto por el artículo 26 CPP, rigiéndose por sus normas específicas, establecidas por el artículo 45 CPP.

⁴⁵ Antes de esta edad -continúa el tenor literal del precepto- el delito será perseguible de oficio por el Ministerio Público. La interpretación intersistemática de estos dos párrafos genera la duda de si el delito ya es público cuando la víctima tenga catorce años o sólo cuando sea *mayor de catorce*, **esto es, cuando haya cumplido los quince años**.

Abona esta última opción la interpretación contextual, ya que el artículo 331 CPP establece reglas especiales para el interrogatorio de las personas menores de quince años, esto es, que tengan catorce y no hayan cumplido los quince; de donde se colige que esos menores se consideran inmaduros para afrontar con consciencia y responsabilidad suficientes este tipo de situaciones.

⁴⁶ Artículo 36 CPP (párrafo primero).- Suspensión condicional de la persecución penal. El Juez, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la suspensión de la persecución penal cuando concurren las circunstancias siguientes:

- 1) Que el término medio de la pena aplicable al delito no exceda de seis (6) años;
- 2) Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito o falta; y,

3) Que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso, el carácter y antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al Juez a la convicción de que el mismo no es peligroso.

⁴⁷ Artículo 28 CPP .- Casos en que procede [aplicar el criterio de oportunidad]. El Ministerio Público tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente. No obstante, podrá abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a alguna de las infracciones o a alguno de los imputados, en los casos siguientes:

1) Cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, la afectación del interés público sea mínima y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad;

2) Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance, para impedir la consumación de los efectos del delito, si los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad;

3) Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción, haya sufrido, como consecuencia directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave;

4) Cuando la pena a aplicar por un delito, sea de menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe imponer a la misma persona por otro delito conexo; y,

5) Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, de criminalidad violenta protagonizada por grupos o bandas de delincuentes, o de delitos graves de realización compleja que dificulte su investigación y persecución y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información especial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de terceras personas, siempre que la acción penal de la cual se trate, resulte más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. En este caso, serán aplicables, en lo procedente, las disposiciones relativas a la imposición de medidas cuando proceda la suspensión condicional de la persecución penal.

En los casos de los numerales 1) y 2) de este Artículo, el Ministerio Público podrá optar, alternativamente, atendidas las circunstancias del hecho y de la persona imputada, por suspender condicionalmente la persecución penal en los términos establecidos en el Artículo 36 de este Código.

En el caso del numeral 4) de este Artículo, si el procedimiento concluyere por

resolución definitiva no declaratoria de culpabilidad de la persona imputada del delito perseguido por el Ministerio Público, podrá éste perseguir el delito o delitos menores dejados de perseguir, si entre tanto no hubiere transcurrido el plazo de su prescripción.

Artículo 29 CPP.- Aplicación del criterio. ...

Si como consecuencia de un delito, se hubieran ocasionado daños o perjuicios, será necesario, para aplicar el criterio de oportunidad, que el imputado haya reparado el daño causado o logrando acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación.

Artículo 30 CPP.- Archivo administrativo del caso. La aplicación del criterio de oportunidad dará lugar al archivo administrativo del caso, previa audiencia de la víctima, a quien deberá notificársele una vez dispuesto.

⁴⁸ Ello no impide que una de ellas tome la *iniciativa*, haciendo un movimiento de aproximación a la otra.

⁴⁹ En el Código Procesal Penal de Costa Rica se utiliza precisamente la palabra «*Tribunal*».

⁵⁰ Lo pone de relieve Ávila Ortiz. La tardía incorporación de la conciliación al texto del Proyecto de Código Procesal Penal puede explicar la ausencia de su regulación en el juicio de faltas.

⁵¹ «*Instar*» no ha de interpretarse como equivalente a «*conminar*» ni a «*requerir*»; ni siquiera a «*recomendar*», sino más bien a «*informar*» de la existencia de esta vía de arreglo, explicando sus posibles ventajas.

⁵² Afortunada calificación de Ávila Ortiz (Comentarios, pág. 194)

⁵³ Alejandro Álvarez y Rigoberto Flores añaden que «... la eventual aceptación de los hechos por parte del imputado en una reunión de conciliación no podrá ser considerada posteriormente como confesión ...». Se presupone naturalmente que la admisión de hechos no ha sido ratificada en juicio.

La imposición legal de secreto a los intervinientes en el procedimiento conciliador permite inferir una norma que declara la inutilizabilidad procesal de su contenido, de las manifestaciones hechas en su curso y de la información intercambiada por las partes. Incluso podría considerarse que su alegación por la acusadora quebranta las reglas de la buena fe, de modo que no podrá ser tenida en consideración por el órgano judicial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.2 CPP.

⁵⁴ Código Penal.

Artículo 107

La responsabilidad civil comprende

- 1) la restitución.
- 2) la reparación de los danos materiales y morales.
- 3) la indemnización de perjuicios.

Artículo 109

La reparación del daño material se hará mediante una indemnización pecuniaria que se fijara valorando la entidad de todos los danos patrimoniales causados con la acción u omisión punible, atendiendo el precio de la cosa, y siempre que fuere posible, el valor de afección que haya tenido para el agraviado; y solo se exigirá cuando no haya lugar a la restitución.

Artículo 110

La reparación del daño moral, en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad, o en otros casos de danos a intereses de orden moral, consistirá en una indemnización pecuniaria que el juez determinara prudencialmente según las circunstancias de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido.

55

Código Penal:

Artículo 108

La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que fuere posible, con abono de deterioro o menoscabo a juicio del tribunal y aunque la cosa se hallare en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente, salvo su derecho a repetir contra quien corresponda. esto ultimo no es aplicable al tercero que hubiere adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.

Artículo 111

La indemnización de perjuicio comprenderá, no solamente los que se hubieren causado al ofendido, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero. el tribunal regulara el importe de esta indemnización en los mismos términos establecidos en los Artículos 109 y 110 para la reparación del daño.

56

El concepto «*Wiedergutmachen*» (literalmente, «*volver a hacer nuevo* [lo dañado]») incluye, desde luego, este aspecto de la reparación, pero no termina aquí.

57

Tamarit i Sumalla, J.M., «La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències polític-criminal», en la Colección «Justícia i Societat», 11, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1993, pág. 92

⁵⁸ «Una avaluació de víctima-delinqüent-reconciliació. ¿Envers una reprivatització del control social?», en «El dret penal i la víctima», «Papers d'Estudi i Formació», 8, 1992, pág. 26. Cito por Tamarit, «La reparació ...», cit., pág. 92

⁵⁹ Roxin, C., «Derecho Penal. Parte General», I (Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito», Civitas, Madrid, 1997, pág. 109

⁶⁰ Por su parte, «... tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una compensación autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. ...»: Roxin, «Derecho Penal ...» cit., pág. 109

⁶¹ Téngase en cuenta que la víctima de un delito o de una falta no sólo sufre el daño objetivo de la conducta criminal sino un *daño moral* adicional, consecuencia de sentirse humillada, despreciada, *cosificada* a los ojos del agresor.

⁶² «*Supuesto*», porque el proceso se truncará sin declaración de culpabilidad, y no es impensable que una persona que pudiera articular una defensa atendible acepte las condiciones de la víctima (dejando pasar la oportunidad de demostrar su inocencia) para evitar la *estigmatización* social que lleva consigo el proceso y, especialmente, el juicio oral.

⁶³ Chávez Ramírez, A., «La conciliación», en «Reflexiones sobre el nuevo proceso penal», Corte Suprema de Justicia. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Mundo Gráfico S.A., San José, 1996; citado por Ávila Ortiz, pág. 196

⁶⁴ En principio, también en Derecho anglosajón la pretensión resarcitoria está encaminada a reparar las consecuencias perjudiciales de un comportamiento no justificado. Ha de procurarse que el daño causado y la indemnización compensatoria sean equivalentes.

Sin embargo, hay ocasiones en que se extrema el rigor resarcitorio. Ocurre así cuando el comportamiento del causante del daño es especialmente reprochable, y produce daños adicionales a la dignidad y los sentimientos del perjudicado, que también deben ser resarcidos (el Juez Nourse ensayó una enumeración en la sentencia del caso «*Sutcliffe v. Pressdram Ltd*», [1990] 1 All ER 269). Estos daños agravados («*aggravated damages*») operan en áreas específicas, como la defensa del honor, en las que la valoración del daño queda al arbitrio («*at large*») del juez.

LECCIÓN 2: EL PRINCIPIO ACUSATORIO.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal. CPPC: Código de Procedimientos Comunes.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera de Paz, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Reus, Madrid, 1922.

Andrés Ibáñez, P., «El Ministerio Fiscal entre el viejo y el nuevo proceso», en Andrés Ibáñez & otros, 1990

Andrés Ibáñez, P., Conde-Pumpido Tourón, C., Fernández Entralgo, J., Pérez Mariño, V. y Varela Castro, L., «La reforma del proceso penal», Tecnos, Madrid, 1990.

Armenta Deu, T., «Principio acusatorio y Derecho Penal», J.Mª Bosch, Barcelona, 1995.

Armenta Deu, T., «El proceso penal: Nuevas tendencias, nuevos problemas», en Revista del Poder Judicial (41-42), 1996, págs. 53 y ss.

Armenta Deu, T., «Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no)», en Revista de Derecho Procesal (2), 1996, págs. 265 y ss.

Banegas, J., Bonilla, D., Cálix, J., Castro, Mª.F., Cubero, I.Y., Flores, R., González, G., Salas, C., Serrano, J., Vivas, G., «Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño», Honduras, 2003

Beling, E., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943

Bettioli, G., «Instituciones de Derecho Penal y Procesal», Bosch, Barcelona, 1977

Binder, A.M., «Introducción el Derecho Procesal Penal», Ad-hoc, Buenos Aires, 1993

Carnelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJE, Buenos Aires, 1950.

Chiovenda, G., «Teoría General del Proceso», Reus, Madrid, 1977

Códigos Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990

Conde-Pumpido Ferreiro, C., «El Ministerio Fiscal», Aranzadi, Pamplona, 1999

Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Coordinador), «Ley de Enjuiciamiento Criminal y

Legislación

Complementaria. Doctrina y Jurisprudencia.», Trivium, Madrid, 1998

Conde-Pumpido Ferreiro, C., en Conde-Pumpido Ferreiro, 1998, pág. 213

Cuéllar Cruz, R., «La Reforma Procesal Penal y el Ministerio Público en Honduras: Justificación y Perspectivas», Ministerio Público, Tegucigalpa, 2001

Fairén, V., «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en «Temas del Ordenamiento Procesal», II, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 1232 y ss.

Fairén Guillén, V., «Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales», Librería Bosch, Barcelona, 1990

Fairén Guillén, V., «Estudios de Derecho Procesal», Revista de Derecho Privado, 1955.

Fairén Guillén, V., «Elaboración de una doctrina de los principios del procedimiento», en «Estudios de Derecho Procesal», págs. 253 y ss.

Fairén Guillén, V., «Temas del Ordenamiento Procesal», I-II, Tecnos, Madrid, 1969.

Fairén Guillén, V., «Examen crítico de los principios rectores del Proceso Penal», Graficentro, Tegucigalpa, 1999.

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960.

Fenech, M. y Carreras, J., «Estudios de Derecho Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1962.

Fernández Entralgo, J., «Principios del proceso y principios del procedimiento», en Andrés Ibáñez y otros, «La reforma del proceso penal», Tecnos, Madrid, 1990.

Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995.

Gimeno Sendra, V., «Fundamentos del Derecho Procesal», Civitas, Madrid, 1981

Gómez Orbaneja, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Bosch, Barcelona, 1947.

Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, E., «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968.

Gutiérrez de Cabiedes, E., «Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal», en «Estudios de Derecho Procesal», EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 37 y ss.

Maier, J.B.J., «Derecho procesal penal», I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996

Martínez Arrieta, A., «Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica», en «Los principios del proceso penal», Cuadernos del Poder Judicial, (5), Consejo General

del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 51-102

Maza Martín, J.M., «Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario», en «Proceso penal y actuación de oficio de Jueces y Tribunales», Cuadernos de Derecho Judicial, 28, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 79 y ss.

Montero Aroca, J., «Los principios del Proceso penal, un Intento de Expòsición Doctrinal Basada en la Razón», Graficentro, Tegucigalpa, 1999

Montoro Ballesteros, A., «Conflicto social, Derecho y Proceso», Universidad de Murcia, 1980

Morón Palomino, «Sobre el concepto de Derecho Procesal», en «Revista de Derecho Procesal», págs. 511 y ss.

Oliva Santos, A. De la, (con Aragonese Martínez, S., Hinojosa Segovia, Muerza Esparza, y Tomé García, «Derecho Procesal Penal», CEURA, Madrid, 1995.

Oliva Santos, A. De la, «El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal», en «Tribunales de Justicia», 1997, págs. 9 y ss.

Palacios Mejía, J.M^a., y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000

Pedraz Penalva, E., «El proceso y sus alternativas», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995

Prieto-Castro, L., «Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal», EDERSA, Madrid, 1964

Ramos Méndez, F., «Derecho y Proceso», Librería Bosch, Barcelona, 1978

Serra Domínguez, M., «Incongruencia Civil y Penal», en Revista de Derecho Procesal, 1965, y en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, XII, Barcelona, 1965

Soto Tabora, C.E., «La justicia hondureña. Necesidad imperiosa de reajuste en la Administración de Justicia», en Revista de Derecho, 19, 1987, págs. 161-181

Tocqueville, A. de, «De la Démocratie en Amérique» (5^a ed.), Pagnerre, Paris, 1848

Vallespín Pérez, D., «Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Español», Graficentro, Tegucigalpa, 1999

Vázquez Sotelo, J., «Discrecionalidad y Derecho Procesal», Justicia, 1995, 3-4, págs. 51-61

Vélez Mariconde, A., «Derecho Procesal Penal», Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1969

Vives Antón, T.S., «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en «Jornadas sobre la Justicia Penal en España. Madrid, 24 a 27 de marzo de 1987», en «Poder Judicial», número especial II.

Yáñez Velasco, R., «El derecho constitucional al recurso», tirant lo blanch, valencia, 2001

Yáñez Velasco, R., «El recurso en el enjuiciamiento criminal español. Elementos para una teoría procesal general», Atelier, Barcelona, 2001

1. La estructura *triangular* del proceso y el principio acusatorio.

El proceso -todo proceso, también el penal- presupone el enfrentamiento entre dos partes que ha de decidir una instancia superadora, ajena a ellas: el órgano jurisdiccional.

Esta estructura triangular (en cuanto exige dos partes enfrentadas y un órgano decisor) es tan esencial que, en su defecto, no se puede hablar realmente de proceso. Si el elemento de esa estructura al que se atribuye la función decisora del conflicto se identificara con cualquiera de las partes en litigio, ya no se podría hablar de «proceso», que demanda que el tratamiento del caso conflictivo se logre en un clima de «*ausencia de dominación*», como postula Hassemer sobre ideas tomadas de la *Escuela de Frankfurt*, y, muy especialmente, de Habermas.

En efecto, la experiencia común enseña que la probabilidad de un juicio correcto es directamente proporcional a la objetividad del encargado de emitirlo. De ahí, el esfuerzo por asegurar lo que Chiovenda dio en designar como «*alienità*» (o «*terzietà*», o «*estraneità*»), esto es, y por utilizar la muy expresiva traducción ideológica propuesta por De la Oliva -y que comienza a ser utilizada por los procesalistas españoles- el *desinterés objetivo* (cuánto más, el subjetivo) del juzgador respecto al caso a él sometido. «*Piú terzo, piú giudice*». Estas palabras de Chiavario adquieren el valor de una divisa.

El órgano jurisdiccional no puede, por ello, salir en busca del conflicto, provocar su jurisdiccionalización ni tomar partido por uno de los litigantes.

En su estudio sobre «*La Democracia en América*» (I,1,6) Alexis de Tocqueville escribía estas esclarecedoras palabras:

«... El primer carácter del poder judicial, en todos los pueblos, es servir de árbitro. Para que haya lugar a acción por parte de los tribunales, es preciso que haya discusión. Para que haya juez, es preciso que haya proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una discusión, el poder judicial no tiene ocasión, pues, de ocuparse de ella. Existe, pero no la contempla. ...»¹.

Por eso, otro de los caracteres del poder judicial es «... no poder actuar más que cuando se le llama, o, según la expresión legal, cuando se le somete algo. Este carácter no se encuentra tan generalmente como los otros dos [la necesidad de un conflicto previo para que el juez pueda intervenir, y que ese conflicto se refiera a un caso particular, no a un principio general]. Creo, sin embargo, que, a pesar de las excepciones, puede considerársele esencial. Por su naturaleza, el poder judicial carece de acción; hay que ponerle en movimiento para que se mueva. Se le denuncia un crimen, y castiga al culpable; se le llama para rectificar una injusticia, y la rectifica; se le somete un acto, y lo interpreta; pero no acude por sí mismo a perseguir a los criminales, a buscar la injusticia y a examinar los hechos. El poder judicial violentaría, en cierta manera, esa naturaleza pasiva, si tomase por sí mismo la iniciativa y se

estableciese como censor de las leyes. ...»².

La esencia del principio acusatorio se expresa en la proscripción de la iniciativa procesal del órgano que ha de decidir el litigio, sintetizada en las fórmulas latinizadas «*ne procedat iudex ex officio*» o «*nemo iudex sine actore*». De otro modo, los roles de juez y parte se confundirían, y faltaría la estructura triangular esencial del proceso.

Por eso Montero Aroca advierte que la contraposición entre los modelos «inquisitivo» y «acusatorio» de proceso parte de una confusión conceptual. «... El llamado proceso inquisitivo, en el que una misma persona asumía los papeles de acusador y de juez, no era un verdadero proceso sino que respondía a una etapa de la evolución de la aplicación del derecho penal en la que ese derecho se actuaba en el caso concreto, sí, por los tribunales, pero no por medio del proceso. El llamado principio acusatorio, que se caracteriza esencialmente porque se dividen los papeles de acusador, que se atribuye al Ministerio Público, y de juez, no añade nada a la misma idea de proceso, no significa un proceso que se cualifica de alguna manera. ...».

Y concluye, insistiendo en que el proceso «... si no es acusatorio no es proceso, con lo que el calificativo no añade nada, no califica, siendo simplemente un pleonismo. ...».

2. La esencia del principio acusatorio.

Existe un considerable grado de consenso en la bibliografía especializada a la hora de recordar que fijar el alcance del principio acusatorio resulta complicado por la pervivencia de imágenes estereotipadas resultantes del estudio del desarrollo histórico de los diferentes sistemas procesales penales; y por la imposibilidad de identificar alguno de los pasados o presentes con su arquetipo ideal.

Conviene, pues, como advierte Ferrajoli, eliminar la ganga adherida históricamente para acotar lo que constituye la esencia del principio acusatorio.

Para empezar, convendrá no olvidar algo muy importante. El procedimiento penal no se confunde con el proceso jurisdiccional penal.

En la *Exposición de Motivos* de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal se leen estas ilustrativas palabras:

«... El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte.

... [En] el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio ...»

El procedimiento penal comienza, sin duda, con anterioridad y se desarrolla -utilizando una vez más la afortunada calificación de Gómez Orbaneja- de forma «*escalonada*»; sin embargo, sólo la etapa final, el debate contradictorio de las partes en juicio oral y público, merece la consideración de proceso.

El artículo 263 CPP (*Etapas de la investigación y del juzgamiento*) dispone: El proceso de investigación y juzgamiento de los delitos costará de las fases siguientes:

- 1) Etapa preparatoria;**
- 2) Etapa intermedia; y,**
- 3) Debate o juicio oral y público.**

Aunque en el inciso final de este precepto se utilice el significativo *proceso* en su sentido amplio de serie o sucesión de actos ordenados con arreglo a un método predeterminado en función de la realización de un fin concreto, parece quedar claro que **las dos primeras etapas son instrumentales de la tercera, el juicio oral y público en cuanto proceso en sentido estricto, abierto una vez que se comprueba la existencia del litigio (*litis*: conflicto en sentido procesal) como consecuencia de la oposición entre la acusación (formalizada) y la contestación de cargos** (artículo 265 CPP).

Ese proceso emerge porque una parte pretende del órgano jurisdiccional que tenga por probado un hecho constitutivo de una determinada infracción penal, del que deriva una responsabilidad de esta naturaleza para una persona cuya participación culpable en ese hecho se afirma igualmente; y otra parte -la persona cuyo castigo se pretende- se opone a que se dé satisfacción a esa pretensión punitiva.

Hasta entonces, se desarrolla una actividad cuya jurisdiccionalidad en sentido propio ha sido explícitamente controvertida. La investigación preliminar prepara un eventual juicio y proporciona la información precisa para valorar si su apertura es razonable.

La apertura de esta primera fase investigadora del procedimiento penal puede ser ordenada, como consecuencia de denuncia o querrela o por propia iniciativa, cuando se haya tenido noticia del hecho por su publicación en algún medio de comunicación o por cualquier otro cauce.

Así se desprende de lo establecido por el artículo 273 CPP:

«... Las dependencias del Ministerio Público³, la Policía Nacional u otra autoridad competente a que se refiere el Artículo anterior, al tener conocimiento de un hecho que pueda ser constitutivo de delito, cualquiera que sea el medio por el cual haya llegado a su conocimiento, cuando la noticia parezca verosímil, teniendo en cuenta su contenido y los datos proporcionados para su comprobación, adoptará las medidas necesarias para impedir que produzca consecuencia ulteriores e iniciará la investigaciones del caso ...».

Lo anterior no afecta a la naturaleza acusatoria del proceso.

En puridad, el principio acusatorio significa sólo que la presentación de una acusación penal contra persona determinada constituye «presupuesto» (utilizando la sistemática de Fenech) del proceso en sentido estricto, y, por tanto, de la apertura del juicio oral («*nemo iudex sine actore*»); y su mantenimiento, «condición» de la subsistencia de aquél.

Montero Aroca y Vázquez Sotelo -entre otros- así lo ponen de relieve..

Resulta de gran interés la distinción propuesta por Montero Aroca, entre *principio acusatorio* y *sistema acusatorio*.

Bajo esta última denominación se agrupa un conjunto de principios y garantías que configura un modelo construido bajo la inspiración del «*adversary system*» anglosajón.

El contenido de este sistema acusatorio (o «*adversativo*», como traduce Ortega Llorca) es objeto de enunciación que varía de unos a otros procesalistas, llegando, en algunos casos, a una amplitud tal que lo identifica con el ideal del «*proceso justo*» o «*proceso [como es] debido*», por utilizar dos traducciones (semántica y literal) de la expresión anglosajona «*due process of law*».

3. Los tres modelos históricos típicos: inquisitivo, acusatorio y mixto.

Los especialistas, examinando los distintos modelos de proceso que se han sucedido en el devenir de la Historia, oponen dos arquetipos: el inquisitivo y el acusatorio.

Cuéllar Cruz enuncia los principios básicos del proceso penal inquisitivo:

«1º) La intervención de oficio ("ex officio") del Juez, sin necesidad de acusación, sino por propia iniciativa. Este principio es por fortuna ya un vestigio histórico en la legislación hondureña.

2º) El secreto del procedimiento, no sólo con relación al público en general, sino también respecto al propio imputado, principio que sólo se aplica hoy excepcionalmente.

3º) Procedimiento totalmente escrito, como consecuencia de la aportación canónica, que ya no rige en aquellos sistemas procesales penales que, como el hondureño, han adoptado el principio acusatorio.

4º) Unicidad de posición entre el Juez y el acusador, siendo la misma persona y el mismo órgano, principio hoy desterrado en la legislación hondureña.

5º) Plena libertad del Juez en la búsqueda de las pruebas, principio hecho desaparecer en la actualidad.

6º) El imputado no tenía ningún derecho para promover pruebas, principio también rechazado por nuestras leyes; y,

7º) Prisión provisional del imputado, que hoy se considera como excepción bajo determinados presupuestos. ...».

Por su parte, Vázquez Sotelo⁴ enuncia los siguientes rasgos característicos del sistema inquisitivo:

«... [a] el principio ordinal es el poder del Juez para proceder de oficio, sin esperar la reclamación de alguien como acusador;

[b] postergación o atenuación de la figura del acusador que pasa a un segundo plano, sin llegar a ser eliminado pues se admite su colaboración con el Juez;

[c] el sistema exige la creación de un oficio público, estatal, encargado de la persecución penal: se implanta o generaliza la figura del Ministerio Público o Fiscal;

[d] la justicia se tecnifica, porque para que el Juez pueda proceder de oficio es preciso que esté establecido de antemano y disponga de los correspondientes medios y preparación, apareciendo el Juez profesional o de carrera, frente al elegido o popular;

[e] también se tecnifica la justicia, en cuanto que la imposición, conducida en riguroso secreto por el Juez, no atiende debidamente las garantías al imputado, para lo que se eleva el rango del escribiente, convirtiéndolo en Secretario, dotado de fe pública bajo la que ha de actuar el Juez;

[f] los principios de escritura y secreto, dominan el procedimiento, al menos en la fase inicial y más importante del proceso;

[g] la antigua libertad en la práctica de las pruebas, adecuadamente documentadas en la causa y valoradas de antemano por el legislador en modo vinculante al Juez, mediante las reglas de prueba "legal" o "tasada";

[h] el reo puede estar preso mientras el juicio se prepara y para obtener su confesión, si hay elementos probatorios adecuados, puede utilizarse el tormento;

[i] el procedimiento consta de dos fases: instrucción o indagación sumaria, denominada "inquisitio" y el juicio propiamente dicho o plenario, cuya significación como momento central del proceso cede ante la significación teórica y práctica atribuida a la encuesta inicial o sumario. Ese enjuiciamiento puede ser contra persona determinada o indeterminada;

[j] se admiten recursos contra la Sentencia dictada ...».

Esta concentración de funciones y poderes en manos de una misma persona que investiga, imputa y juzga se considera, hoy, como incompatible con la exigencia de imparcialidad como rasgo sustancial de la actividad jurisdiccional. Por eso se ha

preferido aludir a *procedimiento*, que no a *proceso*, puesto que -como perspicazmente pone de relieve Montero Aroca- el (mal) llamado *proceso* inquisitivo no era un verdadero proceso (en ausencia de la naturaleza dialéctica que lo define: faltaban las notas de contradicción y audiencia bilateral o defensa), «... sino que respondía a una etapa de la evolución de la aplicación del derecho penal en la que ese derecho se actuaba en el caso concreto, sí, por los tribunales, pero no por medio del proceso. ...».

El modelo procesal acusatorio («*adversary system*») parte, en cambio, de la concepción dialéctica esencial del proceso, que busca la decisión del conflicto subyacente por una instancia superadora, ajena a él y a las partes enfrentadas. Sólo entonces se está ante un auténtico proceso. En realidad -de nuevo, son palabras de Montero Aroca- «... éste [el proceso] si no es acusatorio no es proceso, con lo que el calificativo no añade nada, no califica, siendo simplemente un pleonismo. ...».

Cuéllar Cruz sintetiza en tres las características esenciales del modelo acusatorio:

«[1] No puede existir proceso sin acusación previa formulada por persona distinta de quien juzga.

[2] No cabe condena por hechos distintos ni persona distinta a los señalados por la acusación.

[3] La figura del Fiscal instructor es corolario del principio acusatorio. ...»

Y Vázquez Sotelo, por su parte, identifica las siguientes características:

«a) la existencia de un acusador que reclama el juicio ante un Juez imparcial, totalmente ajeno a los hechos;

b) la existencia de un acusado frente al que el juicio se pide. Podrán ser uno o varios, pero, en todo caso, identificados y determinados, como destinatarios o sujetos pasivos de la acusación y del juicio.

c) El Juez o Tribunal encargado del juicio y de dictar Sentencia no tiene intervención previa en la instrucción o preparación de la causa y ni siquiera se ha pronunciado sobre la procedencia de conceder el juicio (resolviendo sobre el llamado "juicio de la acusación previo al fondo"), a fin de que el Juez que vaya a juzgar se mantenga con absoluta imparcialidad;

d) que el Tribunal no extiende el juicio más allá del hecho justiciable o hechos con él conexos, según las acusaciones se lo hayan sometido, para evitar que respecto a los hechos no comprendidos en la acusación se venga a "proceder de oficio" con vulneración de lo que es la piedra angular de todo el sistema: "nemo iudex sine actore";

e) que el Tribunal al dictar Sentencia, tampoco esté limitado por las peticiones concretas o pretensiones punitivas de las acusaciones, pudiendo, por el contrario, sacar todas las consecuencias punitivas que corresponden a los hechos justiciables

previstos en las Leyes penales. La prohibición de Sentenciar "ultra petita" en el proceso penal sólo se refiere a conocer o decidir más allá del hecho o hechos sometidos como "thema decidendum", pudiendo el Tribunal sacar, dentro de los hechos, todas las consecuencias que correspondan a su punición ...».

A comienzos del siglo XIX, el *Code d'instruction criminelle* francés, de 1808, intentó conciliar ambos sistemas, inspirando en el inquisitivo la regulación de la *instruction*, encomendada a un órgano judicial (el *Juge d'Instruction*) a fin de garantizar la imparcialidad de la investigación preliminar; y construyendo el juicio oral con arreglo a las pautas del principio acusatorio.

Esta combinación de criterios recibió, por ello, el nombre de sistema *mixto*, aunque también fue calificado como *acusatorio formal*, y consiguió imponerse en las codificaciones procesales penales de la época en la Europa continental: así ocurrió en Alemania, Italia y España⁵.

Para Cuéllar Cruz, sus características principales son:

«1º) Las funciones de acusar y de juzgar están separadas: Juzga el órgano jurisdiccional y acusa un órgano público, el Ministerio Fiscal, y a su lado si lo desea, dependiendo de sistemas pues hay algunos que atribuyen en monopolio al Ministerio Público la acción penal, el ofendido por el delito, o incluso el no ofendido por el delito. Esta modalidad pretende corregir el principio del sistema acusatorio puro con base en el cual solamente los particulares tenían derecho de acción.

2º) Principio acusatorio: Rige en toda su extensión el principio clave "no puede existir juicio sin acusación", puesto que no puede haber juicio oral sin que lo pida al menos uno de los acusadores, siendo la alternativa necesariamente el sobreseimiento.

3º) División en dos fases del proceso: La primera es la de investigación del delito, sus circunstancias y quién lo ha podido cometer, sirviendo sus actuaciones para meritar si se le acusa por ello o no; y otra para juzgarlo, practicándose las pruebas que demuestren su culpabilidad o inocencia. Pues bien, la primera fase, la de investigación quedaría sometida a las características más importantes del principio inquisitivo, y la de juicio o vista, a las del acusatorio.

En algunos países de la Europa continental, como Francia o España, y parcialmente Portugal, de la fase sumarial conoce un Juez, el llamado Juez de Instrucción. Por tanto, el Ministerio Fiscal no es la autoridad competente para instruir, como ocurre ya en Alemania o en Italia y en todos los países anglosajones, así como en la gran mayoría de países latinoamericanos, incluyendo Honduras. Del juicio conoce en todos los casos un Juez con o sin Jurado (o Escabinato)⁶.

4º) La vista o acto del juicio oral se rige por los principios de oralidad, publicidad y contradicción: La idea fundamental es que el tribunal dicte la sentencia con base en las aportaciones que en este acto se realicen, y no en la fase de investigación. Para hacerla efectiva, ha entendido el legislador que el principio que mejor se acomodaba a ella era el de oralidad y los que de él se derivan.

5º) Connatural al sistema acusatorio formal es el juicio con Jurado: Así se entendió históricamente en la Europa continental, aunque en unos países se evolucionó pronto hacia el modelo de Escabinato (Francia, Alemania o Italia), y en otros como en España sencillamente se suspendió hasta nueva orden (lo que ha ocurrido en 1995). Pero hoy debe ser discutible afirmar que el Jurado es esencial al sistema acusatorio formal, pues se dice que basta con los caracteres anteriormente citados. ...»⁷.

Martínez Arrieta, siguiendo a Fairén Guillén, caracteriza de este modo el modelo mixto:

«a) Separación de funciones de instrucción, acusación y decisión.

b) Principio acusatorio: sin acusación no puede haber juicio, ni condena. Esta nota vale, como mínimo, para el juicio o plenario. En algunos ordenamientos llevan incluso el principio a la instrucción, impidiendo que el Juez actúe de oficio.

c) Del resultado de la instrucción depende que haya o no juicio, siendo esta la función permanente o constante del sumario.

d) El juicio es oral, público y confrontativo, con prueba de valoración libre por el Tribunal, ya sea en convivencia o con sujeción a las reglas de la lógica y de la experiencia.

e) El Tribunal puede estar organizado mediante Jurados, Escabinos o Jueces profesionales y técnicos.

f) A este sistema de enjuiciamiento se corresponde una relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes. ...».

Por su parte, Gimeno Sendra y Asencio Mellado apuntan los siguientes rasgos que identifican el contenido del principio:

a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, al que se añade la exigencia de una acción pública y popular. Al ejercicio de esa acción están llamados, no sólo el Ministerio Fiscal, sino también el ofendido, e incluso, el ciudadano, a través de la acción popular.

Esta característica materializa los principios "*ne procedat iudex ex officio*" y "*nemo iudex sine actore*", que deben ser entendidos como prohibición terminante para el órgano jurisdiccional de iniciar un proceso y de sostener la pretensión penal.

b) División del proceso en dos fases a la que corresponden, respectivamente, la investigación y la decisión del hecho punible, sin que sea posible que quien interviene en la instrucción participe en la decisión para evitar que el conocimiento de los hechos de la investigación prejuzgue la decisión.

c) Relativa vinculación del Tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes.

4. El principio acusatorio significa que no es posible abrir un proceso en sentido estricto, ni proseguirlo una vez abierto, sin una acusación contra ella, presentada por una persona u órgano diferenciados del órgano jurisdiccional.

4.1. La exigencia de previa acusación de parte como requisito de la apertura y continuación del proceso.

No hay proceso sin previa acusación de parte contra persona determinada: **«Nullum iudicium sine accusatione»**.

La acusación puede ser presentada por un órgano específicamente establecido para ello (el Ministerio Público) o por un particular o persona jurídica (pública o privada) que ostente legitimación activa para intervenir como acusadora.

Es frecuente enunciar como una de las características del sistema acusatorio la necesidad de que un particular formule la acusación.

Así ocurrió en la Roma republicana. En principio, cuando las fronteras entre lo público y lo privado eran borrosas, incluso después de que el castigo pasara a ser atribución de un órgano público, la titularidad de la acusación quedó retenida en manos de la víctima y de su grupo familiar, hasta que las *leges* «*Servilia*» e «*Iulia iudiciorum publicorum*» (dictadas, respectivamente, los años 111 y 17 antes de Cristo), a fin de que no quedasen sin castigo los que hoy son conocidos como «*delitos sin víctima*» (singularmente los de naturaleza política), por falta de persona directamente legitimada, abrieron la posibilidad de que acusara «*quivis ex populo*», cualquier ciudadano.

Montesquieu (en su «*De l'esprit des Lois*», VI-VIII) explicaba esta amplia legitimación acusatoria en función de una mentalidad servicial propia de una sociedad en la que cada uno se sentía comprometido con la gestión de la «*res publica*», de los asuntos e intereses públicos. Según el espíritu de la república, escribió el barón y Magistrado de Burdeos, «... cada ciudadano debe tener un celo sin límites por el bien público, ... [por eso] se cree que ha de tener también todos los derechos de la patria en sus manos. ...»; aunque luego se sienta muy satisfecho por contar con un «*vengueur public*», creado por una ley a su juicio «admirable», la que establece un acusador público institucionalizado, «*formal*»; en definitiva, el Ministerio Fiscal.

La mayor o menor amplitud de la legitimación procesal penal activa, para promover la iniciación del procedimiento o para acusar en juicio, no pertenece teórica, aunque sí históricamente, a la esencia del principio acusatorio, que se conforma con condicionar la apertura del proceso en sentido estricto a la formulación de una acusación contra persona determinada.

Cuestión distinta es hasta qué punto ha de extenderse esa legitimación, si ha de ser monopolio de un órgano del Estado, abrirse a cualquier persona que se presente como víctima del delito o perjudicada por él

o ampliarse hasta incluir la «acción popular». En este último caso, se hace preciso indagar cómo diseñarla de forma que se prevengan en lo posible sus abusos.

El artículo 96.3 CPP es el único caso de «acción popular» aceptado en el nuevo sistema procesal penal. Se reserva para la persecución de «... funcionarios o empleados públicos que, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, hayan violado derechos humanos. ...». La excepción se justifica en aras de la protección más enérgica posible de esos derechos⁸.

La formalización de la acusación es requisito⁹ de procedibilidad condicionante de la apertura del juicio oral.

El mantenimiento de la acusación es requisito condicionante del desarrollo del debate: su retirada o abandono implica la conclusión del juicio.

[a] La acusación es presupuesto de apertura del debate y del juicio. El artículo 302 CPP dejan bien claro que el auto de apertura del juicio oral ha de ir precedido de la formalización de la acusación.

[b] La renuncia o el desistimiento (o abandono) de la querella o de la acusación son causas de extinción de la acción penal (artículos 42, 44, 46 y 100 CPP), sin perjuicio de que el Juez de Letras, ante quien se desarrolle la audiencia inicial, pueda, en caso de pretensión de sobreseimiento, deferirla en consulta al Fiscal superior jerárquico del interviniente (artículo 299 CPP). Esta posibilidad -conocida también en la Ley española de Enjuiciamiento Criminal- procura armonizar las exigencias del principio acusatorio y la función tutelar de la legalidad que corresponde al órgano judicial controlador de la instrucción. En cualquier caso, se trata de un órgano distinto del que ha de juzgar el caso, de prosperar la consulta al Fiscal superior.

[c] La retirada de la acusación por la única parte acusadora (o el abandono del Acusador Privado, en los términos previstos por el último párrafo del artículo 360 CPP) o por todas las comparecidas en ese concepto producirá la conclusión prematura del proceso, dictándose sentencia absolutoria.

4.2. El órgano jurisdiccional no puede abrir el juicio por su propia iniciativa.

La triangularidad del proceso exige que la acusación, la defensa y el enjuiciamiento se encomienden a personas u órganos distintos entre sí.

Es un lugar común en la bibliografía especializada enfatizar que **las exigencias del principio acusatorio, en sentido estricto, como garantía procesal se entienden satisfechas siempre que la acusación haya de ser ejercida necesariamente por persona u órgano distintos de aquel que ha de resolver el caso.**

Ocorre, empero, que **este ámbito estricto del principio acusatorio se entrevera con consideraciones propias de los papeles que respectivamente corresponden a las partes y al órgano jurisdiccional, incluido el grado de vinculación de este último a los planteamientos de aquéllas.**

A la parte acusadora compete concretar el contenido de la pretensión punitiva y tratar de convencer al órgano jurisdiccional de la procedencia de su estimación fijando el hecho litigioso, identificando la persona cuya sanción penal se pretende, proponiendo y haciendo practicar la prueba demostrativa de la realidad de sus afirmaciones, y argumentando, en fin, el tratamiento jurídico del caso justificativo de la estimación de aquella pretensión.

Sobre la parte cuyo castigo se pretende pesará la carga de enervar las afirmaciones y pretensiones de la contraria, desacreditando sus pruebas y su planteamiento jurídico, teniendo siempre en cuenta que se ve favorecida porque, con arreglo al artículo 89 CH, toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente.

El modelo procedimental penal denominado *inquisitivo* acumulaba prácticamente en unas mismas manos judiciales tanto la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, como la investigadora o instructora, y de configurar el objeto del procedimiento, fijando tanto el hecho enjuiciable o justiciable como la pena a imponer.

5. El principio acusatorio y la disponibilidad del objeto del litigio.

En el modelo acusatorio, las partes fijan el objeto del litigio y condicionan, en esa medida, el ámbito de los poderes del órgano jurisdiccional.

a) Las partes definen el hecho enjuiciable (o justiciable) como seña de identidad del proceso.

En el artículo 302.2 CPP vincula al Juez que dicta el auto de apertura del juicio oral a los hechos fijados por las partes acusadoras para describir «... las acciones u omisiones por las cuales se acusa ...».

Del mismo modo, la acusación sólo puede ampliarse a instancia de una parte acusadora, tal como se desprende del artículo 321 CPP.

Además, con arreglo al primer inciso del artículo 329 CPP, la sentencia «... no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta, ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas. ...».

b) La calificación del hecho por la acusación condiciona relativamente la actividad calificadora del órgano jurisdiccional.

Montero Aroca viene defendiendo que el órgano jurisdiccional penal no puede, ciertamente, introducir -en su decisión del caso- hechos distintos de los que son objeto de controversia entre las partes, pero ha de ser libre, en cambio, para darles el tratamiento jurídico (calificación y determinación de pena) procedente con arreglo a la Ley, porque todo lo jurídico es de su exclusiva competencia. El Juez conoce el Derecho -«*iura novit curia*»- aunque este argumento confunda dos planos tan distintos como la vinculación de aquél a los planteamientos de las partes (salvo caso de fraude procesal) y la necesidad de aportación de la prueba del Derecho interno aplicable.

En el Código Procesal Penal -esta es, igualmente, la opinión de Cuéllar Cruz- se relativiza la radicalidad de la propuesta de Montero Aroca. A tenor del segundo inciso del párrafo primero del artículo 337 CPP, la sentencia no podrá -so pena de incurrir en vicio de incongruencia- «... calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas [a saber: la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta]. ...».

Se prohíbe, pues, la reforma, peyorativa¹⁰, pero no la meliorativa, incluida la degradación del hecho de delito a falta. En efecto, el párrafo segundo del antes citado artículo 337 CPP establece: «...Si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso. ...».

Contra lo que parece sostener Cuéllar Cruz (recordando la práctica judicial costarricense), el órgano sentenciador no podrá -en perjuicio del acusado- calificar los hechos de forma distinta de la propuesta por las partes acusadoras, aun cuando la crea inadecuada. No hay norma legal que lo permita, y la audiencia regulada por el artículo 343, para determinar la pena procedente, parte de la condena con arreglo a los términos establecidos por las partes en el debate.

6. Principio acusatorio, imparcialidad del órgano jurisdiccional y derecho de defensa de las partes.

El órgano jurisdiccional ha de mantener su papel arbitral durante el proceso para evitar el riesgo de perder su neutralidad y de romper el equilibrio entre las partes, garantía de efectividad del ideal de discurso ausente de dominación.

Por ello no puede desempeñar, ni al inicio del proceso ni durante su desarrollo, un rol que forme parte del contenido de la actividad procesal propia de las partes. De otro modo, se rompería la triangularidad y el órgano jurisdiccional pasaría a alinearse con una de ellas, perdiendo en definitiva su legitimación para decidir el caso, que emana de su imparcialidad, esto es, de su ajenidad personal y de su ingenuidad funcional respecto del conflicto básico, y de su neutralidad o «*distanciamiento*», en términos escénicos, que tanto gustan a Hassemer.

La asunción, por el juzgador, de la actividad que debería realizar una de las partes, dejaría malparada la imagen de neutralidad de aquél.

Como argumentó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 26 de octubre de 1984 (dictada en el *caso De Cubber*), en materia tan delicada como ésta, «... incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia *Delcourt* de 17 de enero de 1970... *justice must not only be done: it must also be seen to be done*. ...»¹¹. No sólo se ha de hacer justicia, también debe parecerlo.

A la vez, se quebrantaría el ideal del proceso como debate entre partes con igualdad de oportunidades. «... [El] proceso -escribió Gimeno Sendra- ha de ser un duelo con igualdad de armas ...», pues, de otro modo, no respondería al modelo del proceso [como es] debido («*due process*»). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 17 de enero de 1970, resolutoria del *caso Delcourt*, no pudo decirlo más claramente: «... un proceso no sería justo si tuviera lugar en condiciones tales que pusiera al acusado en una situación de desventaja evidente ...»; y así ocurriría si el órgano jurisdiccional contribuyera a reforzar la posición de la parte acusadora.

7. Excurso: La «realización pronta y efectiva de la justicia penal» y el papel del órgano jurisdiccional como decisor de un conflicto entre partes.

Se ha convertido en tópico enfatizar que en el proceso penal está comprometido un bien colectivo de máximo valor: la «... realización pronta y efectiva de la justicia penal ...», como proclama el artículo 6º CPP.

Si la respuesta penal tiene por fin reprimir y prevenir conductas que se consideran intolerables porque lesionan o ponen en peligro bienes o principios de organización esenciales para una justa, pacífica, libre, democrática y ordenada convivencia social, habrá que evitar, en la mayor medida posible, que esas conductas puedan quedar impunes por un inadecuado funcionamiento de los mecanismos establecidos para juzgarlas y castigarlas.

El proceso penal constituye, de este modo, una estructura integradora de las actividades del órgano jurisdiccional y de las partes a fin de reconstruir lo que verdaderamente sucedió y darle el tratamiento jurídico correspondiente.

El órgano jurisdiccional, en aras de su neutralidad, ha de proceder de la forma más eficaz para lograr ese objetivo, cualquiera que sea la parte a la que su actuación puede favorecer o perjudicar.

Mas nunca podrá olvidarse que el Juez es, ante todo, un decisor de un conflicto entre partes, función arbitral que de la que sólo abdicará para enervar algún pacto connivente de aquéllas encaminado a burlar lo dispuesto por una ley sustraída a su disposición o a perjudicar a tercera persona.

Este modelo de órgano jurisdiccional obliga a una exquisita neutralidad, descargando sobre las partes la responsabilidad de alegar y probar cuanto a sus intereses (públicos o privados) convenga.

El juez no puede convertirse en instrumento de la política criminal, por más que el eficaz funcionamiento del aparato jurisdiccional penal pueda producir un efecto reflejo en la reducción de los niveles de criminalidad. La fijación de los criterios orientativos de la política de represión y prevención de delitos y la provisión de los medios precisos para ello es trabajo dividido entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo; y la ejecución de los primeros compete, en el cumplimiento de sus funciones, al Ministerio Público y al aparato policial.

Resulta fundamental que los Jueces (y también la opinión pública) tomen conciencia de la verdadera función del aparato jurisdiccional.

Así se evitará que sientan una cierta sensación de fracaso cuando, por una inadecuada actuación de las partes acusadoras o por la ilegítima de los funcionarios policiales que convierte en inutilizable la información de cargo conseguida, se hace inevitable la absolución de la persona acusada, incluso cuando su culpabilidad ha quedado puesta de manifiesto pero por medios rechazables procesalmente. Si no se evita esa sensación de «*mala conciencia*», se correrá el riesgo de que terminen pervirtiendo su función, abandonando su posición imparcial y poniéndose (consciente o inconscientemente) *del lado de* las partes acusadoras¹², supliendo sus deficiencias y tratando por todos los medios de que no pierdan su valor fuentes de prueba conseguidas ilegítimamente.

8. La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional: las diligencias para mejor proveer.

El artículo 333 CPP abre la posibilidad excepcional de la práctica de diligencias para mejor proveer, incluso por iniciativa del órgano judicial.

A su tenor, «... [durante] el juicio, solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes. El Tribunal podrá, sin embargo, a petición de parte o de oficio, ordenar que se practiquen otras pruebas si durante el juicio se ha puesto de manifiesto la omisión de un elemento de prueba importante antes no conocido. Dichas pruebas podrán ser ordenadas también por el Juez en la audiencia inicial. ...»¹³.

En el modelo de proceso contradictorio, pesa sobre cada parte la aportación del material probatorio que justifique sus alegaciones. La prueba ha de proponerse y hacerse practicar en el momento procesal preclusivamente establecido para ello.

La posibilidad de acordar diligencias para mejor proveer constituye una excepción a ambos principios, el de aportación de parte y el de preclusión.

La posibilidad de su práctica a instancia de parte se justifica fácilmente en la medida

en que el conocimiento del medio de prueba se tiene una vez precluido el momento de su proposición.

En cambio, el tribunal deberá ordenar, sólo muy excepcionalmente, la práctica de prueba complementaria por propia iniciativa. Ante todo, porque compromete su neutralidad y, en segundo término, porque tal vez pueda perjudicar la estrategia procesal de la parte que no ha interesado esa prueba.

Las pruebas complementarias tienen un objeto preciso. Se encaminan a esclarecer un extremo determinado que, tras la actividad probatoria, permanece dudoso. Ese extremo se sabe, de antemano, si (independientemente del resultado de la prueba) es favorable o perjudicial para alguna de las partes procesales; esto es, si se trata de una prueba de cargo o de descargo, aunque finalmente pueda tener buen éxito o resultar fallida. El órgano jurisdiccional, al acordarla, intenta esclarecer algún punto oscuro que -de prosperar la prueba- beneficiará a la parte a cuyas alegaciones afecte. Es difícil sostener que, al actuar así, no queda menoscabada la imagen de neutralidad del órgano sentenciador.

Podría ser defendible que el tribunal acordara una prueba de descargo omitida por la Defensa y que, de prosperar, pudiera demostrar la inocencia de la persona acusada o alguna causa de atenuación de responsabilidad.

La razón retórica es sencilla y coincide con aquélla que, en caso de duda, aconseja optar por el término de la alternativa más ventajoso para el imputado. Éticamente no es lo mismo arriesgarse a dejar impune a un eventual culpable que a condenar a un posible inocente¹⁴.

Parece compartir este argumento la Sentencia de 6 de diciembre de 1988, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *caso Barberá, Messegué y Jamaro*, ya que en ella se reprochó al órgano sentenciador no haber hecho uso de la facultad que le concedía el artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en un caso en que habría permitido obtener información que habría demostrado la inocencia de los acusados¹⁵.

9. La vinculación del órgano jurisdiccional a los términos de la acusación.

La sentencia del órgano jurisdiccional ha de ser congruente con los términos de la acusación.

La congruencia, en el ámbito del proceso penal (puesto que es discutida la coincidencia con la congruencia en el proceso civil) es consecuencia de los principios acusatorio y de contradicción (Serra Domínguez, Ortells Ramos) y supone correlación de lo resuelto en la sentencia con los términos en que el conflicto quedó planteado por la Acusación y la Defensa (Ortells, Gutiérrez de Cabiedes, Fenech).

Vaya por delante que, como advierte Clariá Olmedo, «correlación» no es sinónimo de

identidad o adecuación perfecta en toda su extensión, sino que se extiende únicamente a los elementos fácticos esenciales y a las circunstancias y modalidades realmente influyentes en el proceso penal, lo que entraña una especial dificultad a la hora de fijar principios generales reguladores de esta materia. Por eso, entre los procesalistas penales se prefiere aludir a «correlación» en lugar de a «congruencia», para poner de relieve la mayor laxitud de la comparación entre el contenido de la sentencia y los términos de la Acusación y de la Defensa (Ortells Ramos).

La correlación -explica Ortells Ramos- supone un deber de pronunciamiento exhaustivo y un límite a la potestad de resolución.

[1] La congruencia de la sentencia como deber de pronunciamiento exhaustivo

En el artículo 336 CPP se establece que el Tribunal de Sentencia delibere y vote «... respecto de todas las cuestiones debatidas en la primera fase del juicio oral ...». Sobre esta pauta redactará luego su sentencia, que ha de guardar una relación de estricta congruencia con la acusación (artículo 337 CPP).

Una de las modalidades de la incongruencia es la denominada «*omisiva*», consistente en la ausencia de pronunciamiento, en el fallo, de alguna de las cuestiones que constituyeron objeto de debate en la parte de juicio oral ya celebrada.

La incongruencia omisiva es vicio invocable al interponer recurso de casación (artículo 362.4 CPP). Si en el fallo se resuelven todos los puntos debatidos, pero alguno de los pronunciamientos carece de motivación, o ésta es insuficiente o contradictoria, semejante vicio podrá igualmente ser denunciado como fundamento de dicho recurso de casación (artículo 362.3 CPP). La estimación del recurso, en cualquiera de los dos casos, dará lugar a la anulación del fallo recurrido, con devolución de los antecedentes al Tribunal de Sentencia, para que dicte resolución ajustada a las exigencias legales (artículo 369 CPP).

[2] La congruencia como límite a la potestad de resolución

El artículo 337 CPP consagra la exigencia de congruencia entre la sentencia y la acusación, al disponer que aquélla «... no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta, ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas.

»Si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso. ...».

Con arreglo al artículo 362.6 CPP, el recurso de casación por quebrantamiento de forma, podrá interponerse por incongruencia entre la sentencia y las pretensiones de la partes, según el artículo 337.

La congruencia que exige el artículo 337 CPP obliga al Tribunal a no extender su conocimiento más allá de los hechos y circunstancias descritos en la formalización de

la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta. El quebrantamiento de este deber de correlación entre la sentencia y la definición del hecho enjuiciable por la Acusación y la Defensa da lugar a una incongruencia por exceso o extensiva.

En aras del principio acusatorio, el Tribunal de Sentencia no podrá calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas; aunque, si considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso.

Se proscribe la incongruencia cualitativa en perjuicio del acusado. El acusado como autor de un delito consumado de lesiones no puede ser condenado como autor de un delito intentado de homicidio; en cambio, puede ocurrir lo contrario: el acusado de un delito intentado de homicidio puede ser condenado por un delito consumado de lesiones. En cualquier caso, incluso este poder de modificación de la calificación del hecho está condicionado a que se mantenga lo que se ha denominado la «homogeneidad del bien jurídico lesionado»; por eso, una persona acusada de lesiones no puede ser absuelta de tal delito y condenada por otro de robo, que no ha sido objeto de acusación ni de debate.

10. El principio acusatorio en segunda instancia.

10.1. Planteamiento general.

Ruiz Vadillo enunció, en su día, una serie de principios rectores de la segunda instancia (en realidad, de cualquier recurso o remedio) en aplicación del principio acusatorio:

[a] Nadie, que haya sido absuelto en primera instancia, puede ser condenado en vía de recurso si no se interesa su condena por parte legitimada como acusadora.

[b] Nadie, salvo que haya sido acusado en primera instancia, puede ser acusado en vía de recurso (porque, de otro modo, se violaría el derecho a la doble instancia¹⁶).

[c] Nadie puede ver agravada su responsabilidad en vía de recurso, si no media pretensión de parte acusadora.

Se enuncia, en este principio, la prohibición de reforma peyorativa, cuya derivación del principio acusatorio (patrocinada, por ejemplo, por Font Serra) es discutida.

[d] La acusación en fase de recurso ha de ser expresa: no cabe la acusación implícita.

10.2. El ámbito del poder revisor del órgano jurisdiccional decisor del recurso: «*tantum appellatum, quantum devolutum*»

El contenido de la pretensión recursiva delimita el poder revisor del órgano competente para resolver el recurso, de forma que no podrá modificar la resolución impugnada en perjuicio de un recurrente salvo que otro haya recurrido a su vez y pretendido una modificación en ese sentido.

El órgano decisor del recurso está vinculado por el planteamiento que hacen las partes recurrentes. La parte de resolución no recurrida se convierte en firme; lo que consienten ambas partes es, en opinión de Calamandrei, cosa juzgada parcial; y una extralimitación del órgano que decide el recurso en relación con la configuración que hace la parte recurrente del objeto de su discrepancia determinaría una suerte de incongruencia (Serra) y, en caso de que el recurso fuese interpuesto por la parte acusadora, un quebrantamiento del principio acusatorio trasladado al recurso (Yáñez Velasco)

El artículo 350 CPP (Asuntos sobre los que debe recaer la sentencia y sus alcances. Prohibición de reforma peyorativa (non reformatio in pejus) establece el principio de vinculación (congruencia) del órgano de apelación a los términos en que la parte recurrente plantea su oposición a la resolución recurrida: «... La sentencia que resuelva un recurso sólo podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación ...»

10.3. La prohibición de reforma peyorativa.

Se produce una reforma peyorativa cuando la condición jurídica del recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusiva de su recurso.

El Tribunal *ad quem* no puede modificar el fallo recurrido en perjuicio del Apelante [entiéndase: condenado], aunque lo estimase justo, salvo si el apelado, convirtiéndose a su vez en apelante (bien mediante una apelación independiente, bien adhiriéndose al recurso interpuesto de contrario) lo solicite (Gómez Orbaneja *per* Yáñez Velasco)

De mediar otro recurso, podría reformarse peyorativamente, pero la prohibición se mantendría en cuanto a pretensiones sólo debatidas a consecuencia del recurso del condenado (Proto Pisano *per* Yáñez Velasco).

extremo recurrido por la parte	también recurrido por la contraparte	no recurrido por la contraparte
perjudicial a la parte recurrente	puede empeorarse a instancia de la contraparte	no puede empeorarse por iniciativa judicial
favorable a la parte recurrente	puede empeorarse a instancia de la contraparte	no puede empeorarse por iniciativa judicial

Serra Domínguez pone en relación las exigencias del principio acusatorio con la proscripción de la reforma peyorativa por iniciativa del tribunal de apelación: el recurso no puede exceder de la acusación que abrió el proceso.

Lorca Navarrete añade un fundamento utilitarista: la garantía frente a la *coacción psicológica* (Lorca Navarrete) del recurrente.

Yáñez Velasco explica que la regla de *non reformatio in peius* se alza como garantía que pretende evitar que el condenado deje de recurrir por el efecto disuasorio de unos efectos perjudiciales. La decisión de recurrir o no recurrir ha de estar libre de disuasión; y esto sólo se consigue cuando no existe temor al empeoramiento.

Aunque pudo proponerse por algún procesalista (Fairén) la posibilidad de una reforma peyorativa de la situación del recurrente, en interés de supuestas exigencias de defensa social, su prohibición (como pone de manifiesto Gómez Orbaneja) resulta impuesta por la propia estructura lógica del mecanismo impugnatorio, en términos análogos a cómo se plantean las exigencias del principio acusatorio.

El órgano decisor del recurso está vinculado por el planteamiento que hacen las partes recurrentes. La parte de resolución no recurrida se convierte en firme; lo que consienten ambas partes es, en opinión de Calamandrei, *cosa juzgada parcial*; y una extralimitación del órgano que decide el recurso en relación con la configuración que hace la parte recurrente del objeto de su discrepancia determinaría una suerte de incongruencia (Serra) y, en caso de que el recurso fuese interpuesto por la parte acusadora, un quebrantamiento del principio acusatorio trasladado al recurso (Yáñez Velasco)

El artículo 350 CPP [*Asuntos sobre los que debe recaer la sentencia y sus alcances. Prohibición de reforma peyorativa (non reformatio in peius)*] establece el principio de proscripción de la reforma peyorativa, como consecuencia del principio, más general, de vinculación (congruencia) del órgano de apelación a los términos en que la parte recurrente plantea su oposición a la resolución recurrida: «... La sentencia que resuelva un recurso ... solo podrá modificar la resolución impugnada en perjuicio de la persona imputada, cuando lo impetere alguna otra parte recurrente, y siempre que no agrave lo ya pretendido por ésta, ante el órgano judicial que dictó la resolución recurrida. ...».

Si el acusado recurre, cabe suponer que interesando una resolución más favorable a sus intereses que la recurrida, el órgano decisor del recurso no puede empeorar la situación en que quedó tras aquélla. Si recurre la parte acusadora y el órgano decisor la estima en todo o en parte, obviamente esa situación puede modificarse en perjuicio del acusado.

N O T A S

¹ «... Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre. Pour qu'il y ait lieu à action de la part des tribunaux, il faut qu'il y ait contestation. Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès. Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a donc point occasion de s'en occuper. Elle existe, mais il ne la voit pas. Lorsqu'un juge, à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès. Lorsqu'il prononce sur une loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif....».

En este párrafo, quedan claros algunos puntos importantes del pensamiento de Tocqueville:

(1) El proceso sólo tiene sentido cuando se ha producido previamente un conflicto (... *il faut qu'il y ait contestation*).

(2) La intervención del Juez (como órgano jurisdiccional en sentido estricto) sólo tiene sentido cuando emerge un proceso (*Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès*).

(3) El rol del juez es arbitral (*Le premier caractère de la puissance judiciaire ... est de servir d'arbitre*).

² «... Le troisième caractère de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie. Ce caractère ne se rencontre point aussi généralement que les deux autres. Je crois cependant que, malgré les exceptions, on peut le considérer comme essentiel. De sa nature, le pouvoir judiciaire est sans action; il faut le mettre en mouvement pour qu'il se remue. On lui dénonce un crime, et il punit le coupable; on l'appelle à redresser une injustice, et il la redresse; on lui soumet un acte, et il l'interprète; mais il ne va pas de lui-même poursuivre les criminels, rechercher l'injustice et examiner les faits. Le pouvoir judiciaire ferait en quelque sorte violence à cette nature passive, s'il prenait de lui-même l'initiative et s'établissait en censeur des lois. ...».

El juez no actuará si no se interesa su intervención, lo que constituye la esencia del principio acusatorio.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que estas consideraciones de Tocquevilles están escritas a propósito del poder de control de la validez (y, muy especialmente, de la constitucionalidad) de la ley por los jueces norteamericanos, de acuerdo con el sistema de *control difuso* que rige en los Estados Unidos de América.

³ Así, en el original; debe leerse «el representante del Ministerio Público».

⁴ Reproduce su síntesis Martínez Arrieta; y en términos muy similares explican los contenidos de los principios inquisitivo y acusatorio Gómez Orbaneja y Herce Quemada, y Gimeno Sendra.

⁵ Lo anterior no significa que coincidieran la ley y la práctica.

El caso de España es ejemplar.

La tan alabada *Exposición de Motivos* que precede a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, criticaba ásperamente «... la costumbre, tan arraigada en nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado....».

Hecha esta crítica del entonces pasado inmediato, afirmaba con energía: «... No; de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte.

... [En] el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio ...»

El redactor del preámbulo pecó de optimismo. Una vez más se puso de relieve esa «*impuissance des Lois*», de la que habló Cruet. Las reformas legislativas poco valen, por sí solas, como factor de transformación, cuando tropiezan con la inercia mental de quienes han de aplicarlas en la práctica y no se ven acompañadas por una modificación favorable de las estructuras sociales, económicas y culturales subyacentes.

Persistió, así, la práctica consistente en reducir el juicio oral a una mera homologación automática de la información obtenida en la fase investigadora. Todavía, en 1960, Jiménez Asenjo no dudaba en escribir que la instrucción «... es un arsenal de pruebas indiscutible, que fundan la acusación y correlativamente la defensa. La función del plenario no es otra que la de ratificar o rectificar a la instrucción. El plenario no hace sino homologar lo que existe en el sumario. Así es como hay que interpretar los textos legales, porque es la única admisible en la realidad. La prueba del juicio oral es prueba formal en cuanto tiende a comprobar la que se practicó en vía instructiva y ha servido de base a la acusación y al procesamiento, y servirá, en definitiva, para la condena ...».

Esta opinión, generalizada en la diaria realidad forense de entonces, provocó -como explica el profesor Montero Aroca- una quiebra de los principios rectores de su procedimiento, una subversión de la contradicción y de la igualdad de las partes, y una degradación del sistema acusatorio formal. En un análisis de la situación española, publicado en 1964, el profesor Serra Domínguez escribía con escandalizada tristeza: «... Desgraciadamente, la opinión citada, aunque totalmente contraria a la letra y el espíritu de la Ley, es la que impera en la práctica de los tribunales españoles. ... El juicio oral es tan sólo una parodia de proceso, cuyos

sujetos tienen el máximo interés en que termine lo antes posible, convencidos de antemano por el resultado de la instrucción. ...». No era excepcional que el Magistrado designado como ponente en el caso, hubiera redactado la sentencia antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, tomando como base el resultado del sumario. ¡Y podía ser difícil convencerlo de que la modificase a la vista del desarrollo del juicio oral porque le resultaba más fiable -por cronológicamente más inmediato- lo manifestado durante la fase instructora, aunque se rectificase durante aquél ...!.

En realidad hubo que esperar casi un siglo para que, trabajosamente las cosas cambiaran, en la nueva atmósfera generada por la Constitución española de 1978; merced al impulso de la doctrina del Tribunal Constitucional (cuyos varapalos escandalizaron, pero también despertaron de su rutina, a las instancias judiciales), y a las profundas transformaciones de la Sociedad española en acelerado proceso de modernización y a un estilo distinto de las nuevas generaciones de operadores jurídicos.

⁶ La introducción del Jurado *puro*, de corte anglosajón, que emite un veredicto no motivado y limitado a la declaración de culpabilidad o de inculpabilidad del acusado, ha planteado muchos y complejos problemas, dado que los sistemas continentales están basados en el predominio de las normas escritas, empezando por la Constitución. Por otra parte, resultaba muy difícil justificar que el Jurado estuviera exento de observar la trascendental garantía de fundamentación del fallo. Considerarlo como una suerte de Parlamento en miniatura, soberano en sus decisiones que constituían una *lex specialis* para el caso fue un argumento poco convincente; y el ensayo español de un sistema mixto, en que el Jurado se pronuncia sobre los diferentes puntos de hechos que somete a su consideración y cuyas contestaciones debieran conducir fluidamente al veredicto, explicando las razones de cada respuesta, sigue presentando dificultades de aplicación, aunque -con algunos sobresaltos- sigue funcionando regularmente. Por eso, en la Europa occidental se ha ido imponiendo un modelo mixto (el Escabinado o Escabinado), Tribunal mixto de Jueces profesionales y Jurados, que dictan conjuntamente su sentencia.

⁷ El Jurado no es *connatural* al sistema acusatorio, sino una garantía de regularidad del juicio impuesta al Rey Juan en la *Magna Charta* y muy ligada a la aplicación práctica del *Common Law*, de naturaleza fundamentalmente consuetudinaria; y convivió largo tiempo con un sistema marcado por rasgos inquisitivos y una práctica que trataba de eludirlo por la publicidad que conllevaba. El Jurado napoleónico quiso ser una adaptación del modelo inglés a un sistema penal basado en el principio de legalidad. Por lo demás, el juzgamiento por los iguales («*iudicium parium suorum*») fue sentido como una institución con un profundo sentido democrático (aunque, en su origen, habría que enmarcarlo en las tensiones tardomedievales entre la nobleza feudal, la Iglesia y las incipientes burguesías ciudadanas, por un lado, y unas Monarquías que aspiraban a consolidar su poder absoluto sobre todos ellos; pero es cuando menos muy discutible la identificación entre Jurado y Democracia. En cambio, sí puede descubrirse una significativa coincidencia entre los regímenes autoritarios y el modelo procedimental inquisitivo; y así lo ponen de relieve Gimeno Sendra y Martínez Arrieta. En cualquier caso, no se puede perder de vista que, como alerta Armenta Deu, la invocación del principio acusatorio se ha utilizado como coartada ideológica para justificar, por ejemplo, la extensión de los poderes del Ministerio Público, que

obedecen a motivaciones muy diferentes.

El mismo Cuéllar termina reconociendo esta falta de implicación recíproca entre Jurado y principio acusatorio, cuando continúa: «... En nuestra opinión, es una institución que refuerza notablemente al sistema de enjuiciamiento criminal, pues significa la participación del pueblo en el único Poder en que hasta ahora le es negado, el Judicial, por tanto, en el ejercicio de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, derivada de la potestad jurisdiccional, pero ciertamente su inexistencia no viola los principios esenciales de ese sistema. La opción hondureña de no aceptar el Jurado no afecta por tanto al principio acusatorio. ...»

⁸ El artículo 57 CH establece que «... [la] acción penal por los delitos electorales establecidos por la Ley es pública y prescribe en cuatro años. ...». La literalidad de esta norma suscita dudas interpretativas sobre el tipo de legitimación precisa para perseguir tales delitos. A la luz del sistema conceptual vigente al tiempo de su publicación (y muy singularmente, del artículo 16 del Código de Procedimientos Penales), cabría concluir que el precepto constitucional consagra un caso de acción «pública», pero no «popular».

⁹ Se utiliza el concepto en el sentido en que lo usa Fenech.

¹⁰ No se permite siquiera un margen de iniciativa de propuesta de calificación distinta, al modo que autoriza el artículo 733 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, de atormentada constitucionalidad por cuanto tiene de *intromisión* del órgano jurisdiccional en el debate entre las partes, pero a cuya introducción parece favorable Cuéllar Cruz, patentemente influido por Montero Aroca.

¹¹ Este principio aparece expresado de este modo por Lord Hewart, C.J., en su sentencia dictada en el caso «*R. v. Sussex JJ., Ex parte McCarty*», 1924, K.B., 256/259: «*Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*». No sólo hay que hacer justicia; también hay que dar la impresión manifiesta e inequívoca de que se hace.

¹² Aunque la Constitución proclama -en su artículo 87- la afirmación interina (o presunción impropia) de inocencia, es fácil comprobar un estado de opinión colectiva que presupone, en cambio, que la imputación de un delito nunca se hace sin razón, por lo que -salvo casos excepcionales- tiende, por lo general, a considerar culpable al acusado, a menos que éste pruebe convincentemente lo contrario. El sentido de esa opinión puede verse condicionado por la *presentación* de los hechos por los medios de comunicación social.

¹³ El artículo 333 CPP es mucho menos *agresivo* al principio de imparcialidad del órgano jurisdiccional que el 729 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal.

Tras disponer, su artículo 728, que «... [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 ...», el siguiente, 729, exceptiona:

«... 1.º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

»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.

»3.º Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles [la llamada *prueba sobre prueba*]. ...».

La polémica se produjo en torno al caso segundo; pero ni el Tribunal Supremo (tras algunas vacilaciones iniciales, a partir de las Sentencias de 29 de octubre y 4 de noviembre de 1996, 26 de febrero y 29 de septiembre de 1998 y 24 de marzo de 1999) ni la mayoría de la bibliografía especializada (siguiendo los pasos de Aguilera de Paz: Conde-Pumpido Tourón, Díaz Cabiale, Escobar Jiménez, Gisbert Gisbert, Maza Martín, Ortego Pérez, Picó i Junoy, Prego, Saavedra Ruiz), han encontrado objeciones serias a la constitucionalidad de este precepto.

¹⁴ La idea viene de antiguo. «... *Nec de suspicionibus debere aliquem damnari...; satius enim esse in punitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare* ...». El texto, recogido en el Digesto (XLVIII, XIX, *De poenis*, 5) corresponde a un fragmento de Ulpiano (VII, *de officio proconsulis*), quien se hizo eco de un consolidado estado de opinión en la antigüedad grecolatina.

¹⁵ La Sentencia 599/1994, de 21 de marzo, del Tribunal Supremo español invoca aquella resolución del Tribunal de Estrasburgo como argumento en favor de la compatibilidad de estos poderes de aportación de prueba por el órgano sentenciador con el principio de imparcialidad objetiva o de actuación imparcial; no obstante, la circunstancia de que la prueba omitida hubiera redundado predeciblemente en favor del acusado hace problemática la razonabilidad del ejercicio de esa facultad del tribunal en otros casos.

Precisamente, lo grave es que, revisando los casos en los que los órganos jurisdiccionales españoles se decidieron a hacer uso de su poder de ordenar la práctica de pruebas complementarias, se trató de completar una defectuosa o incorrecta proposición de prueba por el Ministerio Fiscal; esto es, una prueba de cargo, sin la cual, posiblemente, no se habría podido condenar a la persona acusada. Resulta difícil negar que el órgano jurisdiccional se colocó *del lado de la acusación*; esto es, exactamente lo contrario de lo que se desprendería de la regla ética antes enunciada.

¹⁶ Utilizan este argumento las Sentencias 150/1996, de 30 de septiembre, y 83/1992, de 1º de julio, del Tribunal Constitucional Español.

LECCIÓN 3: EL CONTROL POR EL JUEZ DE SENTENCIA DEL MATERIAL PROBATORIO APORTADO POR LAS PARTES. LA FORMACIÓN DEL MATERIAL FÁCTICO EN EL PROCESO. APORTACIÓN E INVESTIGACIÓN.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Beling, E. «Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess», Breslau, 1903 («Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943)

Chiovenda, G., «Instituciones de Derecho Procesal Civil», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948

Chiovenda, G., «Teoría General del Proceso», Reus, Madrid, 1977

Chiovenda, G., «Ensayos de Derecho Procesal Civil». Reus, Madrid, 1997

Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1960

Goldschmit, J., «Der Prozess als Rechtstage», Berlín 1925

Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, E., «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968. **Guasp, J.**, «Derecho Procesal Civil», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968

Gutiérrez de Cabiedes, E., «El principio “pro reo” en el Derecho y en el proceso penal», en «Estudios de Derecho Procesal», EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 461 y ss.

Houed Vega, M.A., «La carga de la prueba en el proceso penal».

Rosemberg, L., «Tratado de derecho procesal civil», EJE, Buenos Aires, 1955

1. El control por el Juez de Sentencia del material probatorio aportado por las partes.

Para formar su convicción, el Tribunal de Sentencia tendrá en cuenta, como regla general, las pruebas presentadas por las partes en el juicio oral y público (artículo 342.1 CPP).

1.1. La proposición de la prueba en la etapa preparatoria del debate.

La proposición de la prueba para ser practicada en el juicio oral (salvo la que pueda serlo anticipadamente) se hará, en el curso de la etapa de preparación del debate, en la audiencia que regula el **artículo 317 CPP**, epigrafiado *Proposición de prueba para el debate*.

En él se lee:

«... Inmediatamente después de vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior o de quedar integrado el Tribunal después de que haya sido declarada con lugar una recusación o firme la resolución que deniegue las recusaciones, nulidades o excepciones que se hayan presentado, el Presidente del Tribunal señalará audiencia, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes, para que las partes presenten la lista de los testigos y peritos con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta y señalarán los hechos sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate.

En la misma audiencia propondrán, asimismo, los documentos y demás medios que sirvan para probar las pretensiones deducidas en el juicio y señalarán, en su caso, el lugar en que se encuentran.

Los medios de prueba serán propuestos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar.

Después de la proposición de las pruebas y de oír las alegaciones que al respecto hagan las partes, en la misma audiencia o dentro del plazo de tres (3) días, **el Tribunal resolverá por auto motivado sobre la admisión de aquellas. Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».**

El adjetivo «*motivado*» sugiere que el tribunal ha de explicar no tanto las razones por las que admite una prueba determinada (a menos que se haya suscitado discrepancia entre las partes) sino las que justifican su inadmisión, indicando su causa en el caso concreto, de modo que no basta disponer que se rechaza una prueba «por

impertinente», «por inútil», «por desproporcionada», «por ilícitamente obtenida», sino que habrá que explicar el motivo de su descalificación como tales.

El Tribunal¹, en primer lugar, discernirá si el medio de prueba propuesto es admisible en nuestro sistema procesal penal. En caso afirmativo, habrá que valorar si, desde el punto de vista del caso enjuiciado, es también admisible porque ha sido legítimamente obtenido y es funcional para probar los hechos debatidos.

El tribunal ha de ser muy prudente a la hora de rechazar medios de prueba Propuestos por las partes, porque su inadmisión compromete el derecho Constitucional a la defensa que es «*inviolable*» (artículos 82 CH y 14 CPP). En muchas ocasiones, sólo se podrá demostrar la utilidad de una prueba después de que haya tenido lugar el debate, y sólo entonces se tendrá información cumplida de las circunstancias en que se obtuvo, permitiendo concluir si lo fue legítima o ilegítimamente.

El artículo 199 CPP exige que el rechazo de una prueba por desproporcionalidad sólo proceda cuando sea «*manifiestamente*» excesiva para la consecución de su finalidad procesal; y, más radicalmente aún, el último párrafo del artículo 317 CPP exige, para que el tribunal pueda inadmitir las pruebas, han de ser éstas «... *manifiestamente* impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

Por todo ello, **en caso de duda, el tribunal admitirá la prueba propuesta, sin perjuicio del valor que pueda atribuirle en su sentencia.**

[a] Admisibilidad del medio de prueba genérico. El *principio de irrestrictividad* de los medios de prueba utilizables y el *canon de la confiabilidad científica* de los atípicos.

A estos efectos resulta fundamental el artículo 199 CPP (epigrafiado *Medios de prueba permitidos*).

Frente al principio de taxatividad de los medios utilizables para probar las alegaciones de las partes, el primer párrafo del artículo citado establece que los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso, «... podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables.

«En lo no previsto en este Código se estará a lo dispuesto en las normas que regulen el medio de prueba que más se asemeje...».

Por tanto, cabrá proponer un medio de prueba *atípico*, no específicamente

mencionado y regulado como tal en el Código Procesal Penal, siempre que sea objetivamente confiable, o lo que es lo mismo, que reúna condiciones para lograr una certidumbre científica sobre la realidad o irrealidad del hecho litigioso o sobre alguno de sus extremos.

En el Código Procesal Penal se regulan la prueba pericial, la testifical (con posibilidad de la práctica de careos), la documental (por su examen y lectura directos, o por la reproducción del contenidos de soportes de imagen, de sonido o mixtos: grabaciones y otros medios audiovisuales), el de percepción (o inspección) judicial directa de las piezas de convicción o de otros objetos o lugares y la reconstrucción de hechos. Realmente resulta difícil imaginar otros medios de prueba diferentes, que no se reduzcan a modalidades de los anteriores. En su caso, la laguna legal (falta de regulación específica) se colmará mediante la aplicación de las normas referidas al medio de prueba con el que guarde mayor analogía.

[b] Admisibilidad de un medio de prueba específico. Las pautas de legalidad y de funcionalidad.

«... Los medios de prueba serán admitidos sólo si son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación; resultan útiles para la averiguación de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir. ...». Así se dispone en el párrafo tercero del artículo 199 CPP, a propósito de la fase o etapa preparatoria.

Coincide con él lo establecido en el inciso segundo del artículo 317.4 CPP: «...Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

Se prevé, además, especialmente, que, «... [existiendo] testigos presenciales, y siendo posible su citación a juicio, su testimonio no podrá ser discutido por testigos de referencia. ...» (Artículo 317.5 CPP). Esta regla se corresponde con la explicable aprensión con que se mira el testimonio de referencia, en realidad testimonio de la información proporcionada por un testigo presencial.

[b.1] El juicio de pertinencia en sentido estricto.

El juicio de pertinencia -explica Fenech- tiene una doble dimensión.

En primer lugar, se ha de valorar la relación que guarda la prueba con el tema que es objeto del juicio; pero también habrá que tener en cuenta su capacidad o habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo.

Desde un primer punto de vista reclama lo que se denominaría pertinencia en sentido estricto, esto es, la relación del medio de prueba y de su objeto con el del debate en

curso. Esta pertinencia en sentido estricto deriva, pues, de venir la prueba a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio.

En suma, **son impertinentes aquellos medios de prueba que no tengan relación con los hechos debatidos.**

[b.2] El juicio de utilidad o de pertinencia en sentido amplio.

La relevancia o utilidad, esto es, su capacidad para contribuir a averiguar los hechos investigados y las personas que hayan podido participar en ellos, es tratada como una dimensión de la pertinencia en sentido amplio.

Las partes -explica De Diego Díez- «... tienen la carga de indicar, al proponer los medios de prueba de que van a valerse, los hechos o circunstancias que con ellos pretenden probar (art. 309 [más exactamente, 317] CPP). Es decir, tienen la carga de argumentar ante el Tribunal de Sentencia la pertinencia de la prueba...».²

Son inútiles las que carecen de funcionalidad probatoria, ya sea porque no son aptas para verificar o desacreditar los hechos controvertidos, ya porque aquellos a que se refieren no precisan ser probados, como ocurre con los admitidos o los notorios.

[b.3] El juicio de proporcionalidad.

Más delicado es el juicio sobre la proporcionalidad de una prueba.

Puede ser descartada por desproporcionada aquella que no resulta imprescindible y puede ser sustituida por otra distinta, menos costosa o agresiva³ o dilatoria, e igualmente eficaz.

En caso de objeción de una prueba por protesta de su ilicitud, el tribunal tendrá que valorar si la declaración de su inutilizabilidad procesal ha de implicar la de aquellas otras que se deriven necesariamente de ella⁴.

[b.4] El juicio de licitud.

El artículo 200 CPP establece: «... Pruebas prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información. ...».

Este juicio es de gran trascendencia porque puede determinar la inutilizabilidad procesal no sólo de la prueba viciada sino de aquellas que se deriven necesariamente de ella, de acuerdo con la denominada plásticamente doctrina «*de los frutos del árbol envenenado*⁵».

1.2. La proposición extraordinaria de la prueba en la fase de incidentes al comienzo del debate.

Tras la presentación del caso por las partes, podrán éstas aprovechar la oportunidad del trámite de incidentes -regulado por el artículo 320 CPP- para «... proponer nuevos medios de prueba, siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio. ...».

Su admisibilidad está condicionada no solamente a la concurrencia de los requisitos comunes (pertinencia, utilidad, proporcionalidad y licitud) sino a que su práctica no obligue a la suspensión del juicio, por lo que no se exige que se trate de medios de conocimiento posterior a la fase ordinaria de proposición de la prueba.

El Tribunal valorará, por lo demás, si la novedad es tan grande que trastorna las expectativas de la contraparte. Si fuere así, a instancia de ésta, podría suspender brevemente el juicio, a fin de que pueda proponer prueba contradictoria de la de nueva proposición. La cuestión puede complicarse considerablemente si esa contraprueba reclama la suspensión de las sesiones del juicio.

En tal caso, puede que no resultase irrelevante que la prueba propuesta en los preliminares del debate haya aparecido o sido conocida con posterioridad a la etapa ordinaria de proposición. Siendo así, la suspensión podría encontrarse justificada. Si, en cambio, la parte proponente aguardó a este último momento para interesar la práctica de esa prueba tan excepcional, no sería reprochable que el Tribunal la desestimara invocando la actuación desleal de la parte proponente.

De acuerdo con el párrafo tercero del artículo 320 CPP,

«... El Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente, sobre las cuestiones planteadas, o se reservarán para resolver todas o alguna de ellas en su sentencia. ...».

La posibilidad de reservar la decisión para la sentencia no cabe a propósito de la admisión y el rechazo de estas pruebas, que habrá de hacerse obviamente antes de continuar el debate.

2. La formación del material fáctico en el proceso. Aportación e investigación.

Cuando parecía imponerse la doctrina de la relación jurídica para explicar la naturaleza jurídica del proceso, James Goldschmidt advirtió que el concepto no se

adecuaba a la estructura de la institución, puesto que las partes no se encontraban vinculadas por un nexo que asignara a cada una de las partes respectivos derechos y deberes, que guardarían una recíproca correspondencia⁶, sino que cada una de ellas iba encontrándose, a lo largo del proceso, en sucesivas «*posiciones jurídicas*» («*Rechstlage*»); de modo que, en lugar de imponerles la ley deberes, establece las condiciones que deben cumplir, en cada caso, para eludir el sufrimiento de un perjuicio procesal y, en definitiva, una sentencia desfavorable. A esta situación se denomina «*carga procesal*». La parte sobre la que grava decidirá libremente -ponderando las ventajas y los inconvenientes de cumplir las condiciones y de soportar los inconvenientes de su omisión- cómo habrá de comportarse. La pareja conceptual de la carga no es exactamente el derecho sino la «*posibilidad*» de realizar la conducta que enerva el perjuicio que comportaría el incumplimiento.

La idea de Goldschmidt prendió en otros procesalistas.

Para Micheli, la carga consiste en que «... la ley, en determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico considerado favorable para dicho sujeto. ...»⁷

Eduardo Couture⁸ define la carga como «... una situación jurídica de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él ...». La parte gravada por la parte, explica Leone, recibe de la ley el siguiente mensaje: «si quieres conseguir determinado fin, tienes que observar tal conducta»⁹.

En el proceso civil -en el que las partes gestionan derechos e intereses propios- pesa sobre cada una de ellas la carga de probar cumplidamente sus alegaciones para que su pretensión o su oposición puedan prosperar. La traslación de estas pautas de distribución de la carga de la prueba al proceso penal se complicó tradicionalmente porque en éste se hallaba comprometido un interés público.

El problema se facilita considerablemente cuando se concibe el proceso penal como una institución para la resolución del conflicto generado por la pretensión punitiva resistida por el acusado. Sobre cada parte pesa la carga de la prueba de los hechos fundadores de su respectiva posición procesal. Como el tribunal desempeña una función arbitral, que implica su colocación en una situación de imparcialidad (subjetiva y objetiva), no debe introducir material probatorio del que hará uso para dictar su sentencia, so pena de perder aquella imparcialidad.

A diferencia del modelo construido con arreglo a las pautas inquisitivas, en el que el Juez contaba con la posibilidad de aportar prueba por su propia iniciativa, en el acusatorio la aportación judicial de prueba en sentido estricto no cabe o está severamente restringida.

Se repite insistentemente, en la bibliografía procesal (valga de ejemplo la opinión autorizada de Chiovenda), que, en el proceso penal, no existe una distribución de la carga de la prueba en sentido formal, debido a que se rige por el ideal de descubrimiento de la verdad *material* («la verdad de los hechos», a que alude el artículo 198 CPP, esto es, lo que realmente ocurrió) ya que el Tribunal de Sentencia puede intervenir durante el debate a fin de esclarecer la verdad sobre los hechos (como se infiere, a juicio de De Diego Díez, del inciso final del artículo 304 CPP) y el Ministerio Público, en virtud del principio de legalidad y de su deber de objetividad, habrá de poner de relieve no sólo los hechos que fundamenten su acusación, sino también las que sean causa de exención o de atenuación de responsabilidad del imputado (artículo 93.2 CPP), llegando incluso a interesar el truncamiento del procedimiento si estima que no hay causa para formular requerimiento contra el imputado (artículo 284 CPP).

Sin embargo, esta conclusión parece precipitada.

La vigencia de la presunción (impropia) o afirmación interina de la inocencia de la persona imputada (a tenor de los artículos 89 CH y 2 CPP) conduce a que las partes acusadoras hayan de probar, más allá de toda duda razonable, la realidad de sus imputaciones. Los efectos de la falta o insuficiencia de prueba pesarán sobre ellas, en la medida en que el órgano sentenciador rechazará sus pretensiones, de modo que la prueba de los hechos que las fundamentan carga materialmente sobre dichas partes acusadoras.

«... Sin la prueba de tales hechos -escribe De Diego Díez- no cabe imponer sentencia condenatoria alguna. Pero, una vez probados los elementos constitutivos del tipo penal, las excepciones, bien se trate de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes son una carga probatoria que ha de afrontar la defensa del acusado. ...»; y anota: «... Como botón de muestra, puede verse lo establecido en el nuevo Código a propósito de las excepciones. Tras enumerar las que son oponibles en el proceso penal (art. 38), afirma el artículo 39 que «... la carga de la prueba recaerá sobre quien plantee la excepción. ...».

Sin duda, no se encuentra, en el Código Procesal Penal -con la excepción anterior- un precepto que fije qué ha de probar cada parte procesal. No cabe hablar de lo que se denomina «carga formal de la prueba»; en cambio, no hay duda de que rige lo que se ha dado en llamar «carga material u objetiva de la prueba» (Belíng, Fenech, Gómez Orbaneja, Guasp, Rosenberg), puesto que -en palabras de Gutiérrez de Cabiedes- «... [también] en el proceso penal alguien queda perjudicado, en sí mismo o en sus intereses personales o jurídicos, si aun con la actividad probatoria conjunta de todos no logra disipar la duda del hecho del que depende la absolución o la condena. Al imputado le afectan en su persona las dudas que determinen su condena.

A los acusadores les afectan las dudas que determinen la absolución. ...».

En el Código Procesal Penal, el desplazamiento de la actividad preparatoria a las partes, convierte al órgano judicial en un garante de la igualdad de oportunidades entre aquéllas y de supervisar la legalidad de los actos de investigación que practiquen o cuya práctica intereses.

En el modelo de proceso por delitos perseguibles por acción pública o semipública, la instrucción se rige por el principio de investigación oficial. Claramente queda expresado en el artículo 272 CPP, a cuyo tenor «... [en] la investigación de la verdad, la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente, practicará todas las diligencias pertinentes y útiles, para determinar la existencia del hecho punible y tomará en cuenta las circunstancias que, de acuerdo con la ley penal, sean importantes para establecer el grado de responsabilidad de los agentes. ...».

Por su parte, el artículo 92 CPP, al delimitar la función del Ministerio Público, establece que le corresponderá «... investigar los hechos punibles y promover la acción penal pública en representación de la sociedad, ... Con tal propósito, realizará todos los actos que sean necesarios para preparar la acusación y participar en el proceso, de conformidad con las disposiciones de su respectiva ley y del presente Código. ...».

Siendo parte procesal, la actuación del Ministerio Público está dominada por el ideal de la objetividad (equivalente de la imparcialidad del órgano jurisdiccional), como se desprende de lo dispuesto por los dos primeros párrafos del artículo 93 CPP, a cuyo tenor, en el ejercicio de sus funciones «... actuará con absoluta objetividad y velará por la correcta aplicación de las leyes penales.

»Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sean causa de exención o de atenuación de responsabilidad al imputado; asimismo, deberán formular sus requerimientos conforme a ese criterio, aún a favor del imputado. ...».

El acusador privado y la Defensa se servirán del Ministerio Fiscal para llevar a cabo los actos de instrucción que estimen conveniente a sus intereses (artículos 97, 101 [11] y 407 CPP), con posibilidad de acudir en queja ante el Juez de Letras, en caso de rechazo injustificado de su requerimiento.

El Juez de Letras se presenta, de este modo, como una instancia controladora de la efectividad del principio de igualdad de oportunidades de las partes durante la instrucción, y de la procedencia (legalidad, imprescindibilidad y utilidad procesal) de aquellos actos de investigación y medidas cautelares que comprometan derechos fundamentales, que habrán de adoptar, sin embargo, a instancia de alguna de dichas partes, tópicamente, la acusadora.

En el juicio oral se adopta, en cambio, como regla general, el principio que carga sobre las partes la aportación de la prueba de los hechos fundadores de sus respectivas pretensiones, aunque la persona acusada se beneficie de la afirmación interina de su inocencia. El primer inciso del artículo 333 CPP lo establece así claramente: «... Durante el juicio, solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes. ...».

Pero, a continuación, introduce la posibilidad de disponer la práctica de las llamadas «diligencias para mejor proveer», en los siguientes términos: «... El Tribunal podrá, sin embargo, a petición de parte o de oficio, ordenar que se practiquen otras pruebas si durante el juicio se ha puesto de manifiesto la omisión de un elemento de prueba importante antes no conocido. Dichas pruebas podrán ser ordenadas también por el Juez en la audiencia inicial. ...».

Nótese el carácter excepcional de esta prueba complementaria que sólo puede disponerse (y el tribunal hará bien en autolimitar su posibilidad de iniciativa, tanto para no enturbiar su imparcialidad objetiva como para no poner en peligro la estrategia de las partes) cuando no haya sido conocida anteriormente su existencia o su necesidad procesal.

N O T A S

¹ Aunque no lo establezca expresamente el artículo 426 CPP, el Juez de Paz tendrá los mismos poderes de control de las pruebas propuestas por las partes en el juicio de faltas.

² «Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 361

³ En Derecho Procesal Norteamericano se cita el caso de una Defensa que propuso la práctica de una delicada intervención quirúrgica, para extraer del cuerpo de la víctima el proyectil que la había herido, a efectos de comprobación del arma que lo había disparado.

⁴ Esta cuestión está estrechamente relacionada con la utilizabilidad de fuentes independientes de prueba o de otras que sólo se han limitado a acelerar el conocimiento de hechos que se hubiera logrado antes o después; lo que, en la terminología angloamericana se denomina excepción de descubrimiento inevitable («*inevitable discovery*»). Las enseñanzas de la experiencia de la vida pueden contribuir en gran medida a afrontar con realismo la valoración de cada caso particular.

⁵ ¡No del árbol prohibido!, como se lee y escucha a veces, por sugestión inconsciente de la imagen del árbol bíblico.

⁶ Se correspondería, en la terminología de Hohfeld, con el binomio «*right*»/«*duty*», abstracción generalizadora de la relación obligacional (Hohfeld, W. N., «Conceptos Jurídicos Fundamentales». Distribuciones Fontamara SA México 2001).

⁷ Micheli, G.A., «La carga de la prueba», EJEa, Buenos Aires, 1961, pág..85.

⁸ Couture, E., «Fundamentos de Derecho Procesal Civil», Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 240.

⁹ Leone, G., «Tratado de Derecho Procesal Penal», EJEa, Buenos Aires, 1963, tomo II, pág. 330.

LECCIÓN 4: 1. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. 2. LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO DE LA AUDIENCIA.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Asencio Mellado, J.M^a, «Prueba prohibida y prueba preconstituida», Trivium, Madrid, 1989. Bacigalupo, E., «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en «La sentencia penal», Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 161 y ss. Barona Villar, S., «La incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista en el proceso penal», en «Justicia 84», 1984, IV, págs. 907 y ss.. Beling, E. «Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess», Breslau, 1903. Beling, E., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943. Calamandrei, P., «Il processo come giuoco», en «Rivista di Diritto Processuale», 1950, I, págs. 23 y ss.; Carnelutti, F., «Lecciones sobre el proceso penal», ed. castellana, E.J.E.A., Buenos Aires, 1950. Carreras, J., «Proceso, guerra y juego», en Fenech, M. y Carreras, J., «Estudios de Derecho Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1962. Casado Pérez, J.M^a, «La prueba en el proceso penal», en Casado Pérez, J.M^a, López Ortega, J.K., Seoane Spiegelberg, J.L., Lemus, M.E., Marco Cos, J.M., Antón Blanco, J.L., Quintanilla, L.H., Escalante Saravia, A., Noubleau Orantes, P., «Derecho Procesal Penal Salvadoreño», Corte Suprema de Justicia y Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, 2000. Cordero, F., «Prove illecite nel processo penale», en «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1961. Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, J., Comentarios a los artículos 300 a 303 en Palacios Mejía, J.M^a, y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs., páginas 485 y ss. Delgado García, J., «La prueba en el proceso penal II», Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX. 1996. Díaz Cabiale, J.A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991. Diego Díez, L.A., «Medios de Prueba en el Proceso Penal» y «Prueba Prohibida e Ilícita», en Palacios Mejía, J.M^a, y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs. 341 y ss., y 367 y ss. Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001. Estrella Ruiz, M., y Fortín Aguilar, M.A., «Valoración de la Prueba. Presunción de inocencia. In dubio, pro reo», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación

Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001. Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960. Fernández Entralgo, J., «Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en «Revista General de Derecho», números 493-494, 1985; y «Afirmación interina (*presunción*) de inocencia y principio "*in dubio, pro reo*"», en Palacios & Fernández, pág. 45; «La doctrina jurisprudencial sobre el llamado "delito testimonial"», en «La Ley», 1986, págs. 912 y ss.; y «Las reglas del juego: prohibido hacer trampas. La prueba ilegítimamente obtenida», en Delgado, J. (Coordinador) «La prueba en el proceso penal II», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 55 a 210. Fernández Prado, M. «Especial referencia a la posibilidad de admitir en un proceso penal pruebas ilícitas», Comunicación a la Vª Ponencia de las «Jornadas de Estudios sobre la Justicia Penal en España», Madrid, 24-27 de Marzo de 1.987, pág. 4 (ejemplar mecanografiado, no publicado). Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995. Ferrua, P., «Imputato e difensore nel nuovo processo penale», en «Profili del nuovo processo penale »(obra colectiva), Padua, 1988. Fortín Aguilar, M.A., Comentarios a los artículos 304 a 334, en Palacios Mejía & Fernández Entralgo, págs. 502 y ss. Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., «Derecho Procesal Penal», 2ª ed., Colex, Madrid, 1997. Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, E., «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968. Guasp, J., «Derecho Procesal Civil», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968. Gutiérrez de Cabiedes, E., «El principio "pro reo" en el Derecho y en el proceso penal», en «Estudios de Derecho Procesal», EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 461 y ss.. Igartua Salaverria, J., «Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal», tirant lo blanch, Valencia, 1995. Jiménez de Asúa, L., «Tratado de Derecho Penal», III, Losada, Buenos Aires, 1965. Illuminati, G., «La presunzione d'innocenza dell'imputato», Zanichelli, Bologna, 1984. López Barja de Quiroga, J., «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegítimamente obtenida», Akal/Iure, Madrid, 1989. Lozano-Higuero Pinto, M., «Introducción al Derecho Procesal», Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990. Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios Mejía, J.Mª., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», citado, páginas 490 y ss. Manresa y Navarro, J.M. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...", III, Reus, Madrid, 1955. Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L. Ortells Ramos, M., y Montón Redondo, A., «Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal», Librería Bosch, Barcelona, 1991. Muñoz Sabaté, L., «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967. Nobili, M., «Il principio del libero convincimento del giudice», Giuffrè, Milano. Ortells Ramos, M., «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim», «Revista General de Derecho», 1979. Parra, J., «Indicios y presunciones», Ed. Librería Profesional, Colombia, 1997. Pastor Borgoñón, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», en «Justicia 86», 1986-2, páginas 349 y ss. Pérez, R., Comentario a los artículos 198 a 262, en Palacios Mejía & Fernández Entralgo, págs. 365 y ss.. Pico i Junoy, J., «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», en «La Ley», 1997-I. Ponce, J.A., «La investigación profesional en el sistema acusatorio. Un proceso científico», San Pedro Sula, 2005. Reyes Alvarado, Y., «La prueba indiciaria», Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda., 2.ª ed., Bogotá (Colombia). 1989 Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995. Ruiz Vadillo, E., «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», en «Poder Judicial», 2ª época, 3, 1986. Serra

Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962. Stein, «Das private wissen des Richters», publicada por Hirschfeld. en Leipzig, en 1.893 (hay traducción castellana, El conocimiento privado del Juez, de De la Oliva, A., EUNSA, Pamplona, 1973). Vázquez Sotelo, J., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984. Vives Antón, T.S., «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en «Jornadas sobre la Justicia Penal en España. Madrid, 24 a 27 de marzo de 1987», en «Poder Judicial», número especial II. Walter, G., «Libre apreciación de la prueba», Tamis, Bogotá, 1985

1. La prueba en el proceso penal.

La decisión de un caso jurisdiccional penal supone siempre, ante todo, la reconstrucción del hecho enjuiciado en cuanto hecho conflictivo o litigioso.

Por regla general, la discrepancia entre la Acusación y la Defensa ya se evidencia en la respectiva presentación de lo sucedido.

«... La finalidad de los medios de prueba es -y así lo proclama el artículo 198 CPP- el establecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias, mediante el estricto cumplimiento de las disposiciones de este Código. ...».

La Acusación sostiene que la persona acusada ha dado muerte, consciente, libre e injustificadamente a otra. La Defensa lo niega, o alega, en su descargo que el acusado actuó en legítima defensa. El órgano jurisdiccional ha de fijar lo sucedido, poniendo fin a la controversia.

Es lugar común destacar la proximidad (que no coincidencia) de la tarea del juzgador con la labor historiográfica. En efecto, lo mismo el Juez que el historiador cumplen una tarea que, como ironizaba Capograssi, tiene algo de taumáturgico, puesto que ha de esforzarse por «... *far rivivere quello che non vive piú* ...». Las pruebas, en plástica expresión de Carnelutti, son «... las llaves mediante las cuales ... [el Juez] trata de abrir las puertas de lo desconocido. ...».

Las huellas del pasado.

De las noticias que dejaron sobre él otros filósofos griegos (Timón de Fliunte, Platón -en su diálogo *Crátilo*- y Diógenes Laercio, entre otros) se infiere que Heráclito de Éfeso (570-475 antes del comienzo de la era cristiana, alcanzando su madurez hacia el 504) estaba convencido de la inaprehensibilidad del ser. Todo cambia, aunque creamos percibir una unidad de sentido en el devenir de las cosas; del mismo modo que nuestro cuerpo nunca puede ser bañado dos veces por las aguas de un mismo río.

No obstante, **los acontecimientos** que se suceden cronológicamente **dejan un rastro en su entorno**.

El Juez y el historiador han de recomponer una realidad pretérita, definitivamente ida. Para ello, habrán de rastrearla -como rastreaban las de la pieza perseguida los cazadores primitivos- en los vestigios que dejó en la memoria de las personas, o en las huellas que perviven en los más dispares objetos materiales.

Las partes en conflicto, el imputado, los testigos que presenciaron lo ocurrido, o que recogieron su relato de los que lo vivieron, proporcionan su propia versión, que trasladan: unas veces, directamente, y, otras, a través de la materialización de su historia en soportes documentales que los avances tecnológicos incrementan casi a diario.

Eficacia representativa y función de traslación.

Los testigos y el conocimiento del contenido de los documentos *trasladan* al órgano jurisdiccional la realidad a la que se refieren, y que *(re)presentan*, o lo que es igual, *hacen presente* algo que ya pasó.

La *eficacia representativa* (en afortunada expresión de Canelutti) de todo este cúmulo de afirmaciones instrumentales traslada al juzgador (de ahí su agrupación, por Serra Domínguez, en la que denomina fase de «*traslación*» dentro de la actividad probatoria) imágenes del segmento de realidad que constituye el substrato del litigio. A ellas, se añaden las percepciones directas de aquél, cuando examina, de forma personal e inmediata, la apariencia externa de una persona, o de una cosa, o de un lugar que guardan relación con el conflicto.

Las huellas del pasado marcan a las personas. Los testigos.

Las personas que los presencian (*testigos* presenciales, directos o inmediatos) conservan en su memoria, aunque sea de un modo fragmentario y debidamente elaborado antes de su *almacenamiento*; y pueden *evocarlos* y comunicar su recue-
terceros.

Esa información permite al receptor del acto comunicativo *re-presentarse* lo que su informante le participa (que no tiene por qué coincidir con lo que ha archivado en su memoria); esto es, hacer *intelectualmente* presente lo que ya es pasado.

El destinatario del relato del testigo directo se convierte de algún modo en un nuevo *testigo*, no tanto de los hechos participados por aquél, sino de lo que ha querido, podido y sabido comunicarle.

Es un testigo, sin duda, pero *de referencia* (o de oídas; «*hearsay*»), de lo que el presencial le ha referido. La correspondencia entre la realidad sucedida y el recuerdo del segundo, por una parte; y entre el recuerdo del testigo presencial y lo manifestado por él a su interlocutor condicionan la (*con*)*fiabilidad* del testimonio directo, primero, y del de referencia derivado de él.

Las huellas del pasado quedan grabadas sobre las cosas. Los documentos.

Los hechos sucedidos pueden quedar registrados materialmente por algún Medio de captación *directa* de la imagen o del sonido, en términos que permitan su conservación y reproducción.

Se puede, por tanto, distinguir entre *el soporte* (en el artículo 394 del Código Penal ya se mencionan los magnéticos y electrónicos) y el *registro* efectuado sobre él.

Esta diferencia late en el artículo 26 del Código Penal español de 1975: «... a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica ...».

El artículo 199 del Código Procesal Penal está abierto a la incorporación de nuevas técnicas o procedimientos. Lo decisivo es que sean «... objetivamente confiables ...».

El juicio de confiabilidad supone analizar:

[a] la fidelidad inicial del registro, en cuanto correspondencia entre su contenido y la realidad; y

[b] la conservación del registro, en sus dimensiones de integridad, genuinidad y autenticidad tanto del soporte como de lo registrado, a fin de detectar posibles pérdidas o menoscabo de uno u otro.

El *documento*, una vez descodificado, pone en conocimiento de quien lo *lee* (en sentido amplio, esto es, *descifra*) su contenido; se lo muestra o enseña. El lector de un contrato o de un testamento redactados por escrito puede *re-presentarse* (traer al presente) lo que en el pasado declararon las partes contratantes o el testador.

Se puede, por tanto, distinguir entre *el soporte* (en el artículo 394 del Código Penal ya se mencionan los magnéticos y electrónicos) y el *registro* efectuado sobre él.

Esta diferencia late en el artículo 26 del Código Penal español de 1975: «... a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica ...».

El *documento*, una vez descodificado, pone en conocimiento de quien lo *lee* (en sentido amplio, esto es, *descifra*) su contenido; se lo muestra o enseña. El lector de un contrato o de un testamento redactados por escrito puede *re-presentarse* (traer al presente) lo que en el pasado declararon las partes contratantes o el testador.

Las piedras hablan: los *monumentos*. La percepción judicial inmediata.

El órgano jurisdiccional puede también percibir por sí mismo determinadas realidades tal como se encuentran *en el momento en que lo hace*.

Es posible percibir *su* presente, pero por sí sola, esa percepción no muestra el pasado.

En el Código Civil, a propósito de la prueba de las obligaciones (aunque los preceptos sean generalizables hasta componer una suerte de principios generales de la prueba en Derecho Privado), se menciona entre los medios probatorios la denominada *inspección personal del juez*.

Artículo 1522 del Código Civil.

«La prueba de inspección personal del Juez sólo será eficaz en cuanto claramente permita al Tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que trate de averiguar».

En el Código de Procedimientos Comunes también se regula -con mayor detalle- este que el artículo 320.4º considera como uno de los posibles medios de prueba.

Su artículo 352 (párrafo primero) establece:

«Cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario que el Juez examine por sí mismo algún sitio o la cosa litigiosa, se decretará el reconocimiento judicial a instancia de cualquiera de las partes.».

El Código Procesal Penal, en su artículo 251 (epigrafiado *Reconocimiento de los elementos de convicción*) dispone:

«Los bienes, documentos y demás elementos de convicción incorporados al proceso, deberá ser exhibidos al imputado y a los testigos, para que manifiesten si los reconocen. También tendrán acceso a los mismo los peritos, cuando sea necesario para el cumplimiento de sus cometidos.»

Nótese que el examen directo por el órgano jurisdiccional puede limitarse a la percepción visual de la cosa misma o de alguna característica de ella; pero igualmente puede recaer sobre otros extremos: la dirección de unos humos, la producción de malos olores ...

La *percepción judicial inmediata* (como prefiere denominarla Serra Domínguez) puede proporcionar información directamente utilizable para reconstruir lo sucedido; pero también puede mostrar el camino para, a partir de lo percibido (que funcionaría como *indicio*), inferir otros hechos nuevos.

Jaime Guasp se ocupa de este medio de prueba bajo la etiqueta de *monumentos*, en un doble sentido relacionado con la actividad cognitiva; porque *(se) muestran*

al órgano jurisdiccional y porque *(le)* **muestran** la posibilidad de abrir una nueva vía para alcanzar un mayor grado de conocimiento de lo sucedido.

Ello sirve de enlace con la siguiente fase de la actividad probatoria: la *fijación* o *conversión* del material acumulado en la de *traslación*.

El órgano jurisdiccional -después de escuchar la versión de la persona imputada (si quiere declarar) y de los testigos, y de examinar los documentos e inspeccionar personalmente las cosas propuestas para examen del órgano jurisdiccional, procede a una doble actividad.

Ante todo, valora la persuasividad de ese material que le ha sido trasladado y, una vez depurado de este modo, lo reelabora por si fuera posible obtener nueva información útil para la reconstrucción y el tratamiento del caso.

La *persuasividad* de un medio probatorio es su capacidad de producir el convencimiento del órgano jurisdiccional (Guasp Delgado). El convencimiento es un hecho psicológico; el estado en que se encuentra una persona que no tiene dudas relevantes sobre la veracidad (coincidencia con la realidad) de una afirmación.

La persuasividad de los resultados de estos medios de prueba se depura sirviéndose de las «*Erfahrungssatze*», normas de la experiencia vulgar, término que se generaliza a partir de la obra de Stein.

Tomando aquéllos como punto de partida, pueden hacerlos funcionar como indicios de los que obtener -mediante el razonamiento humano- nuevos datos de hecho, con un grado de probabilidad de acierto suficientemente elevado como para ser tenido como certeza, a efectos de fijarlos como probados. Tal es -explica Muñoz Sabaté- el mecanismo de la denominada presunción vulgar, o judicial, o «*praesumptio hominis*».

En ocasiones, empero, la adecuada reconstrucción del caso, y su tratamiento jurídico, precisan de información que pertenece al acervo de la experiencia técnica.

Unas veces, la norma contiene, en la descripción del estereotipo de litigio, referencias no jurídicas, cuya integración demanda conocimientos que exceden de los de la persona de cultura media.

Otras, aplicando, a hechos conocidos, los propios de alguna especialidad científica o artística, pueden obtenerse nuevas conclusiones fácticas.

La pericia -si se quiere aceptar la terminología de Muñoz Sabaté, «*presunción técnica*»- es el instrumento para desarrollar estas actividades, dentro de la fase que algunos procesalistas -caso de Serra Domínguez- denominan «*de fijación*», dentro del global marco probatorio.

a) Concepto de prueba. La actividad probatoria y su resultado.

«... Por actos de prueba -escribe De Diego Díez siguiendo a Gimeno Sendra- cabe entender la actividad de las partes procesales dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del Juez o Tribunal decisor, sobre los hechos por ellas afirmados. Claro es que, para que esa actividad tenga validez y eficacia como prueba, debe ser intervenida por un órgano jurisdiccional, bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad, y con respeto a las garantías constitucionales relativas a los derechos individuales (arts. 65 y ss. CPH). ...».

En realidad, la actividad probatoria es compleja, puesto que comprende:

[1] **La aportación, por las partes, de los medios para demostrar la realidad de las afirmaciones** sobre las que basan sus respectivas pretensiones, de condena o de absolucón o menor responsabilidad.

[2] **Los medios de prueba persiguen**, ciertamente, como destaca Guasp Delgado, **convencer al órgano sentenciador de la veracidad de las alegaciones hechas por las partes.**

La dimensión psicológica de la actividad probatoria constituye un lugar común en la bibliografía especializada (Carnelutti, Chiovenda, Asencio Mellado, Díaz Cabiale, Fenech, Gimeno Sendra, Ortells); pero la convicción psicológica no puede ser meramente intuitiva, sino que ha de basarse en un grado de certidumbre objetiva capaz de eliminar cualquier duda razonable sobre los hechos alegados.

Por otro lado, **la reconstrucción de lo sucedido ha de tratar de aproximarse, en la mayor medida posible, a lo que se ha denominado «verdad material»**, esto es, a la realidad de lo ocurrido, lo que impide que las partes establezcan artificialmente los hechos sobre los que ha de pronunciarse el órgano sentenciador.

Así lo demuestra la posibilidad de que el Tribunal de Sentencia rechace la motivadamente la petición de las partes que han alcanzado un consenso determinante de la conformidad del imputado con la acusación, cuando esa petición entrañe fraude de ley sustantiva o procesal, a tenor de lo previsto por el párrafo tercero del artículo 322 CPP, manifestación específica de lo genéricamente dispuesto por el artículo 12.2 CPP.

[3] Una vez reconstruido el hecho litigioso, con los medios de prueba disponibles, se entra en **la fase final de «comparación»** (destacada especialmente por Serra Domínguez) **entre ese hecho reconstruido y las afirmaciones que las partes procesales hicieron en sus alegaciones**, a fin de verificar la correspondencia o discordancia existente entre éstas y aquél.

La prueba descubre, de este modo, su dimensión de resultado de la actividad

precedente: el órgano jurisdiccional valora los medios de prueba aportados, reconstruye lo sucedido y compara esa reconstrucción con las alegaciones de las partes. Sobre estas conclusiones construirá jurídicamente la decisión del conflicto.

b) Objeto.

Los medios de prueba procuran conseguir el convencimiento del órgano sentenciador sobre la veracidad de **los hechos que las partes procesales afirman respectivamente en sustento de sus respectivas pretensiones.**

El objeto de la prueba se va perfilando a lo largo del procedimiento.

A efectos del debate que ha de tener lugar en el juicio oral, se concreta en la audiencia preliminar (como se desprende del artículo 301 CPP), aunque en el curso de aquél puede modificarse por ampliación (artículo 321 CPP) como consecuencia del conocimiento de nuevos datos relacionados con los que han quedado fijados en dicha audiencia preliminar.

[b.1] Hechos precisados de prueba.

Constituyen objeto de la prueba los hechos litigiosos, esto es, los controvertidos por las partes.

[b.2] Hechos no precisados de prueba.

[b.2.1] Los hechos admitidos.

Los admitidos por ellas, consecuentemente, no tienen por qué probarse, e incluso, en caso de proponerse prueba sobre ellos, el Tribunal de Sentencia podrá rechazarla por procesalmente inútil, al carecer de finalidad procesal atendible.

Si el Tribunal de Sentencia sospechase que las partes han llegado a un acuerdo fraudulento, asumiendo como probados determinados hechos, podrá rechazar esa «conformidad» (impropia), por aplicación analógica del artículo 322.3 CPP, aunque deberá advertir de la necesidad de que las partes prueben esos hechos en la fase de preparación de debate, si ya entonces el Tribunal tiene sospecha de fraudulencia.

[b.2.2] Los hechos notorios. Grados de notoriedad.

Además, con arreglo al artículo 201 CPP (Notoriedad de los hechos), cuando un acto o hecho sea notorio, el órgano jurisdiccional podrá prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, salvo objeción fundada de cualquiera de las partes. Responde a la idea sintetizada en el principio: los hechos notorios no precisan ser probados («*notoria non egent probatione*»).

El juicio de notoriedad -de conocimiento de un hecho por la generalidad de las personas, por constituir parte del acervo de la experiencia vulgar- puede revestir cierta dificultad, dependiendo del «grado de notoriedad» de aquél, condicionado por

circunstancias de tiempo, de lugar y de ámbito cultural. Si la sucesión de los días de la semana o de los meses del año, por ejemplo, pueden considerarse de conocimiento común, la localización y características de un lugar o la fecha de una determinada festividad pueden ser hechos notorios en un determinado punto geográfico y no serlo en otros («*notoriedad local*»).

En cualquier caso, la objeción fundada de una de las partes a considerar un hecho procesalmente relevante como notorio obligará a proponer y practicar la prueba correspondiente de su veracidad.

[b.2.3] Los hechos flagrantes.

Ricardo Pérez sostiene que no será precisa la prueba en caso de flagrancia; pero la flagrancia supone la percepción del hecho delictivo al tiempo de su ocurrencia. Un delito es flagrante cuando su autor es sorprendido cuando lo está cometiendo, cuando lo va a cometer o cuando acaba de cometerlo. El delito (explicaba Jiménez de Asúa) «... es flagrante en el momento en que se comete, después de lo cual, deja de serlo. Son ... dos estados sucesivos por los que pasan todas las infracciones ...». Y Carnelutti precisaba: la flagrancia no es «... un modo de ser del delito en sí, sino con respecto a una persona ...», la que presencia su comisión. El delito es flagrante para los testigos presenciales, pero, por definición, entre ellos no se cuenta el Tribunal de Instancia. La flagrancia puede facilitar la adopción de ciertas medidas cautelares, o la admisión del hecho por la persona imputada, o una simplificación o aceleración del procedimiento, presuponiendo una mayor facilidad de la prueba del hecho; sin embargo, en caso de que la persona acusada niegue la realidad de la imputación o proponga una versión diferente de lo ocurrido, el hecho delictivo flagrante habrá de ser probado como cualquier otro controvertido.

c) Procedimiento probatorio.

La actividad probatoria se desglosa en una pluralidad de fases o etapas.

[1] La proposición de la prueba.

[1.1] La regla general: la proposición de prueba incumbe a las partes procesales.

Las partes procesales, ante todo, habrán de proponer la prueba mediante la cual se disponen a probar sus alegaciones y desacreditar las de su contraria.

De Diego Díez escribe: «... *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. Como consecuencia de la vigencia del principio de *aportación*, consustancial al sistema acusatorio, a las partes les corresponde determinar el objeto del proceso, tanto en su aspecto fáctico (hechos que han de ser enjuiciados) como subjetivo (persona a quien se va a enjuiciar).

»Pero el principio de aportación va más allá: no sólo consiste en aportar los hechos en los escritos formalizando la acusación (arts. 292 y 313 del CPP), sino también en proponer las pruebas de que las partes intenten valerse para acreditar sus afirmaciones (arts. 309 y 325 CPP) e intervenir en su práctica, interrogando o contrainterrogando al acusado (art. 315 CPP), peritos (art. 318 CPP) y testigos (art. 322 CPP). Por contra, el Tribunal de Sentencia no puede, de oficio, practicar prueba alguna en el juicio oral: «Durante el juicio solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes» (art. 325); aunque sí podrá el Tribunal intervenir activamente en las propuestas por las partes. ...».

[1.1.1] Proposición ordinaria de prueba.

A efectos del debate en juicio oral, la proposición se hará inmediatamente después de la audiencia saneadora prevista por el artículo 316 CPP, o transcurrido el plazo establecido para su celebración sin que parte procesal alguna haya interesado la celebración de dicha audiencia.

La proposición de prueba se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 317 CPP.

[1.1.2] Proposición extraordinaria de prueba.

Todavía cabe proponer prueba suplementaria, aprovechando la fase de resolución de incidentes, una vez iniciada la audiencia para debate, tal como prevé el artículo 320.2 CPP.

[1.1.3] Proposición excepcional de prueba.

Incluso después de este momento procesal, cabe, excepcionalmente, proposición de prueba en dos hipótesis:

[1.1.3.1] en caso de ampliación de la acusación, de acuerdo con el artículo 321 CPP.

Se requiere, para ello, explica De Diego Díez, «... a) que estén “relacionados con el hecho objeto del juicio” (por ejemplo, una circunstancia agravante) y b) que tales revelaciones produzcan una alteración sustancial en cuanto al objeto del juicio; o, en términos del ya citado artículo 313, “que puedan modificar la calificación legal o la pena del delito”. En estos supuestos, las partes podrán pedir la suspensión del juicio y el imputado tendrá derecho a solicitar que se amplíe su declaración. ...».

Este mismo precepto -aclara- exige también que las circunstancias o hechos de los que se ha tenido noticia durante el juicio “no hayan sido mencionados en la acusación”. «... Tal requisito es una obviedad y, por tanto, resulta superfluo. Si estamos hablando de hechos novedosos, conocidos durante el juicio, mal podían haberse tenido en cuenta en los escritos acusatorios, cronológicamente anteriores a aquél. Y, si fueron ya mencionados en la acusación, difícilmente podríamos afirmar que ha sido “durante” el juicio cuando se ha tenido noticia de tales circunstancias o hechos. ...».

[1.1.3.2] Cabe, además, que, durante el debate, se tenga noticia de algún medio de

prueba hasta entonces desconocido. En tal caso, podrá cualquiera de las partes interesar, en ese momento, su práctica como diligencia para mejor proveer, con arreglo al artículo 333 CPP.

[1.2] Aportación de prueba a iniciativa del órgano sentenciador.

Este precepto permite que el Tribunal de Sentencia disponga la práctica de esa prueba por propia iniciativa. Pueden entrar, así, en conflicto los principios de búsqueda de la verdad material y de neutralidad del órgano jurisdiccional, puesto que, al ordenar unilateralmente la práctica de esa prueba para mejor proveer, está desempeñando una función que, en buenos principios procesales, corresponde a las partes. Sólo debería, por ello, hacer uso de este poder, siempre motivadamente, cuando la inactividad de ambas partes procesales pueda hacer sospechar de connivencia fraudulenta entre ellas o cuando quepa predecir que la práctica de esa prueba puede redundar en beneficio de la persona acusada.

[2] El juicio sobre la admisibilidad de la prueba.

[2.1] Los parámetros del juicio de admisibilidad de la prueba.

A estos efectos resulta fundamental el artículo 199 CPP (Medios de prueba permitidos).

[2.1.1] Principio de irrestrictividad de los medios de prueba utilizables.

Frente al principio de taxatividad de los medios utilizables para probar las alegaciones de las partes, el primer párrafo del artículo 199 CPP establece que los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso, «... podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables.

»En lo no previsto en este Código se estará a lo dispuesto en las normas que regulen el medio de prueba que más se asemeje. ...».

Por tanto, cabrá proponer un medio de prueba no específicamente mencionado y regulado en el Código Procesal Penal, siempre que ese medio sea objetivamente confiable, o lo que es lo mismo, que reúna condiciones para lograr una certidumbre científica sobre la realidad o irrealidad del hecho litigioso o sobre alguno de sus extremos.

En el Código Procesal Penal se regulan la prueba pericial, la testifical (con posibilidad de la práctica de careos), la documental (por su examen y lectura directos, o por la reproducción del contenidos de soportes de imagen, de sonido o mixtos: grabaciones y otros medios audiovisuales), el percepción (o inspección) judicial directa de las piezas de convicción o de otros objetos o lugares y la reconstrucción de hechos. Realmente resulta difícil imaginar otros medios de prueba diferentes, que no se reduzcan a modalidades de los anteriores. En su caso, la laguna legal (falta de regulación específica) se colmará mediante la aplicación de las normas referidas al medio de prueba con el que guarde mayor analogía.

[2.1.2] Funcionalidad del concreto medio de prueba.

«... Los medios de prueba serán admitidos sólo si son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación; resultan útiles para la averiguación de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir. ...». Así se dispone en el párrafo tercero del artículo 199 CPP.

Coincide con él lo establecido en el inciso segundo del artículo 317.4 CPP: «... Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

Se prevé, además, especialmente, que, «... [existiendo] testigos presenciales, y siendo posible su citación a juicio, su testimonio no podrá ser discutido por testigos de referencia. ...» (Artículo 317.5 CPP). Esta regla se corresponde con la explicable aprehensión con que se mira el testimonio de referencia, en realidad testimonio de la información proporcionada por un testigo presencial.

El juicio de pertinencia -explica Fenech- tiene una doble dimensión. En primer lugar, se ha de valorar la relación que guarda la prueba con el tema que es objeto del juicio; pero también habrá que tener en cuenta su capacidad o habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo.

Desde un primer punto de vista reclama lo que se denominaría pertinencia en sentido estricto, esto es, la relación del medio de prueba y de su objeto con el del debate en curso. Esta pertinencia en sentido estricto deriva, pues, de venir la prueba a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio.

La relevancia o utilidad, esto es, su capacidad para contribuir a averiguar los hechos investigados y las personas que hayan podido participar en ellos, es tratada como una dimensión de la pertinencia en sentido amplio.

Las partes -explica De Diego Díez- «... tienen la carga de indicar, al proponer los medios de prueba de que van a valerse, los hechos o circunstancias que con ellos pretenden probar (art. 309 [más exactamente, 317] CPP). Es decir, tienen la carga de argumentar ante el Tribunal de Sentencia la pertinencia de la prueba. ...».

[2.2] Momento procesal del juicio de admisibilidad de la prueba.

Como regla, tiene lugar, como dispone el párrafo final del artículo 317 CPP, después de la proposición de las pruebas y de oír las alegaciones que al respecto hagan las partes.

En caso de proposición extraordinaria a tenor del artículo 320.2 CPP, el Tribunal resolverá en el acto lo procedente, obviamente sin poner reservar su decisión para la sentencia.

En caso de ampliación de la acusación, el Tribunal de Sentencia resolverá (aunque se

establezca expresamente en el artículo 321 CPP) una vez planteado el incidente, y previa audiencia de las partes.

[3] La práctica o recepción de la prueba.

Tiene lugar en el curso del debate, a continuación de la declaración del imputado (artículo 325 CPP), sujetándose a lo dispuesto por los artículos 326 a 332 CPP y a aquéllos otros que hayan de integrarlos, por remisión expresa o por necesidad de completar posibles lagunas.

La prueba anticipada se habrá practicado con anterioridad, y se incorporará por lectura, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 311.[1 y 4] CPP. Nótese, con todo, que la utilizabilidad procesal de este material probatorio está condicionada a que resulte imposible reproducir la prueba en el acto del juicio.

[4] Valoración de la prueba practicada.

2. La investigación y desarrollo de la audiencia.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española va precedida de una interesantísima «*Exposición de Motivos*».

Se escribió en un momento histórico que tiene gran parecido con el que vivió Honduras en vísperas de la aprobación del Código Procesal Penal e inmediatamente después de ella.

También entonces -año de 1882- se pasó, en España, del modelo de proceso «inquisitivo», propio del «*Antiguo Régimen*» (el de las Monarquías feudal y central absoluta) a un modelo «acusatorio» (o, si se prefiere, «mixto»), a imitación del implantado en Francia por el «*Code d'Instruction Criminelle*» napoleónico, de 1808.

En aquel preámbulo legal se escribieron cosas que hoy pueden parecer de gran actualidad en el momento histórico presente de Honduras.

El redactor se quejaba amargamente de la exagerada duración de la instrucción¹, que se desarrollaba de espaldas a (y en contra de) la persona imputada, y que condicionaba de tal modo el desarrollo del juicio oral que éste no era sino una parodia de tal, porque la sentencia se dictaba con base en el material obtenido en el curso de la investigación instructora².

El resultado no podía ser más desolador. «... [Al] compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte [al ser *reproducida* mecánicamente en el juicio oral] en verdad legal pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado ...», quien «... cuando ..., llegando al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado. ...».

La instrucción se había convertido en el eje del procedimiento penal, dada «... la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal y casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. ...». El redactor de la *Exposición de Motivos* se rebela contra este estado de cosas, y escribe: «... No, de hoy más las investigaciones del Juez Instructor no serán sino una simple preparación. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que extraño a la instrucción va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte ...».

El juicio oral -organizado de acuerdo con «... los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad ...»- había de ser, en el futuro, el «juicio verdadero».

El artículo 94 de la Constitución de Honduras dispone: «... A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio, y sin que le haya sido impuesta por resolución ejecutoriada de Juez o autoridad competente ...».

El «juicio» condiciona la legitimidad de la imposición de la pena; y el párrafo primero del artículo 90 de la misma Ley Fundamental establece: «... Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece. ...».

El eje del proceso penal es, así, el «juicio», hasta el punto de que, si el proceso jurisdiccional penal se identifica con la institución que tiene por objeto decidir, con arreglo al Derecho aplicable al caso, sobre una pretensión punitiva resistida, esto es, sobre la pretensión -del Ministerio Público (en los casos perseguibles por acción pública) o de una persona, física o jurídica, legitimada (cumulativa o alternativamente con aquél) para acusar- de que se imponga una pena a otra, que se opone a ella, el «juicio» resulta ser el «proceso penal verdadero».

Sin embargo, no vale un modelo cualquiera de juicio. Ha de tratarse de un juicio «con garantías»; eso que, por generalización de la terminología angloamericana, ha terminado por sintetizarse en la fórmula «proceso debido» («*due process of Law*»³).

El artículo 90 de la Constitución Hondureña aparece redactado como una «ley en blanco» (salvo, si acaso, por lo que toca a la exigencia de «juez o tribunal competente»), que reenvía a lo que «... la Ley establece ...» para integrar el contenido de las «... formalidades, derechos y garantías ...» procesales.

Sin embargo, no se puede olvidar que, de acuerdo con el párrafo segundo de su artículo 16, «... [los] tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno ...».

En la medida en que, entre esos Tratados se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1968 y el Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, el modelo de proceso que se desprende de los respectivos preceptos de esos textos internacionales pasan a integrar, en virtud de

aquel reenvío constitucional, Derecho interno hondureño.

2.1. Proceso jurisdiccional y juicio oral.

Como queda expuesto, el proceso jurisdiccional penal constituye la institución jurídica mediante la cual se decide irrevocablemente, con arreglo a Derecho, un conflicto surgido al enfrentarse una parte, que pretende la imposición de una pena a una persona, a quien se acusa de ser responsable penalmente de un delito o falta, y la oposición de la persona acusada⁴.

El juicio oral, identificado con el debate contradictorio entre la acusación y la Defensa de la persona acusada, se identifica, pues, con el proceso jurisdiccional penal.

El artículo 254 del Código Procesal Penal (en adelante, y abreviadamente, CPP) parece compartir esta perspectiva al disponer: «... El proceso de investigación y juzgamiento de los delitos constará de las siguientes fases:

- a) Etapa preparatoria;
- b) Etapa intermedia; y
- c) Debate o juicio oral y público. ...».

2.2. La función instrumental de las etapas preparatoria e intermedia del procedimiento penal.

Las etapas antecedentes al debate o juicio oral no son, ni constituyen propiamente, «proceso», aunque lo preparen, procurando que las futuras partes procesales puedan adquirir la información necesaria (de ahí la denominación clásica de «instrucción») para decidir, las legitimadas como acusadoras, si es oportuno plantear la pretensión punitiva y, consecuentemente, interesar la apertura del juicio oral, extremo que habrá de resolverse judicialmente, valorando si concurren «buenas razones» para ello⁵.

En esas etapas previas, en efecto, se desarrolla una actividad que no es propiamente jurisdiccional, aunque haya de ajustarse a un procedimiento legalmente establecido. Durante ella, no se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, sino que, se insiste, se trata de conseguir información sobre lo ocurrido, y discernir si es razonable la incoación del proceso propiamente dicho. Toda esa actividad anterior al juicio o debate sólo puede calificarse de procesal⁶ por referencia a una acepción de proceso penal que lo identifica con el *fenómeno procesal penal*, comprensivo del proceso penal en sentido estricto y de sus etapas preparatorias⁷.

La actividad preprocesal de instrucción, existe en todos los procesos, pero en el penal adquiere una singularidad que la diferencia de todos los demás⁸.

En la *Exposición de Motivos* del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica se explica muy bien esa singularidad, sintetizando una opinión compartida por un buen número de autorizados especialistas (el profesor Serra Domínguez puede servir de ejemplo):

«... La instrucción preparatoria es ... un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación. El Estado, a quien le está confiada la persecución penal por regla, es un extraño al conflicto social en el que reside el caso penal. Desde que se atribuyó para sí no sólo la tarea de decidir los conflictos jurídicos, sino que también asumió, en materia penal, la labora de perseguir los delitos llamados de acción pública, tuvo necesidad, como extraño al conflicto por definición, de informarse acerca de él, para preparar su propia demanda de justicia, esto es, su decisión acerca de la promoción del juicio. Tal característica distancia al procedimiento penal de los procedimientos utilizados para resolver conflictos jurídicos privados, pues en ellos, de ordinario, quien persigue judicialmente es uno de los protagonistas del conflicto, por tanto lo conoce y ha tenido ocasión de precaverse de los elementos de convicción para fundar su demanda. ...».

Pero hay más: «... [La] utilización del poder público en la investigación de los hechos provoca el temor fundado de su uso arbitrario, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la preparación de una demanda fundada en un conflicto jurídico privado, no genera ese temor, pues la persona privada carece de la posibilidad de utilizar directamente la fuerza del aparato estatal. Esta es, precisamente, la razón por la cual, en el procedimiento penal, se incluye, como período procesal y objeto de regulación, la preparación de la acción pública, pues tal regulación contiene, a la vez, el poder acordado y sus límites. ...».

El período intermedio, de discutida autonomía conceptual, desempeña sustancialmente una función crítica del resultado de la investigación preliminar, y de valoración de la *razonabilidad* de la apertura del juicio oral, comprobando la formalización de la acusación por parte legitimada para ello y la existencia de buenas razones para darle curso y abrir el juicio o debate.

2.2.1. La etapa intermedia: la audiencia preliminar.

Si el Juez de Letras, tras la audiencia inicial, no decide sobreseer, provisional o definitivamente, el procedimiento, sigue, éste, su curso, pasando a la denominada etapa intermedia.

Esta fase siempre ha resultado problemática desde el punto de vista de su construcción teórica (discutiéndose, incluso, su sustantividad procesal, que, en el Derecho positivo hondureño, es afirmada por los artículos 263 y 265 CPP, dedicándose a su regulación el capítulo único del Título III de su Libro II), y lo es más aún a la vista de su deficiente regulación en los artículos 300 a 303 CPP, ambos inclusive.

La etapa intermedia se desglosa en dos períodos.

El primero de ellos -el que media entre la conclusión de la etapa preparatoria y la

celebración de la audiencia preliminar- sólo puede tener por objeto completar la investigación en curso, de modo que las partes acusadoras puedan formalizar su acusación.

El segundo gira en torno a la audiencia preliminar, que tiene por objeto formalizar la acusación y decidir definitivamente (puesto que la cuestión se depuró ya fundamentalmente en la audiencia inicial) si existen buenas razones para abrir el juicio oral, ya que éste supone, para la persona acusada, un difícilmente evitable efecto de estigmatización social y numerosos y graves inconvenientes durante su tramitación, a los que sólo puede ser expuesto con causa suficiente.

De acuerdo con el artículo 300 CPP, a petición del Fiscal o del Acusador Privado, el Juez señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar, la cual deberá tener lugar dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que quede firme el auto de prisión o la declaratoria de reo.

Cubas Urcina y Banegas Zerón⁹ ponen de relieve que la celebración de la audiencia preliminar está condicionada a la previa instancia del Ministerio Público o del Acusador Privado, como consecuencia de la vigencia del principio acusatorio que impide que el mismo Juez de Letras la disponga por su propia iniciativa.

La audiencia ha de tener lugar, como regla general, dentro del plazo de sesenta días siguientes a la fecha de firmeza del auto de prisión o de la declaratoria de reo.

Obviamente, la petición ha de formularse con la suficiente antelación al vencimiento del plazo, de modo que permita la celebración de la audiencia dentro de aquél. Nada impide que, al comienzo del plazo, las partes acusadoras propongan ya la celebración de la audiencia preliminar, interesando que tenga lugar el último día del plazo legal, justificando la necesidad de su totalidad para la práctica de investigaciones complementarias, y sin perjuicio de que, de concluir antes aquéllas, pueda anticiparse la fecha de su celebración. No es difícil predecir que, en la práctica, se tenderá a agotar el tiempo legalmente concedido, a menos que la plenitud de las investigaciones preliminares o la sencillez del caso lo hagan innecesario.

Por excepción, el plazo ordinario podrá prorrogarse y, con él, el margen de posibilidades de práctica de investigaciones complementarias.

A este respecto, establece el artículo 300 CPP que, en casos de excepcional complejidad, el Ministerio Público o el Acusador Privado podrán solicitar (de nuevo, manifestación del principio acusatorio) que el Juez fije una prórroga del término a que se refiere el párrafo anterior, sin que la misma pueda exceder de otros sesenta días para la celebración de la indicada audiencia.

La prórroga (que implica la posible duplicación del plazo ordinario de investigación complementaria) se podrá solicitar, por una sola vez, antes del vencimiento del plazo ordinario.

Esa prórroga, sin embargo, en cuanto supone una dilación del procedimiento, ha de estar suficientemente justificada.

Legalmente se establecen las razones que pueden invocarse para solicitarla. Así, el artículo 300 CPP dispone que el Juez, para la fijación del nuevo plazo, tomará en consideración:

- 1) Que se trate de un delito cuya investigación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos relacionados o por el elevado número de imputados o de víctimas; y
- 2) Que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior o la producción de pruebas de difícil realización.

En caso de pretensión de prórroga, habrá que tener en cuenta que la audiencia preliminar tendrá que celebrarse antes de la conclusión del plazo de aquélla.

No se prevé qué ocurrirá en caso de no interesarse la celebración de la audiencia preliminar dentro del plazo legalmente señalado.

Se puede interpretar que, transcurrido el plazo para pretender la celebración de la audiencia preliminar, o su prórroga, en su caso, precluye la oportunidad de hacerlo y el procedimiento concluye sin declaración de responsabilidad de la persona imputada, por falta de uno de los requisitos esenciales de procedibilidad, a saber, la presentación de acusación concreta contra persona determinada. El transcurso del plazo para interesar la celebración de la audiencia preliminar, sin que parte acusadora alguna lo solicite, daría lugar a una suerte de extinción de la acción penal por caducidad del plazo para su ejercicio en esta etapa del procedimiento.

Cabría aplicar, por analogía, lo dispuesto por el artículo 100 CPP, interpretando la inactividad de las partes acusadoras como abandono de la acción penal, lo que produciría su extinción, a tenor del artículo 42.4 CPP, que podría declararse de oficio o a instancia de parte. Esta interpretación, sin embargo, tropieza con la restricción del abandono a los casos de acción privada estricta o por conversión de la pública; en cambio, en casos de acción pública no privatizada, chocaría con la vigencia del principio de persecución obligada, que entraña la irrenunciabilidad de aquélla.

Alternativamente, cabría sostener que el Juez de Letras, transcurrido el plazo ordinario, o su prórroga, sin que las partes acusadoras hayan interesado la celebración de audiencia preliminar, podría dictar resolución de improcedencia de apertura de juicio oral, por ausencia de un presupuesto esencial de procedibilidad, a instancia de la Defensa de la persona imputada, que invocaría la excepción prevista por el artículo 46.2 CPP, articulada en la forma establecida por el artículo 47 CPP, puesto en relación con el párrafo último del artículo 302 CPP.

De no admitirse tampoco esta vía de solución sólo quedaría mantener una situación de inactividad insubsanable de una parte, que provocaría la irremediable suspensión del procedimiento, que, por analogía con lo dispuesto para el caso del sobreseimiento provisional, a los cinco años permitiría declarar extinguida la acción penal, a tenor del artículo 42.5 CPP.

En evitación de los inconvenientes de esta situación de duda aplicativa, podría resultar justificado que la Corte Suprema dictase uno de los instructivos prevenidos por el

artículo 23 CPP, para garantizar la seguridad jurídica en la aplicación del Código Procesal Penal.

La prórroga -se advierte finalmente en el artículo 300 CPP- no significará una ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento previsto en este Código.

No se comprende muy bien el alcance de este precepto, al no fijarse, en el Código Procesal de Honduras, un plazo máximo de duración del procedimiento, como no sea el que derive de la prescripción del delito o de la aplicación de lo prescrito sobre la extinción de la acción penal.

La audiencia preliminar tendrá lugar el día y hora señalados al efecto.

No se establece la consecuencia legal de la ausencia de las partes.

La ausencia de la parte imputada -siempre que haya sido debida y tempestivamente citada- sólo determinará la pérdida de la oportunidad procesal de contestar a la formalización de la acusación.

La ausencia de la única parte acusadora implicará la imposibilidad de abrir el juicio oral por ausencia de uno de sus requisitos estructurales, cual es la formulación de una acusación concreta contra persona determinada.

La acción penal se habrá extinguido por caducidad del plazo para su ejercicio, y se dispondrá el sobreseimiento definitivo del procedimiento (párrafo último del artículo 302 CPP en relación con el 296.3 CPP). Respecto del Acusador Privado, su ausencia se trataría como un caso de abandono extintivo de la acción penal (artículo 42.4 CPP).

En caso de concurrencia de una pluralidad de acusadores, la ausencia de uno de ellos no impedirá la continuación del procedimiento si otro u otros sostienen la acusación.

Si, por cualquier motivo, el Ministerio Público no concurriera a la audiencia, por aplicación analógica del artículo 294 CPP, se suspenderá la celebración de ésta, pero siempre que aún quede plazo legal para celebrarla. La ausencia del Acusador Privado no determinará igual suspensión.

¿Qué procede en caso que cualquiera de las otras partes distintas al Fiscal (Acusador Particular o Defensor) no comparecen a la audiencia preliminar?

La audiencia preliminar es interesada por la acusación como valoración de la razonabilidad de la apertura del juicio oral. La inactividad de las partes acusadoras -por omisión de la petición de señalamiento de fecha para celebración de la audiencia preliminar o por incomparecencia- debiera entenderse como renuncia o abandono de la acusación. Salvo que se justifique la incomparecencia, habrá precluído, para el incomparecido, quien posteriormente podrá, sin embargo, intervenir adhesivamente en el resto del procedimiento.

Si el acusador particular no comparece, estando debidamente citado, y tratándose de delito público, su ausencia no impedirá la celebración de la audiencia, ya que en este caso no media un interés público que pueda prevalecer sobre el del imputado en que su situación quede aclarada en el más breve plazo posible.

El Defensor ha de ser citado para que tenga la oportunidad de contradecir la pretensión de las partes acusadoras de apertura del juicio oral, pero **su ausencia se interpretará como renuncia de la Defensa a intervenir en la audiencia** (asimilada al abandono por analogía y exigencias del equilibrio de intereses en conflicto: artículo 118), **pero no impedirá la celebración de la comparecencia en ese mismo día, sustituyéndolo un Defensor público o un Abogado de oficio, nombrado de inmediato, quien contará con un tiempo razonable, fijado por el Juez, a fin de que se instruya del objeto del caso.**

La estructura de la audiencia preliminar comprende las siguientes fases:

[a] formalización de la acusación;

[b] contestación de la Defensa; y

[c] resolución judicial disponiendo:

[c.1] la apertura del juicio oral;

[c.2] el sobreseimiento provisional del caso;

[c.3] el sobreseimiento definitivo del caso; o

[c.4] la improcedencia de la apertura del juicio oral por falta de formalización de la acusación.

2.2.2. La formalización de la acusación.

A tenor del artículo 301 CPP, en la audiencia preliminar el Fiscal y el Acusador Privado, en su caso, formalizarán acusación.

En este momento podría fijarse el comienzo de lo que cabría considerar verdadero proceso penal.

La formalización de la acusación equivaldría a la interposición de la demanda en el proceso civil. Las partes acusadoras concretan el hecho conflictivo, proponen su tratamiento jurídico y delimitan el contenido de su pretensión punitiva.

Cubas Urcina y Banegas Zerón anotan que la formalización de la acusación parte, sin embargo, de los hechos imputados tal como se concretaron en la audiencia inicial, a menos que, de la instrucción complementaria que haya podido desarrollarse hasta la celebración de la audiencia preliminar, aquellos hechos se hayan modificado o ampliado. A partir de este momento, los términos de la acusación quedan fijados, sin que puedan variarse sorpresivamente en el curso del juicio oral, porque contradiría garantías fundamentales del imputado, como son el derecho a ser informado de la acusación que se formula contra él y a disponer consecuentemente los medios de defensa contra ella.

A tenor del artículo 301 CPP, las partes acusadoras harán, en la audiencia preliminar, una exposición que deberá contener:

- 1) Una relación breve y precisa de las acciones u omisiones en que se funda la acción.
- 2) La expresa mención de los aspectos más relevantes de la investigación realizada en torno de dichas acciones u omisiones, a fin de justificar que el resultado de esa investigación abona la razonabilidad de la acusación y, en consecuencia, de la apertura del juicio oral.
- 3) La calificación de los hechos, conforme lo dispuesto por el Código Penal o la ley especial de que se trate.

En caso de duda la calificación podrá recaer, alternativamente, sobre delitos que se excluyan entre sí.

No sólo en caso de duda inicial sobre la calificación del hecho litigioso; la proposición de calificaciones alternativas resulta muy útil para evitar que, a la vista del resultado del juicio oral, haya que modificar la calificación aparentemente procedente al formalizar la acusación, a lo que podría oponerse, de otro modo, la Defensa, excepcionando la sorpresividad de esta modificación, productora de positiva indefensión del imputado.

- 4) La participación que en las acciones u omisiones tuvo el imputado; y,
- 5) El mínimo y el máximo de las penas que considere deban aplicarse al indiciado o indiciados según resulte de su participación en el delito, sin perjuicio de las precisiones o modificaciones que a este respecto se puedan introducir en el debate.

Cubas Urcina y Banegas Zerón echan en falta la mención expresa de la relación de objetos secuestrados y demás piezas de convicción, señalando el lugar en que se encuentran, si no los tuvieran a su disposición, pero, con razón, entienden que esta omisión es intrascendente, pues, de lo dispuesto en los preceptos siguientes, y, muy especialmente del artículo 303 CPP, se infiere que han de remitirse al Tribunal de Sentencia, y éste será el momento procesal oportuno para interesar esa remisión.

2.2.3. La contestación de cargos.

Después de las intervenciones del Fiscal y del Acusador Privado, se dará la palabra al Defensor para que conteste los cargos formulados contra el imputado.

Con esta fórmula tan lacónica, el inciso primero del último párrafo del artículo 301 CPP despacha el trámite de contestación a los cargos formulados.

No se especifica el contenido de la contestación, que puede ser muy diverso.

[a] Oposición a la acusación.

Tópicamente, éste será el contenido sustancial de la contestación, y, a su vez, puede expresarse de diferentes modos.

[a.1] La Defensa del ahora ya formalmente acusado puede limitarse a negar la realidad de los hechos imputados o de su relevancia jurídicopenal.

Tanto lo uno como lo otro puede reducirse a una pura negativa, o a una negativa argumentada.

La negación de los hechos o de la participación culpable del acusado supondrá la crítica del resultado de la instrucción precedente, buscando convencer, al Juez de Letras, de la improcedencia de abrir el juicio oral, por no existir razones fundadas para ello, interesando el sobreseimiento del caso, de modo definitivo (preferentemente) o provisional, con vistas a un futuro sobreseimiento definitivo en caso de no conseguirse nuevos elementos de prueba de cargo en el plazo de cinco años.

La negación de la relevancia jurídicopenal de los hechos objeto de acusación implica la admisión de su realidad; por ello, en la práctica, esta forma de oposición se hará subsidiariamente (del mismo modo, que se permiten acusaciones alternativas o subsidiarias), esto es, para el caso de que el Juez de Letras considere que hay buenas razones para tener por probable la comisión del hecho y la participación del acusado en esa comisión.

[a.2] La Defensa del acusado puede proponer una versión de lo sucedido distinta de la sustentada por la Acusación, de modo que excluya o atenúe la responsabilidad de aquél. La admisión de la causación de la muerte de un tercero a manos del acusado puede ser presentada, por ejemplo tópico, como fruto de la legítima defensa del segundo.

En este caso, la Defensa habrá de argumentar en un doble sentido: reconstruyendo el caso a partir de la información disponible por medio de la instrucción ya realizada, y razonando el tratamiento jurídico

Esta línea de oposición puede proponerse de manera subsidiaria de la negativa radical de la realidad de lo ocurrido o de la participación del acusado, aunque pueda resultar arriesgada en la medida en que pueda sugerir al Juez de Letras que aquella negativa carece de verdadero fundamento.

[b] Conformidad con la acusación.

Por improbable que sea, nada impide que la Defensa muestre su conformidad con las propuestas de la Acusación.

Lo anterior puede provenir de alguna de estas causas:

[b.1] Admisión de la razonabilidad de la acusación, lo que será mucho más factible si, en el curso del procedimiento, las partes han entablado algún tipo de contactos informales encaminados a lograr una solución consensuada.

[b.2] Apreciación de algún error de acusación, favorable a los intereses del acusado.

[b.3] Riesgo de que la celebración del juicio oral pueda poner de relieve hechos, hasta ahora desconocidos o insuficientemente probados, que pudieran agravar la responsabilidad de la persona acusada.

¿Pueden las partes presentar y evacuar medios de prueba en la audiencia preliminar?

La audiencia preliminar tiene por objeto valorar si, a la vista del resultado de las actividades investigadoras, hay buenas razones para abrir el juicio oral. **No hay prevista una fase de prueba y tanto en el artículo 301 como en el 302.3 se suceden, sin solución de continuidad, las alegaciones de las partes y la resolución judicial.**

El artículo 4 del Código Procesal Penal enuncia un principio general, para el caso en que legalmente se prevea un período de prueba, necesario para fijar hechos controvertidos por las partes, predeterminantes de la decisión judicial.

En la audiencia preliminar, las partes se limitan a manifestar su opinión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, valorando el resultado de la fase preparatoria, tal como aparece documentada.

No se establece previsión legal alguna para este caso de conformidad que, en principio, no impediría la apertura del juicio oral, a fin de que, ratificada en él, el Tribunal de Sentencia pueda proceder como dispone el artículo 322 CPP.

Cumplido lo anterior, se clausurará la audiencia.

2.2.4. Alternativas del procedimiento después de la audiencia preliminar: auto de apertura de juicio oral o sobreseimiento.

Dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el Juez resolverá si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento del caso. Así hay que interpretar lo dispuesto por el artículo 302 CPP.

2.2.4.1. El auto de apertura de juicio oral.

En caso de considerar que existen méritos para ello, el Juez de Letras dictará el auto de apertura a juicio, el que deberá contener (a tenor del artículo 302 CPP):

1) Los nombres y apellidos y, de ser posible, número de identidad o pasaporte en su caso de las partes;

2) La descripción de las acciones u omisiones por las cuales se acusa.

Si existe discrepancia entre la acusación presentada por el Fiscal y la del Acusador Privado, el Juez tratará de compatibilizarlas y, de no ser posible, se estará al contenido de la primera. Quiebra, aquí, en última instancia, y sin demasiada justificación, el principio de igualdad en el interior de una posición de parte, por lo que el Juez de Letras ha de esforzarse para incorporar, en la medida de lo posible, las propuestas del Acusador Privado.

3) La orden de que se tramiten separadamente las acciones que no puedan acumularse o que se acumulen las conexas.

4) El emplazamiento a las partes para que, en el plazo común de cinco días, contados a partir de la última notificación, más el que corresponda por la distancia, en su caso, se personen ante el Tribunal de Sentencia e indiquen la dirección exacta para hacer notificaciones.

En casos excepcionales de prueba compleja o difusa, este plazo podrá ampliarse hasta por un mes, a petición del Fiscal, del Acusador Privado o del Defensor. La petición -con arreglo a lo establecido en el artículo 302 CPP- deberá presentarse por escrito antes de que se dicte el auto de apertura a juicio, pero nada impediría que la solicitud se anticipase cautelarmente a la misma audiencia preliminar.

5) La orden de remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia competente.

Aun cuando no se disponga expresamente, el Juez de Letras habrá de motivar su decisión de abrir el juicio oral y las demás disposiciones que adopte. Argumentar la procedencia de la apertura de juicio oral implica una valoración del material obtenido durante la instrucción y su valoración jurídica, a efectos de ponderar si es razonable continuar el procedimiento y someter a la persona acusada a la estigmatización e inconvenientes de toda clase que ello comporta.

¿Debe emitirse el auto de apertura a juicio cuando se ha impugnado una resolución emitida durante la audiencia preliminar?

Dependerá de que -generalizando el criterio establecido por el artículo 354- el Juez haya dispuesto que la interposición del recurso produzca efecto Suspensivo en función del efecto condicionante de la validez de los actos procesales posteriores. Así, la impugnación de un auto de prisión no se vería afectado por la eventual interposición de aquélla.

2.2.4.2. El sobreseimiento del caso como alternativa.

¿Es procedente emitir resoluciones judiciales de sobreseimiento definitivo, cuando el Fiscal no solicita, o no se presenta a la audiencia preliminar formalizar acusación?.

Si ninguna parte acusadora formula acusación interesando consecuentemente la apertura del juicio oral, procederá el sobreseimiento (definitivo o provisional) del procedimiento, puesto que la precedencia de una acusación es requisito de la continuación de aquél.

El sobreseimiento definitivo procederá cuando el Ministerio Público no formule acusación (por inexistencia del hecho, por su atipicidad, por concurrir alguna causa de justificación, por falta de participación del imputado o por extinción de la acción penal: artículo 296), sin hacer reserva de la posibilidad de hacerlo si, en el futuro, se contase con nueva información que justificase la continuación del procedimiento, en cuyo caso, procedería el sobreseimiento meramente provisional, a tenor del último párrafo del artículo 302, en relación con el 295.

La sola ausencia del Ministerio Público provoca un problema de difícil solución, sin que se aprecie la prevalencia de alguna de las propuestas en la bibliografía o en la práctica judicial.

La opinión que interpreta que el Código Procesal Penal adoptó una solución «a la italiana», de manera que la ausencia del Ministerio Público obliga a tener por no presentada la acusación, procediendo el sobreseimiento del caso, se enfrenta con la que sostiene que -en aras del interés colectivo en la persecución y castigos de los delincuentes- ha de interpretarse que dicha ausencia es una mera *irregularidad* procesal, por lo que el acto se suspenderá con nuevo señalamiento.

Si con base en la formalización de la acusación por el Fiscal y el Acusador Privado y en la contestación de cargos, el Juez considera que no hay fundamentos razonables para el desarrollo del juicio, podrá dictar resolución, que será apelable en ambos efectos, en el sentido de que no procede la apertura del mismo y, según el caso, pronunciará sobreseimiento provisional o definitivo.

2.2.5. La remisión de actuaciones al Tribunal de Sentencia.

Notificado el auto de apertura a juicio, el Secretario, por imperativo del artículo 303 CPP, remitirá a la sede del Tribunal de Sentencia, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, las actuaciones y la documentación. Asimismo, pondrá a su disposición a los detenidos (entiéndase: a los acusados privados cautelarmente de libertad), en su caso.

En cuanto a los objetos secuestrados que las partes hayan designado en su acusación y defensa como piezas de convicción, los pondrá a la orden del Tribunal, indicándole el lugar en que se encuentren, o la persona o institución que los tenga en depósito, a quienes también deberá hacerlo saber.

N O T A S

¹«... [No] es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados ...»

²Véanse, como muestra, los siguientes párrafos:

«... Lo peor de todo es que en él [en el sumario] no se da intervención alguna al inculpado; que el Juez que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia, con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción ... [y que delega] la práctica de muchas diligencias en el Escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta bien el pensamiento ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno, por grande que sea su celo y recta su voluntad; que, por naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que puedan favorecerle ...»

³La expresión, utilizada por la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, proviene de las «Instituciones ...» de Coke, en 1669, y, antes aún, del artículo 29 de la «*Magna Charta*», que prohibía el castigo de cualquier «*liber homo*», sino en virtud de «*legal juicio de sus iguales*» o de «*la ley del país*» («... *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terræ* ...»)

⁴En el mismo procedimiento se pueden acumular la pretensión de imposición (cumulativa o sustitutiva) de una medida de seguridad, y la pretensión resarcitoria, que demanda la indemnización de los daños y perjuicios causados por el hecho

constitutivo de la infracción penal.

⁵Serra Domínguez, M., «La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XIII, Seix, Barcelona, 1967, págs. 115 y ss.; recogido en sus «Estudios de Derecho Procesal», Ariel, Barcelona, 1969, págs. 716 y ss.

⁶Identificando «procesal» y «jurisdiccional», en cuando el proceso en «*processus iudicii*», proceso jurisdiccional.

⁷En el artículo 254 CPP se utiliza esa acepción más comprensiva, al aludir al «... proceso de investigación y juzgamiento ...». Al proceso de juzgamiento precedería el «proceso de investigación» («de persecución», en la terminología de Pastor López, M., «El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal», Universidad de Valencia, Secretaria de Publicaciones, Valencia, 1979). Esta acepción amplia -que enlaza con un entendimiento del proceso como institución jurídica que tiene por objeto la resolución sobre pretensiones de parte (como ejemplo significativo en la bibliografía en lengua española, Guasp, J., «Derecho Procesal Civil», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968)- configuraría estas fases o etapas previas como «procesos de facilitación» del declarativo, centrado en el debate o juicio oral.

⁸Serra Domínguez, M., «La instrucción ...» cit. págs. 717-718

⁹ Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, J., Comentarios a los artículos 300 a 303 en Palacios Mejía, J.M^a, y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs., páginas 485 y ss.

LECCIÓN 5. MEDIOS DE PRUEBA EN CONCRETO.

1. Clases. **2.** La declaración del acusado. **3.** La prueba testifical. **4.** La prueba pericial. **5.** La prueba documental. **6.** La inspección ocular. **7.** Otros medios de prueba.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Barbero Santos, M., «Estudio Preliminar», en Alberca Llorente, R., Valenciano Gayá, L., Sánchez-Pedreño, J. y Ros de Oliver, B., «Psiquiatría y Derecho Penal. Estudio preliminar de MARINO BARBERO SANTOS», Tecnos, Madrid, 1965.

Beling, E., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943.

Carnelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJE, Buenos Aires, 1950.

Casado Pérez, J.M^a, «La prueba en el proceso penal», en Casado Pérez, J.M^a, López Ortega, J.K., Seoane Spiegelberg, J.L., Lemus, M.E., Marco Cos, J.M., Antón Blanco, J.L., Quintanilla, L.H., Escalante Saravia, A., Noubleau Orantes, P., «Derecho Procesal Penal Salvadoreño», Corte Suprema de Justicia y Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, 2000.

Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1960.

Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en Palacios Mejía, J.M^a, y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

Foschini, G., «L'imputato. Studi», Giuffrè, Milano, 1956.

Pérez, R., Comentario a los artículos 198 a 262, en Palacios & Fernández .

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995.

Serra Domínguez, M., «Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria», en «Revista de Derecho Procesal», 1968;

Serra Domínguez, M., «Declaración del imputado e indagatoria», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss.

Serra Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962.

Viada López-Puigcerver, C. y Aragonese Alonso, P., «Curso de Derecho Procesal Penal», Madrid, 1970. Vázquez Sotelo, J.L., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984.

1. Clases.

Los medios de prueba pueden clasificarse con arreglo a diferentes criterios.

[a] Por la fuente de aportación de la prueba, se distingue entre

[a.1] Prueba aportada por las partes procesales (regla general); y

[a.2] Prueba aportada a iniciativa del órgano jurisdiccional (mediante las denominadas diligencias para mejor proveer (artículo 333 CPP).

[b] Por la naturaleza de la fuente de información, se diferencia entre

[b.1] Pruebas personales: lo son

[b.1.1] la declaración de la persona acusada (si se considera realmente un medio de prueba);

[b.1.2] la prueba testifical; y

[b.1.3] la prueba pericial, puesto que, incluso si se interesa de una institución, las personas físicas que emiten el informe han de comparecer en juicio.

[b.2] Pruebas reales o materiales: son tales

[b.2.1] los documentos (en sentido amplio, comprensivos no sólo de los escritos, sino también de cualquier soporte que contiene información utilizable para la reconstrucción del hecho litigioso); y

[b.2.2] los objetos materiales (piezas de convicción pero también determinados lugares: «monumentos», en la terminología de Guasp) que son objeto de percepción personal directa por el órgano jurisdiccional.

[b.3] Por la capacidad reproductiva de lo ocurrido, hay

[b.3.1] pruebas directas o *históricas* (Guasp), que *trasladan* (Serra Domínguez) al órgano jurisdiccional las huellas de lo sucedido:

[b.3.1.1] la misma persona acusada (se insiste, en la medida en que se considere verdadero medio de prueba);

[b.3.1.2] los testigos; y

[b.3.1.3] los documentos.

[b.3.2] las pruebas indirectas permiten obtener hechos por inferencia de los

comunicados por las pruebas directas:

[b.3.2.1] los peritos: según Muñoz Sabaté y Serra Domínguez, proporcionan máximas de experiencia técnica para depurar las demás pruebas (función *crítica*: Guasp) o conseguir nueva información a partir de ellas (función *deductiva* o *conjetural*: Guasp); y [b.3.2.2] las presunciones que, con arreglo a las máximas de la experiencia vulgar, infieren nuevos hechos a partir de los indicios existentes (función *deductiva* o *conjetural*).

[b.4] Las pruebas pueden tender a verificar:

[b.4.1] las alegaciones de las partes acusadoras (pruebas de cargo); o

[b.4.2] las alegaciones de la Defensa (pruebas de descargo o *contrapruebas*).

Repasando el Código Procesal Penal, se encuentran los siguientes medios de prueba de regulación o, cuando menos, mención expresa:

[1] Declaración de la persona imputada (artículos 323-324 CPP; incluida la posibilidad de su careo: artículos 260 y 332 CPP)

[2] Testimonio (artículos 226-238 CPP; incluida la posibilidad de su careo: artículos 260; 328-332 CPP)

[3] Pericia (artículos 239-250 CPP; incluida la posibilidad de su careo: artículos 260; 326-327; y 332 CPP)

[4] Documentos:

[4.1] Lectura de documentos escritos (artículo 332 CPP)

[4.2] Percepción de grabaciones de medios audiovisuales (artículo 332 CPP)

[5] La inspección de personas y objetos (artículo 332 CPP):

[5.1] De personas (artículos 206 y 207 CPP; en rueda, para identificación: artículos 253-258 CPP)

[5.2] De cadáveres (artículos 204 y 205 CPP)

[5.3] De cosas y documentos (artículos 217-220; de correspondencia: artículo 222 CPP; de piezas de convicción: artículos 251 y 259 CPP)

[5.4] De vehículos (artículo 208 CPP)

[5.5] De lugares (del lugar de los hechos: artículo 203 CPP; de sitios públicos: artículo 209 CPP; de moradas particulares: artículos 212-216 CPP)

[6] Reconstrucción de los hechos investigados: artículos 261 y 332 CPP

2. La declaración del acusado.

Abierta la fase de debate del juicio oral, a falta de conformidad de la persona acusada, el Presidente del Tribunal -dispone el artículo 323 CPP- «... le concederá la palabra al imputado para que deponga si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra. ...».

Rendida la declaración del imputado, cuando lo haya (o de todos ellos, cuando sean varios, contando, por supuesto, con que quieran declarar), «... se recibirán las pruebas propuestas por las partes, en el orden indicado por éstas. ...». Así lo establece el artículo 325 CPP, sugiriendo que aquella declaración carece de carácter probatorio, al menos en sentido estricto.

2.1. Su doble función, defensiva y probatoria.

El imputado es parte pasiva del procedimiento penal, pero parece obvio que puede proporcionar información que, junto con el resto del material obtenido en el curso de aquél, sirva para reconstruir el sucedido.

Serra Domínguez y Viada y Aragonese resumen las opiniones acerca de la función que sus eventuales declaraciones pueden desempeñar en el proceso.

Algunos procesalistas alemanes (como Beling), seguidos por un sector de italianos, entendieron que el interrogatorio del imputado era sustancialmente la oportunidad (renunciable) que se le ofrecía para dar descargo de la imputación que se dirigía contra él. Era, por tanto, y ante todo, un medio de defensa.

Esta perspectiva unidimensional de su interrogatorio se explica como reacción enérgica sobre la importancia desorbitada que se dio, en el modelo procesal inquisitivo (sin duda, por el peso de sus presupuestos teológicos) a la confesión del imputado, lo que conducía a no reparar en medios para obtenerla.

Sin embargo, otros procesalistas replicaron que este patológico entendimiento del papel del proceso penal no debía impedir el reconocimiento del valor que podía tener la declaración del imputado para fundamentar el convencimiento judicial.

Carnelutti no puede ser más explícito: «... El imputado es el príncipe de las pruebas; él no constituye por eso solamente la *res iudicanda*, sino que entra también a formar la *res iudicans*; en otras palabras, es al mismo tiempo la materia y un instrumento del juicio; a fin de que termine por juzgarse a sí mismo, comienza por servir al juez para juzgar él mismo. ...». Y, a renglón seguido, añade: «... No hay en el proceso penal una prueba más preciosa que el testimonio del imputado ...».

En Alemana, Roxin sostiene que «... el imputado no es sólo un sujeto procesal, con derechos propios de intervención en el proceso, sino también un medio de prueba ...», aunque, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal angloamericano, no puede ser considerado como testigo. Tal parece ser el criterio dominante entre los modernos procesalistas y de la doctrina jurisprudencial en la República Federal Alemana. Y, aunque su Ley Procesal Penal regule el interrogatorio del imputado con un cierto distanciamiento locativo respecto de la pericia, el testimonio y el reconocimiento judicial, el artículo 136a), interpretado inversamente, sugiere la aprovechabilidad probatoria del material informativo conseguido a través de aquél. Y los Códigos italiano y portugués de Procedimiento Penal incluyen el interrogatorio del inculcado entre los medios de prueba.

«... Las posiciones ... -matiza con razón Vázquez Sotelo- no son tan distantes ya que quienes comienzan atribuyendo a la declaración el carácter de medio de prueba - porque indudablemente de ellas pueden derivar y frecuentemente derivan importantes elementos para formar la convicción judicial- no por eso olvidan que la declaración es una magnífica ocasión que el imputado debe aprovechar para explicarse y justificarse, es decir, para defenderse ... Y quienes le atribuyen la naturaleza de medio de defensa no por eso niegan que de la declaración puedan resultar elementos probatorios o de convicción judicial de innegable y a veces decisivo cuando no excesivo valor, según demuestra la práctica diaria de los Tribunales y la jurisprudencia ...».

En España, la inicial perspectiva del interrogatorio como medio de defensa dejó paso a otra que veía en él un claro medio de investigación y aun de prueba (Serra, Viada & Aragoneses) sin, por ello, renunciar a las garantías de que lo había rodeado el modelo procesal penal liberal, de modo que «... su declaración le brinda la oportunidad de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre el mismo pesa ...» (Gómez Orbaneja).

Fenech es tajante: «... consideramos la declaración del imputado como uno de los medios de prueba, por cuanto que su fin principal, si se examina con detenimiento su verdadera esencia, consiste en proporcionar al Juez o Tribunal elementos para formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión ...». «... [La] declaración del imputado contribuye a formar el convencimiento judicial ...», lo que «... no excluye que el imputado aproveche la oportunidad procesal que le proporciona su propia declaración para aportar elementos de defensa perfectamente legítimos ...».

Partiendo del tenor literal del artículo 323 CPP (y pese a que, interpretado conjuntamente con el 325 CPP, podría inferirse que se ha querido separar de los medios probatorios propiamente dichos), cabría sostener esta doble dimensión del interrogatorio del acusado. Ante todo, constituye la oportunidad de que formule alegaciones en descargo de las acusaciones formuladas contra él, pero, además, es contemplado como fuente de información, si se aviene a responder a las preguntas que pueden tener por conveniente formular las partes acusadoras, la Defensa y, en último término, el propio Tribunal.

2.2. Desarrollo de la declaración del acusado.

2.2.1. Garantías de la declaración del acusado.

El acusado conserva, durante su interrogatorio en juicio, los derechos que se atribuyen al imputado en los artículos 101 y 287 y siguientes CPP, y muy especialmente, el constitucional de negarse a declarar, sin que ello pueda ser utilizado como argumento indiciario de culpabilidad y el de consultar a su Abogado defensor, de los que deberá ser informado antes de comenzar dicho interrogatorio.

El artículo 287 (Información de sus derechos al imputado) establece la información que el Juez de Letras ha de proporcionar al imputado antes de que éste preste declaración ante él. Comprende los siguientes extremos:

1) El contenido del requerimiento Fiscal, indicando, en todo caso, de forma clara y precisa (por lo que puede no ser suficiente, y hasta contraproducente, la lectura de la literalidad de la acusación formulada por la parte acusadora), los hechos que en él se le imputan.

2)

2.1) La vigencia de los derechos que a todo imputado reconoce el Artículo 101 de este Código, y en especial, por lo que se refiere a la declaración, de los reconocidos en los numerales 5) y 10) de ese mismo artículo.

El contenido de estos numerales es el siguiente:

5) A abstenerse de formular cualquier declaración sin que esta decisión sea utilizada en su perjuicio y si acepta hacerlo, a que su Defensor esté presente al momento de rendirla, lo mismo que en cualquier otra diligencia en que se requiera la presencia del imputado;

6) A que no se empleen en su contra, medios que de cualquier modo lastimen su dignidad personal;

7) A no ser sometida a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad, tales como: malos tratos, amenazas, violencia corporal o psíquica, torturas, aplicación de psicofármacos, hipnosis y polígrafo o detector de mentiras;

8) A que no se empleen medios que impidan su movilidad durante la realización de las actuaciones procesales. Este derecho se entenderá sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y según el criterio del Juez o del Ministerio Público, sean necesarias;

9) A ser asistida por un intérprete o traductor si no conoce el idioma español, sea

sordomudo que no pueda darse a entender por escrito o que por cualquier causa no pueda expresarse;

10) A estar presente, con su Defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario.

2.2) El derecho constitucional del imputado a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero o compañera de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3) Su derecho a consultar con su Defensor, la actitud que debe asumir durante la audiencia; y

4) Su derecho a proponer, en su defensa, lo que considere oportuno y exigir que el Ministerio Público, con la colaboración de su Defensor, compruebe los hechos que exponga en su descargo.

Fácilmente se aprecia que existen repeticiones o reglas que afectan a dimensiones distintas de un mismo derecho, lo que exigirá un esfuerzo de síntesis al llevar a cabo la información de sus derechos a la persona acusada.

Una mera lectura de los preceptos legales transcritos puede constituir un mensaje comunicativo defectuoso si, dado el nivel cultural de la persona imputada, cabe inferir que tendrá dificultades para comprender la jerga legal. La Presidencia del Tribunal de Sentencia actuará prudentemente *traduciendo* esas normas de forma comprensible para el acusado, de modo que se logre la mayor eficacia de su derecho a ser cumplidamente informado del contenido de las garantías que configuran su estatuto de imputado, sin que padezca el *núcleo duro* de su derecho a tal información.

Ante todo, el Tribunal habrá que cerciorarse de que la persona acusada comprende y puede hacerse comprender en lengua española. De otro modo, habrá que proveerle de intérprete, puesto que la información proporcionada a quien no puede entenderla por desconocer el idioma, carecería de sentido.

Es esencial que la persona acusada tenga claros los siguientes extremos:

[a] Tiene derecho a guardar silencio. Nadie podrá afirmar que es culpable por el sólo hecho de no querer declarar.

[b] Si accede a declarar, tiene derecho a no contestar cualquier pregunta que no desee responder. Nadie podrá afirmar, sólo por eso, que admite que es verdad el hecho al que la pregunta se refiere.

[c] La persona acusada tiene derecho a que se respete su dignidad. En el curso de su interrogatorio no puede ser víctima de malos tratos, insultada ni humillada.

[d] La persona acusada tiene derecho a declarar en condiciones tales que en todo

momento sea consciente de lo que hace y tenga el control de su declaración.

[e] La persona acusada tiene derecho a que se Defensor esté siempre en condiciones de asistirle y pueden comunicar libremente entre sí.

2.2.2. Dinámica de la declaración del acusado.

[a] La declaración del acusado.

Ante todo, con arreglo al artículo 323.1 CPP, el acusado tendrá la oportunidad de manifestar, «... si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra. ...».

En esta primera parte, tiene la oportunidad de proporcionar su versión de los hechos y de dar descargo de las acusaciones formuladas contra él. La persona acusada expondrá, en una narración ininterrumpida, lo que tenga por conveniente.

[b] El interrogatorio por las partes.

«... Después de su exposición, el imputado podrá ser interrogado, por su orden, por el Fiscal, por el Acusador Privado, cuando lo haya, por el Defensor y por los miembros del Tribunal. ...».

«... En cualquier estado del juicio, el imputado podrá ser nuevamente interrogado por las personas y funcionarios a que se refiere el párrafo anterior, con el fin de que aclare o amplíe sus manifestaciones. ...» (artículo 323 [2 y 3] CPP).

2.2.3. Declaración de una pluralidad de acusados. El acusado testigo.

El artículo 324 CPP (Declaración de varios imputados) dispone: «... Si son varios los imputados, en la audiencia sólo podrá estar presente quien esté rindiendo su declaración. ...».

En este caso, el declarante asume una doble función. Como acusado, tiene la oportunidad de dar descargo de la acusación formulada contra él, de dar su versión de lo ocurrido y de contestar (si lo desea) a las preguntas que le puedan formular las partes procesales.

A la vez, puede proporcionar información referida al otro u otros acusados, respecto de los que funciona, en tal caso, como un testigo impropio. Ello podría explicar que, para evitar riesgos de inhibición o de falseamiento de las respuestas, el otro acusado o los demás, si son varios, no podrán estar presentes durante su declaración.

No se comprende por qué pueden estarlo, en cambio, durante la práctica de las pruebas testifical y pericial. Aun cuando siga presente en la Sala de Justicia su

Abogado defensor, la ausencia, y consiguiente desconocimiento del contenido de la información proporcionada por el coacusado, podría repercutir negativamente en su defensa, obligando, incluso, una vez sabida aquélla por boca de su Defensa, a llamar de nuevo al declarante para un interrogatorio complementario.

3. La prueba testifical.

El testigo, a diferencia del perito, proporciona información directamente representativa de lo sucedido. Sus manifestaciones lo reflejan total o parcialmente a modo de *registro personal*. El testigo ha percibido sensorialmente, de forma personal y directa, lo ocurrido, o parte de ello, y lo *traslada* al Tribunal de Sentencia; sin que se oponga a estas consideraciones la admisión de l testigo de referencia (de oídas; el «*hearsay*» angloamericano), que es, en realidad, testigo de un testimonio, testigo de las manifestaciones que hace el que lo fue directamente del hecho enjuiciado; de ahí la aprensión que suscita la fiabilidad de este testimonio impropio.

El perito entra en contacto con el hecho justiciable cuando ya ha sucedido y se está procediendo a su investigación o enjuiciamiento, y por eso se enfatiza que su relación con aquél es (intra)procesal, en tanto que la relación que guarda el testigo con el hecho justiciable es claramente extraprocesal, porque nace cuando ese hecho se está desarrollando, y aún no se ha iniciado procedimiento alguno, o éste no ha sido determinante de la toma de contacto del testigo con el suceso.

Obviamente, el testigo no transmite sus percepciones en estado bruto, sino su elaboración de lo percibido, lo que supone un inevitable riesgo de interpretación personal; riesgo que se reproduce cuando ha de trasladar sus recuerdos en la Sala de Justicia. A la valoración de la prueba testifical corresponde la ponderación de la credibilidad y fiabilidad que ha de atribuirse al testimonio prestado.

3.1. El testigo en sentido estricto.

El testigo en sentido estricto se caracteriza por su *distanciamiento* del hecho enjuiciado, en la medida en que no está directamente involucrado en el conflicto básico, que envuelve a la persona acusada y, en su caso, a su supuesta víctima.

3.1.1. Deber de testificar.

A tenor del artículo 226 CPP, todos los habitantes del país «... tienen la obligación de atender las citaciones que les libren los órganos jurisdiccionales, para declarar lo que sepan sobre un delito. Se excluyen únicamente los absolutamente incapaces y las personas [a quienes exime expresamente de ello el Código Procesal Penal] ...».

En él -desarrollando ideas sintetizadas por Ricardo Pérez- se dispensa, en unos casos, del deber de declarar como testigo, pero no de atender la citación del Tribunal, debiendo, consecuentemente, comparecer en la Sala de Justicia, aunque el testigo

pueda excusarse de prestar declaración. En otros, se dispensa de comparecer ante el Tribunal, pero no, en cambio, de declarar, tomándose las medidas precisas para que quede a salvo el derecho de las partes a la mejor defensa de sus intereses y a la contradicción.

3.1.2. Capacidad para ser testigo.

Del párrafo último del artículo 226 CPP se infiere que carecen de capacidad para ser testigos «... los absolutamente incapaces ...».

Gina González¹ comenta:

«... En principio ... solamente carecería de capacidad para ser testigo quien por deficiencia física o psíquica no esté *absolutamente* en condiciones de *percibir* por sus sentidos, o pudiendo percibir, no pueda *transmitir* sus percepciones del modo previsto en la ley. ... No cualquier incapacidad física (sobreviniente con posterioridad o permanente) inhabilita a la persona para declarar, lo que en ciertos casos sólo representará una modificación del trámite para la recepción de su declaración ...».

Podrán, pues, testificar los menores de edad, los sordos, los mudos y los sordomudos, los ciegos e incluso los dementes pues «... “la enfermedad mental no siempre quita o altera toda facultad intelectual, y se puede localizar en determinados centros de la actividad psíquica, dejando más o menos inmunes a los demás”² y, en consecuencia, será materia de valoración de su mayor o menor fuerza convictiva en función de la mayor o menor verosimilitud del testigo ...»³.

3.2. Personas exentas de declarar, pero no de comparecer.

El artículo 228 CPP (Personas no obligadas a declarar) establece que «... [no] están obligados a declarar, aunque sí a comparecer:

- 1) El cónyuge o compañero de hogar y los parientes del imputado dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- 2) El adoptante, en causa instruida contra el adoptado y viceversa; y
- 3) El guardador, en causa instruida contra su pupilo y viceversa.

»Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable a los ministros de cualquier culto religioso y a los profesionales, autorizados para operar en el país en relación de las confidencias o secretos que hayan llegado a su conocimiento, por razón del ejercicio de su ministerio o profesión y que están obligados a guardar.

»Las personas a que se refiere el párrafo primero serán informadas, antes de que inicien su deposición, sobre el derecho que tienen de abstenerse de declarar y de que si toman la determinación de hacerlo podrán abstenerse de contestar las preguntas

que deseen. Lo mismo se hará respecto de los ministros de los cultos religiosos y los profesionales, en cuanto al secreto que están obligados a guardar, en relación con lo establecido en el párrafo anterior. ...».

«... Si el órgano jurisdiccional estima que el testigo invoca indebidamente el derecho de abstenerse de brindar declaración o de mantener reserva sobre una confidencia o secreto, ordenará su declaración mediante resolución motivada. ...». Así lo dispone el párrafo primero del artículo 229CPP.

Estas personas podrán, si lo desean, declarar en juicio como testigos. Nada impediría que, en el curso de su declaración, pudieran excusarse de responder a determinadas preguntas.

3.1.3. Personas exentas de comparecer, pero no de testificar.

De acuerdo con el artículo 227 CPP, «... [no] están obligados a comparecer como testigos, aunque sí obligados a declarar, las personas siguientes:

- 1) El Presidente de la República y los Designados;
- 2) Los Secretarios y Subsecretarios de Estado;
- 3) Los Diputados al Congreso Nacional;
- 4) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las autoridades judiciales jerárquicamente superiores al órgano jurisdiccional que deba recibir la declaración;
- 5) El Arzobispo, los Obispos y los Vicarios generales o capitulares de la Iglesia Católica y las personas de rango comparable de otras iglesias legalmente reconocidas en Honduras;
- 6) Los representantes ante el Tribunal Nacional de Elecciones;
- 7) Los Diputados al Parlamento Centroamericano;
- 8) Los Magistrados de la Corte Centroamericana; y
- 9) Los demás que determinen las leyes especiales. ...».

Dichas personas sin embargo, podrán renunciar a este tratamiento especial.

Se arbitra un mecanismo para garantizar el derecho de las partes a la efectiva defensa de sus intereses y a la contradicción.

«... Las personas a que se refieren los numerales anteriores rendirán la declaración en su casa de habitación u oficina, previa cita o por oficio urgente. La declaración deberá

producirse dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud. Las partes personadas en el procedimiento serán citadas y podrán asistir a la recepción del testimonio y formular en el acto, las preguntas que no sean declaradas inadmisibles por el Juez o por el presidente o miembro del Tribunal de Sentencia que se designe. ...»

Como caso particular, «... [los] diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República y los representantes de organismos internacionales que gocen de inmunidad, de acuerdo con los convenios de que Honduras forme parte, no están sujetos a lo dispuesto en [el artículo 228 CPP], pero podrán declarar verbalmente o por escrito, si así lo determinan. ...».

3.1.4. Prohibición de testificar.

El párrafo último del artículo 228 CPP establece: «... Los militares y los funcionarios públicos, en ningún caso, podrán dar testimonio sobre materias de que tuvieren noticias, y que deban considerarse secretos de Estado, porque su difusión pueda dañar gravemente o poner en riesgo también grave la seguridad o la defensa del Estado o sus relaciones internacionales....».

El concepto de «secreto de Estado» resulta ser, al menos en parte, un concepto jurídicamente indeterminado, o, si se prefiere, un concepto semánticamente «vago» ya que remite, para integrarlo, a juicios de valor que ha de hacer el órgano jurisdiccional, lo que entraña un riesgo para la seguridad jurídica (Ferrajoli).

En este caso, a tenor del párrafo segundo del artículo 229 CPP, el órgano jurisdiccional no podrá resolver, sino después de haber oído en forma confidencial al testigo y de haber adquirido la convicción de si se trata, o no, de un secreto de Estado.

3.2. El testimonio de «*personas interesadas*»: el testimonio de la persona coacusada y de la víctima.

Los testigos no pueden ser recusados invocando una posible relación con cualquiera de las partes (o personas especialmente allegadas a ellas) que arroje cualquier sombra de sospecha de parcialidad, consciente o inconsciente. Si existe, una vez probada, podrá servir de base a la argumentación encaminada a desacreditar el testimonio de la persona a quien afecte. Esto no obstante, si efectuada la crítica de las declaraciones del testigo, éstas resultan creíbles y fiables, podrán ser utilizadas procesalmente.

El mismo imputado puede funcionar como testigo respecto de quien lo sea en el mismo proceso, o en otro diferente.

Carnelutti distingue estas cuatro situaciones:

[a] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona, descargándose a sí

mismo de ella («*chiamata in reità*»: llamada al [verdadero] responsable al procedimiento).

[b] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona corresponsable, con aquél, del delito («*chiamata di correo*» o «*in correità*»: llamada a un co-reo o corresponsable).

[c] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito conexo (sustantiva o procesalmente) con el imputado a aquél.

[d] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito carente de conexión con el imputado a aquél.

Como, respecto de estos hechos que se imputan a un tercero el imputado actúa como testigo, tendrá -se insiste, en cuanto a ellos- el estatuto jurídico del testigo, sin disfrutar de los privilegios del imputado.

En el Código Procesal Penal no se hacen estos distinguos. Cuando se regula la declaración de los acusados, parece presuponer la tónica de descargo de propia responsabilidad frente a la imputación formulada.

Aunque el interrogatorio del coimputado tenga una doble vertiente, que incluye su papel como testigo en relación con aquellos que se refiere al otro u otros coacusados, su declaración será sin embargo, única, lo que obligará a que, al ser instruido de sus derechos como imputado, sea advertido de que, en cuanto a las preguntas que se refieran a la posible responsabilidad de un tercero, está sujeto a las mismas responsabilidades que el testigo ordinario en caso de falso testimonio.

La supuesta víctima del delito tampoco está excluida de la lista de posibles testigos. Su sola declaración, cuando se considere creíble y fiable, puede ser suficiente para enervar la denominada presunción de inocencia. Naturalmente, para formular el juicio de fiabilidad habrá que tener en cuenta el sesgo contrario al acusado que pueda imprimir a sus declaraciones el deseo (consciente o inconsciente) de satisfacer su necesidad de venganza por el agravio sufrido, sin importar si el acusado sea, o no, el verdadero ofensor.

3.3. El testigo experto.

En el Derecho angloamericano esta expresión sirve para designar al perito. Aquí se utiliza, en cambio, para aludir a la persona que, habiendo conocido extraprocesalmente datos de interés para la reconstrucción o el tratamiento jurídico del hecho enjuiciado, añade, a los conocimientos propios de la experiencia común, otros específicos de alguna ciencia, arte o técnica, que hacen que su observación de aquellos datos adquiera una perspectiva muy especial.

Es importante poner de relieve que la información que puede proporcionar ha sido adquirido extraprocesalmente. Un profesional lofoscopista puede aportar datos de

hecho -por ejemplo, lugar donde se encontraron las huellas y descripción de su entorno- que conoce, empero, en la medida en que ha recibido el encargo de realizar una investigación determinada en el curso del procedimiento. Respecto de esos datos funciona como testigo, o, si se prefiere, el desempeño de su cargo adquiere una *dimensión testifical*.

El testigo experto, en cambio, ha adquirido la información de que dispone antes de la apertura del procedimiento o, mejor aún, al margen de él.

Ese testigo puede ser interrogado sobre el hecho en bruto, pero también sobre las valoraciones que de él puede hacer en cuanto poseedor de unos conocimientos técnicos determinados. De este modo se acumulan, en él, las funciones de testigo y de perito.

Al prestar declaración, deberá ser advertido que, a su eventual responsabilidad por falso testimonio en sentido estricto, se añadirían las propias del perito prevaricador en caso de que emita algún dictamen sin ajustarse a su «leal saber y entender».

El artículo 240.2 CPP, inhabilita para ser peritos a los testigos presenciales, de manera que no parece posible importar esta figura a nuestro sistema procesal penal.

3.4. Dinámica de la prueba testifical.

3.4.1. Citación de los testigos.

Con arreglo a lo establecido por el artículo 318.2 CPP, el Secretario del Tribunal se encargará de la citación de los testigos para el acto del juicio.

Según el artículo 230 CPP, las personas que deban comparecer como testigos serán citadas por el órgano jurisdiccional conforme lo establecido genéricamente en el Código para las citaciones, en sus artículos 154 y 155.

Sin embargo, añade dicho artículo 230 CPP, «... en casos de urgencia, los testigos podrán ser citados personalmente, por teléfono o por medio de facsímil. ...».

Para facilitar su citación, los testigos deberán mantener informado al órgano jurisdiccional de los cambios que se operen en su domicilio (artículo 238 CPP). No se dice el plazo en que el testigo ha de hacer esta comunicación. Ricardo Pérez sugiere un máximo de quince días.

Será aplicable lo dispuesto por el artículo 234 CPP (Testigos cuya fuga u ocultación se teme), a cuyo tenor, si existieren fundadas razones para temer que un testigo pueda tratar de fugarse u ocultarse, el órgano jurisdiccional a petición de parte, podrá ordenar, por auto motivado, que sea conducido a su presencia por la fuerza pública, para que se le reciba declaración, a los efectos que procedan. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro

horas.

El Ministerio Público podrá ordenar la aprehensión del testigo por un plazo máximo de seis horas, para gestionar la orden judicial.

Nótese, con Ricardo Pérez, que esta medida puede adoptarse sin necesidad de una previa citación del testigo. Si el peligro de fuga u ocultación surge durante el juicio oral, antes del momento en que el testigo ha de comparecer ante el Tribunal, su testimonio podrá adelantarse, alterando el orden inicialmente previsto. Si aún no se ha iniciado el juicio, habrá causa justificada para disponer la anticipación de la prueba.

En ocasiones, los testigos tratan de ocultarse a la acción del aparato jurisdiccional por temer a sufrir represalias. El artículo 237 CPP establece mecanismos encaminados a la protección de los testigos.

En efecto, cuando el órgano jurisdiccional, por propia iniciativa o por manifestación del testigo, aprecie que racionalmente existe un peligro grave para la persona o los bienes del testigo, de su cónyuge o compañero de vida, o de un ascendiente, descendiente o hermano de cualquiera de ellos, como consecuencia del testimonio que ha de prestar, deberá, oyendo a las partes, adoptar las medidas de protección que estime convenientes y, entre ellas, cualquiera de las siguientes:

- 1) Que no consten en las actuaciones que se lleven a cabo, el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión del testigo (que, figurando en documento que se guardará en sobre cerrado y sellado, sólo serán conocidos por el órgano jurisdiccional, y por el secretario), ni dato alguno que pudiera servir para conocer su identidad y localización, utilizándose para identificarlo en el procedimiento un número o clave;
- 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el público; y
- 3) Que se fije como domicilio, a efecto de comunicaciones, la propia sede del órgano jurisdiccional interviniente, por cuyo conducto serán enviadas reservadamente a su destinatario.

3.4.2. Lugar y tiempo de la práctica de la prueba testifical.

3.4.2.1. Lugar de la práctica de la prueba testifical.

Como regla general, se practicará en el lugar donde se celebre el juicio oral.

A tenor del artículo 231 CPP (Procedimiento para interrogar a testigos que no tienen su residencia en el lugar del asiento del órgano jurisdiccional), cuando uno o varios testigos no residan en el lugar en que tiene su asiento el órgano jurisdiccional que conoce de la causa, se librará atenta comunicación al órgano jurisdiccional donde

tenga su domicilio o residencia para que se practique el interrogatorio, insertando las preguntas en dicha comunicación, sin perjuicio de la facultad que tiene el órgano jurisdiccional de practicar en forma directa la referida diligencia, así como, de lo establecido en el artículo 330 CPP, respecto a la práctica de la prueba testifical en el juicio oral.

Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo 231 CPP, que puede ser perfectamente justificable durante la instrucción, en evitación de molestias y gastos innecesarios (Ricardo Pérez), constituye una peligrosa excepción al principio de inmediación que ha de inspirar el desarrollo del juicio oral, en cuanto presupuesto de una adecuada valoración de la prueba.

Por eso, es recomendable generalizar lo establecido en el párrafo segundo, a cuyo tenor, en el caso de que el órgano jurisdiccional estime que es necesaria la comparecencia personal del testigo y éste resida fuera del lugar de su asiento, lo proveerá de fondos para los gastos ocasionados por el viaje.

Si el testigo se encuentra fuera del país, el Juez a petición de parte, dispone el artículo 235 CPP, ordenará que se envíe suplicatorio con el respectivo interrogatorio a las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre el testigo, para que preste declaración, que debería ser leída en juicio a fin de formar la convicción judicial del Tribunal. Ocurre, empero, que el caso no se encuentre incluido en el artículo 311 CPP, de modo que cabe una interpretación alternativa:

[a] Se puede entender que esta posibilidad sólo cabe durante la instrucción, aunque, si resultara imposible hacer comparecer en juicio al testigo que se encuentra en el extranjero, su declaración instructora se podría leer de acuerdo con lo previsto por el artículo 311.1.2) CPP.

[b] Cabe, alternativamente, considerar que lo dispuesto en el artículo 235 CPP completa el artículo 311 CPP, de modo que ese testimonio por auxilio judicial internacional habrá de disponerse como prueba anticipada, aunque excepcionalmente no se observe el principio de inmediación.

Justamente por lo que este segundo término de la alternativa tiene de excepción a un principio clave de los que han de inspirar el juicio oral, habrán de agotarse las posibilidades de hacer uso de lo previsto por el párrafo segundo del artículo 235, a cuyo tenor, podrá, a petición de parte interesada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y especialmente la utilidad y proporcionalidad de la medida y la demora procesal que pueda representar, viajar al lugar donde se halla el testigo para recibirle declaración, en los anteriores casos, si estuviere previsto por tratado o convenio de cooperación jurídica internacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 148 sobre incumplimiento, retardo o rechazo de un requerimiento, remisión que no se entiende bien en un caso de cooperación internacional. En cuanto a las partes, éstas serán citadas oportunamente para que puedan intervenir durante la deposición del testigo.

En cambio, resulta perfectamente explicable lo establecido por el artículo 232 CPP para el caso de incapacidad física de un testigo que le impida desplazarse hasta la sede del juicio. Cuando esto ocurra, la declaración del testigo será recibida por el órgano jurisdiccional, en su casa de habitación o en el lugar donde se encuentre en presencia de las partes que intervengan en su deposición.

Los efectos de la incomparecencia injustificada de un testigo a la citación judicial o su negativa igualmente injustificada a comparecer aparecen regulados en los artículos 233 y 329, por remisión al 327 CPP.

Serán citados por segunda vez, pero el juicio continuará, entretanto, practicándose la prueba pendiente. Si no la hubiere, el juicio se suspenderá.

Al practicarse la segunda citación se advertirá al testigo que, si no comparece, será conducido por la fuerza pública y sin perjuicio de la pena que deberá aplicársele por delito de desobediencia.

Y, en efecto, si el testigo tampoco comparece a esta segunda citación y no alega causa justificada para ello, el Presidente del Tribunal ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública, y solicitará a quien lo propuso, colabore con la diligencia.

En el artículo 327 no se exige la previa instancia de la parte proponente. La aparente contradicción con el artículo 233 podría salvarse entendiendo que la parte puede renunciar a la práctica de ese testimonio, en cuyo caso sobraría el ejercicio de una coerción que carecería de sentido.

La colaboración que se exige a la parte proponente -sin duda inspirada en la práctica procesal anglosajona- ha de entenderse como exigencia de una actividad de persuasión del testigo a fin de que atienda la citación judicial.

3.4.2.2. Tiempo de la práctica de la prueba testifical.

La práctica de la prueba testifical aparece regulada como subsiguiente de la pericial, aunque en ocasiones podrá invertirse el orden, si el conocimiento de la información proporcionada por los testigos puede resultar útil para la mayor riqueza de la pericia.

Por lo demás, de conformidad con el primer párrafo del artículo 328 CPP, los testigos propuestos por el Fiscal y las partes, rendirán sus declaraciones en el orden que determine el Presidente del Tribunal.

3.4.3. Forma de practicar la prueba testifical.

Los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con terceras personas antes de rendir sus declaraciones. Tampoco podrán estar presentes en la audiencia mientras cualquiera de ellos rinde su deposición ni ser, directa o indirectamente, informados de lo que hayan manifestado otros testigos (artículo 328.2 CPP).

Antes de que inicie su deposición -dispone el artículo 236.1 CPP- el testigo prestará juramento de decir la verdad y será instruido sobre sus obligaciones y las responsabilidades que asume, si viola el juramento prestado.

El juramento se ha laicizado considerablemente. Lo recibirá, como ordena el artículo 129 CPP, el Presidente del Tribunal de Sentencia, previa advertencia, al deponente, de las penas aplicables al falso testimonio.

La fórmula del juramento será, de acuerdo con su párrafo segundo, la siguiente: «*Prometo decir la verdad, sólo la verdad y nada más que la verdad*», poniendo la mano sobre la Constitución de la República.

Como, de acuerdo con el artículo 129.3 CPP, si el declarante se niega a prestar juramento, se le tendrá por juramentado, queda claro que lo verdaderamente decisivo es el efecto profiláctico de la advertencia de las penas con que se castiga el delito de falso testimonio (Fortín Pavón).

Esta advertencia no tiene que consistir en la lectura de los artículos del Código Penal dedicados al falso testimonio. Esta lectura podrá resultar, en muchas ocasiones, incomprensible para el testigo. Bastará (y aún será mejor) que la presidencia del Tribunal advierta al testigo que el falso testimonio (esto es, decir mentira conscientemente) en un juicio penal como el que se está llevando a cabo, es delito, y está castigado normalmente con pena de cárcel de tres a cinco años, y puede llegar a seis años de reclusión si la mentira perjudica a la persona acusada.

Cada testigo será interrogado en forma separada de los demás y se dejará constancia en autos de su nombre y apellidos, estado civil, edad, profesión, nacionalidad y domicilio. También se dejará constancia en los autos, de si tiene vínculos de parentesco con alguna de las partes o interés en el asunto que es objeto del proceso.

Si el testigo teme por su integridad física o que el peligro existe respecto de otra persona, podrá indicar al órgano jurisdiccional, en forma reservada, el lugar en que vive o en que se encuentra, aunque no podrá ocultar su identidad.

Así se dispone en los párrafos segundo y tercero del artículo 236 CPP.

De acuerdo con el 330 CPP, una vez identificados, juramentados, advertidos de las consecuencias legales de sus actos si faltan a la verdad e interrogados sobre sus antecedentes, sus relaciones con las partes y demás circunstancias que sea conveniente conocer para valorar su testimonio, el Presidente del Tribunal le concederá la palabra para que exponga todo lo que sabe acerca de la acción u omisión sobre la cual versa la acusación.

El desarrollo del testimonio se desglosa en dos fases:

[a] una primera, narrativa, en la que el testigo proporcionaría, sin interrupción, la

información que posee sobre el hecho enjuiciado; seguida de

[b] una segunda etapa, constituida por el interrogatorio contradictorio (la «*cross examination*») a cargo de las partes y, finalmente, si lo cree necesario, del mismo Tribunal.

Los testigos expresarán la razón y origen de sus informaciones y designarán con la mayor precisión posible, a los terceros que se las hayan comunicado, cuando se trate de testigos de oídas o de referencia.

Los deponentes responderán de viva voz y sin consultar notas o documentos. Se exceptúan en cuanto a la consulta de notas o documentos, los peritos y demás personas que sean autorizadas para ello por el órgano jurisdiccional (artículo 130.1 CPP).

Terminada la deposición, establece el artículo 330 CPP, el Presidente del Tribunal permitirá que el testigo sea interrogado por quien lo propuso y por los demás intervinientes. Las preguntas no deberán ser capciosas ni sugestivas (artículo 130.2 CPP).

Los miembros del Tribunal podrán interrogar al testigo después de que lo hayan hecho las partes. Cualquiera de las partes podrá objetar las preguntas a que se refiere este párrafo y la objeción valdrá cuando así lo decida el Presidente del Tribunal (artículo 330 CPP).

El Presidente determinará el orden de los interrogatorios, los moderará e impedirá que se le formulen al testigo preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas. Evitará, además, que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad (artículo 330 CPP).

El artículo 328 CPP previene que el Presidente podrá después de que hayan rendido sus declaraciones, ordenar que los testigos continúen comunicados entre sí, autorizarlos para que presencien la audiencia o facultarlos para que se retiren.

El artículo 331 CPP (Interrogatorio de menores de quince años) establece que el interrogatorio de las personas menores de quince años, no estará sujeto a las reglas anteriores. Será hecho directamente por las partes. Durante el interrogatorio, podrán estar presentes los padres del menor o su representante legal.

Si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor, el Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá dejarlo en suspenso.

En la valoración de lo expresado por dicho menor, se tendrá especialmente en cuenta su grado de madurez, su objetividad y las circunstancias en que tomó conocimiento de los hechos.

4. La prueba pericial.

La utilidad del asesoramiento de los peritos ha sido reconocida desde siempre. Del órgano jurisdiccional cabe presuponer que conoce el Derecho aplicable («*iura novit curia*»), pero el tratamiento jurídico del caso puede exigir la aplicación de saberes extrajurídicos que el juzgador no conoce o no tiene por qué conocer. La prueba pericial ha de proporcionárselos, ya en general ya aplicados al caso concreto.

A medida que la sociedad se hizo más compleja y tecnificada, la solución jurisdiccional de los conflictos dependió, en proporción creciente, de la información proporcionada por estos especialistas en los más diversos saberes extrajurídicos. La relación entre el Juez y el perito se enturbió. El profesor Barbero Santos se hacía eco, hace más de un cuarto de siglo, de una realista reflexión de Leferenz. «...Al juez corresponde, ciertamente,... la soberanía del juicio valorativo; al perito, en cambio, la soberanía de su especialidad. De iure... es el perito sólo un auxiliar del juzgador; de facto, sin embargo, decide no raramente el juicio...».

La conciencia de esta realidad abrió el debate -aún no cerrado- sobre la naturaleza de la pericia, y las pautas que han de regir la ponderación de su fuerza probatoria.

4.1. La especialidad de la prueba pericial. La función *colaboradora* del perito y su falsa especificidad.

Los especialistas siguen debatiendo si la pericia constituye un auténtico medio de prueba, puesto que contribuye a la producción del caso, y a la falsación de las alegaciones de las partes; o si el perito ha de considerarse, más bien, como un auxiliar del órgano jurisdiccional, al que suministran los elementos de juicio pertenecientes a la experiencia técnica, para que el juzgador pueda desarrollar adecuadamente su función, sin que pueda, en cambio, ser tenido por medio de prueba, porque no aporta afirmaciones instrumentales, con eficacia directamente representativa de hechos; o si ambas perspectivas resultan perfectamente compatibles.

La pericia es regulada en el Código Procesal como medio de prueba (artículos 239 a 250 y 326 y 327 CPP).

Su dictamen versará, de acuerdo con el numeral 1) del artículo 239 CPP, «... [sobre] puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística ...».

El dictamen, normalmente, no se reducirá a la aportación de esos conocimientos, sino que se extenderá a su aplicación al caso concreto para esclarecer el extremo discutido.

Además, la pericia procederá igualmente, de acuerdo con el numeral 2) del artículo 239 CPP «... [sobre] puntos de derecho[s] referentes a alguna legislación extranjera. ...».

El Derecho del foro (incluidas las normas internacionales que hayan pasado a formar parte de su Derecho interno) se presupone conocido por el Tribunal, pero no así el Derecho extranjero que pudiera ser aplicable en caso de reenvío, de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional Privado. Esta situación se producirá cuando la aplicación de la norma penal implique la resolución de alguna cuestión previa de naturaleza no penal.

A mediados del pasado siglo, la intervención de los peritos en el proceso no era objeto de regulación independiente, sino que se reconducía -como aún ocurre, con el «*expert witness*», en el Derecho anglosajón- a la normativa del testimonio. Tenía su explicación, en cuanto el perito *daba testimonio* de las normas de experiencia técnica que, a diferencia de las de la experiencia vulgar, no pertenecen al acervo común del conocimiento humano y que el órgano judicial necesita para reconstruir o decidir el caso; y, de ser preciso, las aplicaba para descubrir algún extremo hasta entonces desconocido o esclarecer algún punto dudoso.

Un Médico Forense puede ilustrar al Juez o al Tribunal sobre la forma correcta en que ha de realizarse un acto curativo; y valorar si, dadas las circunstancias, se ha observado en el caso concreto enjuiciado. La primera tarea es estrictamente informativa; la segunda, es, además probatoria. En ambas, obviamente, el perito *colabora* con el órgano judicial, como también colabora el testigo, pero su colaboración es cualitativamente distinta.

El testigo aporta, como ya se ha explicado, información directamente representativa, que refleja -más o menos lejanamente- como un espejo lo sucedido; el perito, en cambio, sólo proporciona información instrumental que hace posible conocer o esclarecer hechos necesarios para la decisión del caso. Cuando el testigo entra en contacto con el hecho litigioso, éste todavía no se ha judicializado. El perito, en cambio, se aproxima a él cuando ya ha iniciado el procedimiento, y si lo ha presenciado queda inhabilitado para intervenir como perito (artículo 241.3 CPP). Un profesional puede, por ejemplo, haber tratado a una persona enferma, y ser citado en juicio para que informe sobre el tipo de enfermedad que padecía. Dejando a un lado la posibilidad de invocar el deber de secreto para eximirse de declarar, en caso de que decida hacerlo, intervendrá en concepto de testigo, aunque sea un «*testigo experto*», y pueda ser interrogado sobre aspectos de su quehacer profesional contestando preguntas de carácter técnico en cuanto puedan aclarar o enriquecer lo que realmente es un testimonio.

Queda esto muy claro en el artículo 240.2 CPP. En él se dispone que «... [las] personas que reúnan los requisitos para ser peritos pero que no han sido designadas por autoridad competente para actuar como tales, si toman conocimiento de un hecho sometido a investigación criminal y deben rendir declaración, lo harán en su condición de testigos y no de peritos. ...».

4.2. Capacidad para ser perito.

4.2.1. Aptitud.

De acuerdo con el artículo 240 CPP, sólo podrán actuar como peritos quienes ostenten título profesional expedido por autoridad competente si la profesión, arte o técnica de que se trate está regulada por la ley. Son los peritos «titulados» (mejor que «titulares», como los designa Ricardo Pérez).

Si no está regulada o si en el lugar donde ha de efectuarse la pericia no existen profesionales autorizados, podrán actuar como peritos las personas que por notoriedad, se sabe que cuentan con los conocimientos requeridos sobre la materia de que se trate.

La «*notoriedad*» alude, aquí, al reconocimiento generalizado de los conocimientos de una persona en una determinada actividad técnica, pese a no contar con título que lo acredite.

4.2.2. Capacidad.

El perito ha de tener capacidad jurídica o general y capacidad de obras, desde el punto de vista jurídicocivil.

Por eso no podrán actuar como peritos aunque reúnan los requisitos de aptitud, los absoluta o relativamente incapaces (artículo 241.1 CPP).

Pero también habrá de tener capacidad psicofísica para desempeñarlo.

4.2.3. Inhabilitaciones y prohibiciones.

Tampoco podrán intervenir como peritos, incluso aunque cuenten con la titulación correspondiente:

[a] Quienes deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, según el presente Código (la mera posibilidad de abstenerse de testificar inhabilita para ser perito);

[b] Quienes hayan presenciado el hecho (por eso no es posible importar la figura del «*testigo experto*» (artículo 240.2 CPP); y

[c] Los inhabilitados por sentencia firme (artículo 241 [2-4] CPP).

4.3. Designación de peritos.

De acuerdo con el artículo 242 CPP, el Tribunal de Sentencia competente, seleccionarán los peritos, con conocimiento de las partes.

Su número será determinado según la complejidad de las cuestiones por plantear,

para lo cual deberán considerarse las sugerencias del Ministerio Público y las partes.

Se podrá nombrar un solo perito cuando la cuestión no fuere compleja.

4.4. Determinación del objeto y plazo de la pericia.

Asimismo, se fijarán con precisión los temas de la pericia y el plazo para la presentación de los dictámenes. Así lo dispone el párrafo tercero del artículo 242 CPP.

4.5. Investidura del perito.

El perito o los peritos serán notificados de su designación.

Citado al efecto, el perito designado comparecerá ante el Tribunal para ser juramentado y posesionado en su cargo. La fórmula del juramento será la prevista en el artículo 129 CPP para los testigos (artículo 243 CPP).

El testigo, notificado de su designación y del objeto de su pericia, deberá manifestar si acepta o no el encargo recibido.

Si concurre en él alguna causa de incapacidad, inhabilitación o prohibición deberá hacerla saber al Tribunal.

También deberá comunicar su abstención en caso de concurrir en él alguna causa de recusación.

No concurriendo causa de incapacidad, inhabilitación, prohibición o recusación, prestará juramento y será investido de su cargo.

4.6. Recusación de los peritos.

Las partes -con arreglo al artículo 243 CPP- podrán recusar al perito o peritos por alguna causa legal de incapacidad y también por alguna de las causas de recusación de jueces, magistrados o auxiliares de los órganos jurisdiccionales, comprendidas en los numerales 1), 2), 5), 6), 7), 9), 10), 11), 12) y 13) del Artículo 83.

A saber:

- 1) Ser cónyuge, conviviente o compañero de hogar, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o de adopción o segundo de afinidad de alguna de las partes o de su mandatario o representante legal;
- 2) Estar o haber sido acusado, denunciado o querellado por alguna de las partes como autor o cómplice de un delito o falta; ...

- 5) Ser o haber sido denunciante, Acusador Privado o querellante de quien recusa;
- 6) Ser o haber sido tutor o curador de alguna de las partes;
- 7) Haber estado bajo tutela o curatela de alguna de las partes; ...
- 9) Ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes;
- 10) Haber aconsejado o manifestado extrajudicialmente de alguna manera su opinión sobre la causa;
- 11) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes;
- 12) Haber recibido o esperar recibir en forma personal o directa o haberlo hecho su cónyuge o compañera de hogar, sus padres o hijos u otras personas que vivan a su cargo, beneficios de cualquier clase de alguna de las partes, o haber recibido las mismas personas, después de haberse iniciado el proceso, presentes o dádivas de cualquier valor de una de las partes; y
- 13) Haber intervenido o estar interviniendo como Juez en el mismo asunto, algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por adopción o el cónyuge o persona con quien hace vida marital.

Las relaciones personales que pueden dar lugar a la recusación del perito, serán las que medien entre éste y el Juez, cualquiera de los miembros del tribunal, o las partes.

Las partes deberán interponer la recusación hasta el momento en que se cite al perito para su juramentación y el órgano jurisdiccional oídas las demás partes, resolverá por auto motivado, lo que tenga por conveniente.

Una vez investido judicialmente, el perito procederá a cumplir el encargo recibido. Pondrá en conocimiento de quién lo designó, la fecha en que procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia. La autoridad que lo nombró, lo comunicará a las partes, para que puedan presenciar su práctica, salvo el caso en que esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el buen éxito de aquélla.

4.7. Obligatoriedad del desempeño del cargo.

El perito designado una vez que acepte el cargo, tendrá la obligación de desempeñar su cometido, salvo que alegue justa causa, valorada prudencialmente por el órgano que lo designó, previa audiencia de las partes (artículos 242.4 y 243 CPP).

El perito tendrá la obligación de abstenerse de desempeñar su cargo cuando concurra en él alguna causa de recusación, que pondrá en conocimiento de quién lo designó (artículo 243 CPP).

4.8. Operaciones periciales.

Hay que distinguir entre las operaciones periciales (por ejemplo, el examen médico de una persona) y el informe pericial consiguiente.

Como regla, siempre que sea posible, las operaciones periciales se efectuarán en la audiencia misma (artículo 326 CPP).

No siéndolo, el perito pondrá en conocimiento de quien lo designó, la fecha en que procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia. El Tribunal lo comunicará a las partes, para que puedan presenciar su práctica, salvo el caso de que esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el buen éxito de aquélla (párrafo último del artículo 242 CPP).

4.9. Auxilio judicial a los peritos.

El Juez, a solicitud del Ministerio Público o de las partes, podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, o la comparecencia de personas, si ello es necesario para llevar a cabo las operaciones periciales (artículo 247.1 CPP). Parece que también podrá interesarlo el perito, cuando lo considere imprescindible para el mejor desempeño de su cometido.

La orden judicial de puesta coactiva de objetos a disposición del perito sólo procederá -a juicio de Ricardo Pérez- en caso de negativa al requerimiento del perito dirigido a la persona que los tenga en su poder.

También se podrá requerir al imputado o a otras personas, que escriban de su puño y letra lo que se les dicte, estampen su firma, graben su voz o realicen cualquier otro acto necesario para la pericia (artículo 247.2 CPP).

4.10. El informe del perito en juicio oral.

4.10.1. Citación de los peritos.

Los peritos serán citados en la misma forma que los testigos y tendrán el deber de comparecer al debate, durante el cual rendirán su informe de modo detallado, claro y preciso (artículo 244.1 CPP).

4.10.2. Incomparecencia del perito.

Regulan la situación los artículos 244 y 327 CPP.

Cuando el perito oportunamente citado, se negare a comparecer sin causa justificada, será citado por segunda vez.

El juicio se continuará para la práctica de la prueba pendiente si ello fuere posible, de no serlo, se suspenderá.

Si el perito, no compareciera a la segunda citación, el Presidente ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso, colabore con la diligencia.

La segunda citación del perito se hará bajo prevención de que si no comparece, será conducido por la fuerza pública y sin perjuicio de la pena que deberá aplicársele por el delito de desobediencia.

4.10.3. El informe o dictamen pericial.

Se rendirá en el acto del juicio oral. De ser varios los peritos que han de informar sobre un mismo extremo, será útil su comparecencia simultánea, que facilitará la confrontación o careo (a tenor del artículo 260 CPP), en caso de divergencia.

Lo regulan los artículos 245 y 326 CPP.

[a] Identificación y juramento.

Los peritos

[1] serán identificados;

[2] prestarán juramento, y

[3] serán advertidos de las consecuencias legales de sus actos, si faltan a la verdad (responsabilidad penal por delito de falso testimonio: artículo 385 CP).

Vale lo que ya queda anotado, a propósito de la prueba testifical, sobre la comprensibilidad de esta advertencia. En el caso de la pericia, al ser prestada por profesionales, puede tener un importante efecto disuasorio complementario la amenaza de sufrir pena de inhabilitación por tiempo de tres a ocho años.

[b] Emisión del informe.

En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito.

El informe verbal es compatible con la consulta de notas o apuntes que sin duda serán imprescindibles cuando hayan de citarse numerosos datos, que sería imprudente

confiar a la memoria.

La pericia escrita previamente será leída en juicio -como exige la observancia de las pautas de intermediación, oralidad y publicidad- y ratificada por el perito. Podrá, éste, a continuación, completarlo con las observaciones o aclaraciones espontáneas que tenga por conveniente.

[c] Interrogatorio cruzado de las partes.

Los peritos responderán las preguntas que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del tribunal.

Las preguntas han de estar referidas a extremos realmente útiles para el tratamiento del caso. No podrán ser capciosas ni sugestivas (artículo 130.3 CPP). La formulación de una pregunta compleja, que en realidad incluye una pluralidad de ellas, deberá ser rechazada por el Tribunal, requiriendo a la parte que la haya hecho para que formule sucesiva e independientemente cada una.

El Tribunal puede también formular preguntas al perito.

En ocasiones, esta oportunidad puede entrañar algún riesgo para su posición de órgano neutral, ya que su interrogatorio puede sugerir a cualquiera de las partes una vía de ataque o de defensa en la que anteriormente no había reparado. El problema es complicado. La finalidad del proceso es -según se expresa en el artículo 8 CPP- «... la realización pronta y efectiva de la justicia penal.» El Tribunal ha de tratar de llegar al conocimiento de la llamada «verdad material»; en realidad, la verdad a secas, porque la denominada «verdad formal» no es sino una reconstrucción convencional del hecho conflictivo, cuya realidad -por motivos muy diversos- puede tratar de ocultar las partes al tribunal. Del mismo modo que el órgano sentenciador puede -para neutralizar un intento de fraude de ley sustantiva o procesal (artículo 322.3 CPP)- oponerse a una solución negociada entre las partes, que truncaría el debate dando lugar a una sentencia de estricta conformidad, podrá hacer uso de su facultad de interrogar al perito cuando las preguntas hechas por las partes evidencien una tentativa de manipulación fraudulenta de la prueba. Fuera de ello, las preguntas innovativas del Tribunal de Sentencia pueden comprometer los principios de neutralidad del juzgador y de igualdad de armas procesales a disposición de las partes. Acaso pueda servir de criterio orientativo en este difícil conflicto de intereses -públicos y privados- el que inspira, en caso de duda, la opción por aquel término de la alternativa más favorable al reo; así, el tribunal estaría legitimado éticamente para formular la pregunta que, no hecha por la Defensa, podría servir para poner de manifiesto una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad del acusado, pero no, en cambio, para hacer aquélla que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

4.11. Protección de peritos.

Las medidas protectoras previstas por el Artículo 237 de este Código en relación con los testigos, serán aplicables a los peritos que intervengan en el procedimiento, siempre que concurren las circunstancias que aquel precepto tiene en cuenta para su adopción (artículo 248 CPP).

4.12. Honorarios de los peritos.

Los peritos tendrán derecho a cobrar honorarios, los cuales serán pagados por la parte que los proponga, salvo si reciben sueldo en concepto de funcionarios o empleados públicos y prestan el servicio en horas laborables (artículo 249 CPP).

4.13. Utilización de la pericia dispuesta en la investigación preliminar.

El Fiscal podrá ordenar pericias durante la investigación preliminar, pero sólo podrán incorporarse por lectura al debate si se hubieren seguido las reglas sobre el anticipo de prueba, bajo control jurisdiccional y quedando a salvo la posibilidad que tiene el tribunal, el Ministerio Público y las partes de exigir la declaración del perito durante el debate (artículo 246 CPP).

4.14. Unos peritos especiales: la colaboración en la comunicación. Los traductores e intérpretes.

El desconocimiento del idioma español, utilizable, como regla, en las actuaciones procedimentales (artículo 125 CPP), exige, para que el proceso funcione realmente como «espacio escénico comunicativo» para la presentación y tratamiento del caso litigioso (Hassemer), la intervención de un traductor o intérprete (101, 125, 310 CPP).

Son, en definitiva, peritos -en traducción o interpretación- a los que, con arreglo al artículo 250 CPP, será aplicable lo establecido en los artículos 244 (citación), 245 y 326 (intervención en el juicio), 247 (auxilio judicial), y 249 (honorarios).

Su singularidad reside en su carácter de *mediador* entre interlocutores en distintas lenguas, así como de *informador* de lo que terceras personas puedan hablar entre sí. Así, intermedia (como «*intérprete*») entre un acusado que no entiende el idioma español y la parte o el tribunal que no entiende el idioma de aquél; e informa («*traduce*») a dicho imputado lo que hablan terceras personas en otras fases del procedimiento.

5. La prueba documental.

La prueba documental parece circunscribirse a escritos en sentido amplio, comprensivos del lenguaje escrito (en letras o números), pero también de gráficos, dibujos o pinturas, fotografías y medios análogos.

Así parece desprenderse del artículo 252 CPP, a cuyo tenor, para determinar el carácter público o privado de un documento, se estará a lo prescrito por los Códigos Civil (artículos 1496 y siguientes) y de Procedimientos Comunes (artículos 320 a 322).

Los documentos pueden aportarse en función de su carácter directamente representativo del hecho litigioso o de parte de él.

Estas pruebas documentales serán exhibidas en la audiencia, con indicación de su origen y leídas por el Secretario.(artículo 332 CPP), sin perjuicio de su examen directo por el Tribunal de Instancia.

En ocasiones su exhibición y eventual lectura habrá de ser completada por otra actividad probatoria, o, al contrario, está destinada a servirle de complemento.

Así, a tenor del artículo 251 CPP, los documentos incorporados al proceso, deberán ser exhibidos al imputado y a los testigos, para que manifiesten si los reconocen. El imputado y los testigos pueden no sólo reconocerlos (o rechazarlos) sino también hacer manifestaciones sobre ellos.

El documento, por otra parte, puede ser objeto de prueba pericial sobre su autenticidad o genuinidad, a fin de determinar si ha sido manipulado o tiene realmente el origen que se le asigna, por ejemplo, si un cuerpo de escritura ha sido efectuado realmente por la persona de quien se dice.

Lo anterior vale para los demás objetos o piezas de convicción. Deberán ser exhibidos al imputado y a los testigos, para que manifiesten si los reconocen o no, haciendo las manifestaciones que tengan por conveniente, o contestando a las preguntas que las partes o el Tribunal puedan hacerles sobre ellos.

También tendrán acceso a los mismos los peritos, cuando sea necesario para el cumplimiento de sus cometidos (artículo 251 CPP).

6. La inspección ocular.

En determinadas ocasiones, será preciso que el tribunal, para formar adecuadamente su convicción, perciba directamente algún objeto, mueble o inmueble. La inspección judicial permite la percepción inmediata del objeto de interés.

Serra Domínguez objeta que el reconocimiento judicial «... no constituye un verdadero instrumento probatorio, pues la percepción judicial es característica de toda actividad judicial ...». Lo que singulariza esta actividad es precisamente ese contacto inmediato del tribunal con un objeto (en sentido amplio), cuya percepción podrá contribuir a la reconstrucción de lo ocurrido.

A tenor del párrafo segundo del artículo 311 CPP, el Tribunal «... tendrá a su disposición, para su examen o lectura a efectos probatorios, los libros, documentos y

demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos enjuiciados. ...».

Ya en curso el debate, tras el interrogatorio del acusado, y la práctica de las pruebas pericial y testifical, «... [las] pruebas documentales serán exhibidas en la audiencia, con indicación de su origen y leídas por el Secretario.

»Los objetos y otros elementos de convicción que hayan sido secuestrados, serán exhibidos para su reconocimiento por el imputado, los testigos, o los peritos. El contenido de las grabaciones y demás pruebas audiovisuales será dado a conocer durante la audiencia.» Así se dispone en los dos primeros párrafos del artículo 332 CPP.

El problema surge cuando el objeto no puede ser trasladado a la sede del tribunal para su percepción por éste.

El párrafo último del artículo 332 CPP establece que «... [los] careos, reconstrucciones o inspecciones judiciales que soliciten las partes, se practicarán de conformidad con lo prescrito en este Código. ...»; pero nada hay previsto expresamente sobre este extremo.

A tenor del artículo 312 CPP, el Tribunal «... podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince (15) días, cuando: ... 2) Deba practicarse alguna diligencia en lugar distinto de aquel en que se celebre la audiencia ...». Tal es el caso de la inspección judicial.

No es posible practicarla por auxilio de otro órgano judicial. El Tribunal está facultado para desplazarse donde fuere necesario, dentro o fuera de su territorio jurisdiccional.

Recuérdese que, de conformidad con los dos primeros párrafos del artículo 126 CPP, los «... miembros de los Tribunales de Sentencia, podrán constituirse en cualquier lugar comprendido dentro de su jurisdicción.

No obstante, podrán constituirse en cualquier lugar del territorio nacional no comprendido dentro de su jurisdicción, cuando estimen indispensable conocer en forma directa elementos probatorios de especial importancia para la causa de la cual estén conociendo. ...».

Por analogía con lo prescrito por el artículo 262, a propósito de la reconstrucción de los hechos investigados, el Tribunal de Sentencia, se constituirá en el lugar y a la misma hora en que ocurrió el hecho, en unión del imputado y su Defensor, los testigos, el Fiscal y el Acusador Privado, en su caso.

El Tribunal de Sentencia tomará conocimiento de lo que sea preciso, dejando constancia escrita de ello. Aunque no esté previsto expresamente, las partes podrán hacer las observaciones que les interesen.

De todo lo actuado se levantará acta, incorporándose como material probatorio utilizable, sin necesidad de lectura en Sala de Justicia.

7. Otros medios de prueba.

7.1. Las piezas de convicción.

Los objetos y otros elementos de convicción que hayan sido secuestrados, serán exhibidos para su reconocimiento por el imputado, los testigos, o los peritos (artículo 332.2.1 CPP). Todos ellos podrán hacer las observaciones que tengan por conveniente en relación con ellos, y contestar las preguntas y peticiones de aclaración que les formulen las partes o el Tribunal.

Las piezas de convicción (convencionalmente: cosas muebles, susceptibles de ser trasladadas a la Sala de Justicia) constituyen un medio de prueba («*monumentos*», en la terminología de Guasp, porque están llamadas a ser exhibidas: a la persona acusada, o a testigos o a peritos, y, en definitiva, al Tribunal), que, como tal, ha de ser propuesto en el momento procesal oportuno. No cabe esperar a que preste declaración el acusado o perito o testigo al que se pretenden mostrar, sino que han de ser presentadas (directamente o por referencia del lugar donde se encuentren) en la audiencia de proposición o en el curso de la presentación del caso, al inicio del debate.

Conviene no confundir el juicio de admisibilidad de la proposición de examen de piezas de convicción con el juicio de su fiabilidad (valorando su autenticidad y genuinidad: es decir, si se trata realmente de piezas de convicción recogidas con motivo de la investigación del caso y si se han mantenido en el estado en que fueron encontradas, o han sido objeto de alguna manipulación), que, en su caso, entrañará la comprobación del correcto mantenimiento de la llamada «*cadena de custodia*», contrastando los resguardos de las sucesivas entregas, devoluciones y transmisiones de unas personas o institucionales a otras.

7.2. Medios audiovisuales.

El contenido de las grabaciones y demás pruebas audiovisuales será dado a conocer durante la audiencia (artículo 332.2 CPP).

En ciertos casos puede bastar la escucha o visión de una parte de ellas, aquélla que tenga utilidad procesal; e incluso, tratándose de grabaciones de conversaciones podría prescindirse de su audición si el contenido de los registros fue transcrito fehacientemente y las partes están conformes en sustituir la escucha por la lectura.

Con todo, debe tenerse en cuenta que el mensaje comunicativo hablado no se agota en su texto. Su forma de expresión es fundamental para establecer su significado, y de ahí la importancia de la escucha directa por el órgano sentenciador.

7.3. Los careos.

El careo no es más que la confrontación directa entre personas que sostienen cosas diferentes sobre un extremo determinado. Procura alternatively conseguir que lleguen a un punto de acuerdo o una base para establecer la prevalencia de una sobre otra.

A tenor del artículo 260 CPP (El careo de testigos, imputados y peritos), el careo tendrá lugar cuando dos o más testigos, hayan discrepado en sus declaraciones sobre hechos o circunstancias importantes del proceso. Se aplicarán al careo las reglas contenidas en el Capítulo III del Título VII del Libro Primero del Código Procesal Penal a propósito de los testigos.

Procederá igualmente el careo entre dos o más imputados o entre un imputado y uno o más testigos, cuando existen discrepancias entre sus respectivas declaraciones, siempre que el imputado no se niegue a participar en el careo.

En caso de discrepancia entre peritos, podrá disponerse que se careen entre sí, en la misma forma prevista para el careo de testigos.

El artículo 261 CPP dispone el procedimiento para practicar el careo.

El careo no podrá verificarse entre más de dos personas simultáneamente.

La diligencia se iniciará con la lectura, en lo pertinente, de las declaraciones que se reputen contradictorias y que hayan sido rendidas antes del debate, o tan pronto como las contradicciones se pongan de manifiesto durante el debate. Cumplido lo anterior, se llamará la atención a los careados sobre sus discrepancias, a fin de establecer la verdad respecto de las mismas. En el careo podrán intervenir el Fiscal, las partes y el Tribunal de Sentencia.

7.4. La reconstrucción de hechos.

Es, ésta, una modalidad de prueba que combina la inspección personal del Tribunal y el interrogatorio del acusado o de los testigos. Ocasionalmente puede aprovecharse para practicar prueba pericial, sea como ocasión de enriquecimiento de la información disponible por el perito, sea como medio de asesorar al Tribunal o a las partes para conseguir una reconstrucción más aprovechable.

Todo ello se deja ver en la regulación contenida en el artículo 262 CPP (Reconstrucción de los hechos investigados).

A petición del Fiscal o de las partes, el órgano jurisdiccional, deberá ordenar que se practique la reconstrucción del hecho que se investiga, cuando sea necesaria para la comprobación de la verdad. Pese a la imperatividad del tenor literal del precepto, hay

que interpretar que el Tribunal podrá rechazar motivadamente la práctica de la reconstrucción.

El Juez o quien actúe en representación del Tribunal de Sentencia, se constituirá en el lugar y a la misma hora en que ocurrió el hecho, en unión del imputado y su Defensor, los testigos, el Fiscal y el Acusador Privado, en su caso.

El principio de inmediación obliga a entender que el Tribunal de Sentencia deberá asistir personalmente a la reconstrucción en todo caso.

La escena del delito se reproducirá tan fielmente como sea posible, para lo cual, quienes hayan participado, presenciado el mismo o hagan sus veces, así como los objetos relacionados con aquél, serán colocados en la posición que tenían en el momento de la ejecución o del hallazgo; se oirá la declaración del imputado, si este accediere a ello, y en este caso deberá explicar detalladamente las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos y se interrogará a los testigos.

El imputado y los testigos tendrán los derechos y obligaciones establecidas en este Código, en relación con las declaraciones.

De todo lo actuado se levantará acta, la que se incorporará mediante su lectura en el debate, salvo el caso, en que se haya practicado durante éste.

N O T A S

1

«La prueba en el proceso penal hondureño», en Vivas, G. (Coordinador) Manual de Derecho Procesal Hondureño, 2000, pág. 202

2

Un enfermo de claustrofobia puede testificar sin problema sobre hechos ocurridos al aire libre; y un celotípico, sobre aquellos en que no esté comprometida una relación de pareja o la persona con la que él mismo la mantiene. Ha de existir, pues, una relación de sentido (o de historicidad) entre el trastorno mental y el hecho presenciado.

3

González, G., lugar citado en la nota 1. Cita igualmente a los ebrios. Cabe suponer que se refiere a personas que, en el momento de presenciar el hecho, se encontraban en estado de ebriedad.

LECCIÓN 6: LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Arce Gutiérrez, H.M., «La sana crítica como sistema de valoración de la prueba en un nuevo Código Procesal Civil de El Salvador», en la «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1975, 2-3

Asencio Mellado, J.M., «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del Artículo 24.21». Poder Judicial, 20 época, 4. 1986

Bacigalupo Zapater, E., «La sentencia pena». Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992, págs. 373 y ss.

Beling, E., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943

Cabañas García, J.C., «La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial», Madrid, 1992

Calamandrei, P., «Elogio de los jueces escrito por un abogado», EJE, Buenos Aires, 1956

Cappelletti, M., («Social and political aspects of civil procedure reforms and trends in western and eastern Europe», «Michigan Law Review», 1971

Carnelutti, F., «Lecciones sobre el proceso penal», ed. castellana, E.J.E.A., Buenos Aires, 1950.

Casado Pérez, J.M^a, «La prueba en el proceso penal», en Casado Pérez, J.M^a, López Ortega, J.K., Seoane Spiegelberg, J.L., Lemus, M.E., Marco Cos, J.M., Antón Blanco, J.L., Quintanilla, L.H., Escalante Saravia, A., Noubleau Orantes, P., «Derecho Procesal Penal Salvadoreño», Corte Suprema de Justicia y Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, 2000.

Diego Díez, L.A. de, «Medios de Prueba en el Proceso Penal», en Palacios Mejía y Fernández Entralgo, 2000, págs. 341 y ss., y 367 y ss.

Diego Díaz, L.A. de, «Prueba indiciaria en el proceso penal», en Palacios & Fernández, loc. cit., págs. 545 y ss.

Diego Díez, L.A. de, «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Estrella Ruiz, M., y Fortín Aguilar, M.A., «Valoración de la Prueba. Presunción de inocencia. In dubio, pro reo», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960.

Fernández Entralgo, J., «Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en «Revista General de Derecho», números 493-494, 1985; **Fernández Entralgo, J.**, «Afirmación interina (*presunción*) de inocencia y principio “*in dubio, pro reo*”», en Palacios & Fernández, pág. 45

Fernández Entralgo, J., «La doctrina jurisprudencial sobre el llamado “delito testimonial”», en «La Ley», 1986, págs. 912 y ss.

Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995.

Fortín Aguilar, M.A., Comentarios a los artículos 304 a 334, en Palacios Mejía & Fernández Entralgo, págs. 502 y ss.

Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., «Derecho Procesal Penal», 2ª ed., Colex, Madrid, 1997.

Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, E., «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968

Gorphe, F., «Apreciación judicial de las pruebas», Temis, Bogotá, 1985

Guasp, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil». I, M.Aguilar, Madrid. 1943

Guasp, J., «Derecho Procesal Civil», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

Igartua Salaverria, J., «Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal», tirant lo blanch, Valencia, 1995

Leone, «Spunti sul problema della prova nel processo penale», en «Rivista Italiana di

Diritto Penale», IX, 1956

López Barja de Quiroga, J., «La motivación de las sentencias». La sentencia penal, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

Mittermaier, C.J.A., «Tratado de la prueba en materia criminal», Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L. Ortells Ramos, M., y Montón Redondo, A., «Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal», Librería Bosch, Barcelona, 1991.

Muñoz Sabaté, L., «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967.

Nobili, M., «Il principio del libero convincimento del giudice», Giuffrè, Milano.

Ortells Ramos, M., «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim», «Revista General de Derecho», 1979.

Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000

Pérez, R., Comentario a los artículos 198 a 262, en Palacios Mejía & Fernández Entralgo, págs. 365 y ss..

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995.

Taruffo, M. Il giudice e lo storico, considerazione metodologiche. Rivista di Diritto Processuale. 1967

Ruíz Vadillo, E., «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», en «Poder Judicial», 2ª época, 3, 1986

Sentís Melendo, S., «Valoración de la prueba», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1976 (2-3)

Taruffo, M., «Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile». Bolonia. 1991.

Taruffo, M., «La fisionomia della sentenza in Italia.» Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale. 1986.

Taruffo, M., «La fisionomia della sentenza in Italia». Rivista trimestrale di diritto e

procedura civile (2). 1986.

Taruffo, M., «La fisionomia della sentenza in Italia. La sentenza en Europa. Metodo, tecnica e stile». Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza di Padova. Cedam, Padova. 1988.

Taruffo, M., «La Motivazione della sentenza civile». Cedam, Padova. 1975.

Taruffo, M., «La prova dei fatti giuridici.» Milano. 1992.

Taruffo, M. «Libero convincimento del giudice». Enciclopedia giuridica, XVIII, Roma. 1990.

Walter, G., «Libre apreciación de la prueba», Temis, Bogotá, 1985

Concluida la fase de debate y practicada, por tanto, la prueba propuesta por las partes y la que el propio Tribunal pueda, excepcionalmente, disponer para contar con información complementaria que considere indispensable para una mejor formación de su convicción, llega el momento de reconstruir lo sucedido.

El órgano jurisdiccional se encuentra con un material probatorio en bruto, que, ante todo, ha de analizar para valorar su respectivo grado de persuasividad.

Igartua Salaverria, siguiendo confesadamente ideas de Taruffo¹, enuncia reglas para la racionalización del análisis y valoración de la prueba practicada.

En cuanto a la fase de análisis, regirán dos principios:

1.- Valoración individualizada de los medios de prueba

Reproduciendo palabras de Ruíz Vadillo², el Tribunal tendrá que razonar «...sobre [cada una de] las pruebas que se han practicado y sobre el grado de convencimiento que cada una le ha proporcionado y [sólo después], en función de la plural incidencia de todas ellas, sobre por qué ha llegado a una determinada conclusión y no a otras...». De este modo se evita la elusión de una verdadera motivación fáctica so pretexto de una mal entendida «apreciación conjunta de la prueba».

A título de ejemplo, la persuasividad de un testimonio se valorará, pues, ante todo, individualmente. Se examinará la credibilidad (verosimilitud objetiva) del relato y su coherencia interna (de momento, sin contextualizarlo, relacionándolo con otros datos que pueden contribuir a su corroboración o refutación, ya que esta actividad pertenece a la fase de valoración conjunta -esto es, interrelacionada- del material probatorio disponible), así como su modo de expresión -firmeza, tono, reticencias, silencios, lenguaje no verbal (gestos, actitudes)- puesto que forma parte del mensaje comunicativo); y la fiabilidad del testigo, valorando su perfil psicológico, los factores que puedan condicionar la percepción, almacenamiento y reproducción de sus recuerdos, y circunstancias (motivos de amistad, enemistad o interés) que pudieran imprimir a su declaración un sesgo favorable o desfavorable a cualquiera de las partes en conflicto.

La apreciación de la prueba pericial tendrá en cuenta la competencia (genérica y específica) del perito, la científicidad del método utilizado y su idoneidad en relación con el objeto de la pericia y la coherencia y racionalidad de su aplicación al caso concreto.

Tratándose de documentos, habrá de discernir su genuinidad, esto es, si el documento original ha sufrido alguna alteración, y su autenticidad, valorando su aparente correspondencia con la realidad, por su verosimilitud y coherencia interna³.

Este deber de análisis y valoración individualizados parecen desprenderse del tenor

literal del Artículo 338, regla cuarta, 2) CPP. La referencia -contenida en el inciso segundo del Artículo 202 CPP- a la valoración conjunta y armónica de la prueba ha de entenderse como introducción del canon valorativo de la contextualidad como complemento del de valoración individualizada.

2.- Valoración de la totalidad de la prueba

Si, el anterior canon valorativo prescribe «...la consideración de los medios de prueba tomados *de uno en uno*, es decir, individualizadamente, ...[ahora] viene el remate: se precisa el concurso de *todos ellos*...»⁴. Ciertamente, una exigencia ineludible de economía de medios permite introducir temperamentos en este enunciado tan radical. El inciso final del apartado 2) del Artículo 362 CPP establece la procedencia del recurso de casación cuando la sentencia «...excluya o deje de considerar alguna prueba de valor decisivo...». La precisión final permite concluir que no es en todo caso inexcusable que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los órganos sentenciadores⁵. El Tribunal no podrá omitir el análisis de las pruebas «de valor decisivo», lo que evitará que se enrede en motivaciones innecesariamente exhaustivas. Con todo, Taruffo ha denunciado que esta pauta de extensión de la motivación fáctica, «...bajo una apariencia de razonabilidad (es absurdo pedir una motivación particularizada sobre pruebas irrelevantes, superfluas o ineficaces), contiene márgenes de ambigüedad notablemente graves. Basta observar que, de esta manera se permite que el juez excluya de la motivación la apreciación de pruebas relevantes, particularmente si su éxito no coincide o, sobre todo, contrasta con los resultandos sobre los que el juez funda su reconstrucción de los hechos...». Estas consideraciones bastan para advertir que el Tribunal ha de ser extraordinariamente prudente a la hora de omitir el análisis de determinadas pruebas so pretexto de su irrelevancia para esa tarea reestructora⁶.

3.- Valoración de la prueba: la «sana crítica»

La valoración de la prueba ha de hacerse «...según las reglas de la sana crítica...». La pauta valorativa consagrada por el Artículo 338 CPP, a propósito de la sentencia, coincide con lo dispuesto por el Artículo 202 CPP («Valoración de las pruebas. La sana crítica»), a saber: «...Las pruebas serán valoradas con arreglo a la sana crítica. El órgano jurisdiccional formará su convicción valorando en forma conjunta y armónica toda la prueba producida...».

La sana crítica pretende superar, dentro de un proceso de progresiva racionalización de la valoración del material probatorio, el sistema de «prueba legal», pero también el criterio de la «íntima convicción» y de la «apreciación en conciencia», como modalidades de la «libre apreciación de la prueba».

4.- Prueba «legal» o «tasada»

El primero de ellos se impuso a mediados del siglo XIII, coincidiendo con la consolidación del denominado «modelo inquisitivo», obra fundamental de canonistas, que eclipsó el ideal dialéctico retórico que latía en el «modelo acusatorio»⁷.

El sistema de prueba «*legal*» o «*tasada*» debe su denominación a que la ley fijaba cuáles eran los medios de prueba utilizables y, además, el valor probatorio de cada uno de ellos⁸, y de sus respectivas modalidades. La condena había de fundarse en la prueba «*plena*» (o «*legítima*»), que proporcionaba la confesión del imputado (la «*reina de las pruebas*»), que podía arrancársele incluso mediante el empleo de la tortura; pero a la condena podía llegarse mediante la adición aritmética⁹ de pruebas «*semiplenas*», dotadas de una fracción de la fuerza probatoria precisa para llegar a aquélla y que, a su vez, podían haberse construido sobre la base de «*indicios*» y aun de «*rumores*». Se cita a menudo una cáustica apostilla de *Voltaire*: «...ocho rumores que no son más que el eco de un runrún con poco fundamento pueden convertirse en prueba completa...»¹⁰.

El sistema de prueba legal pretendía fundarse en «...ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza...»¹¹. Supuesto que la experiencia acreditaba que, por lo regular, en unas condiciones dadas se producía un hecho o una situación determinadas, la ley afirmaba que, siempre que se diesen aquéllas, se tuviese por producidos este hecho o situación. A título de ejemplo, si dos testigos coincidían en su declaración sobre un punto discutido, éste se tendría por (se presumía legal e indiscutiblemente) acreditado¹².

De este modo, la tarea del juez se mecanizaba, ajustándose a la estructura formal del razonamiento deductivo: una vez comprobada la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley, el hecho se tenía por probado. Obviamente, este sistema reducía (o trataba de reducir¹³) al máximo el riesgo de arbitrio judicial.

Igartua ha querido romper una lanza para poner de manifiesto la relativa racionalidad del sistema de prueba legal, especialmente si se contrasta con el de ordalías o «juicios de Dios». «...Desde un punto de vista jurídico, era, en primer lugar, la consecuencia lógica de un sistema procesal en el que el juez no tenía contacto inmediato con las pruebas, y, en segundo lugar, se convertía en un sistema idóneo para garantizar la objetividad y uniformidad de juicio contra la arbitrariedad del juez, lo cual se hacía necesario en situaciones -como aquéllas- en las que la organización judicial era caótica y el juez carecía a menudo de cultura adecuada y de formación técnico-jurídica. Y, desde un punto de vista gnoseológico, el sistema de la prueba legal expresaba una metodología del conocimiento fundada en los apriorismos y abstracciones formales típicos del pensamiento tardo escolástico y aristotélico-tomista...»¹⁴.

Todo lo anterior no puede ocultar su insatisfactoriedad.

Para empezar, es ilusoria la pretensión de construir normas legales sobre la prueba que garanticen incontestablemente la verdad de la conclusión. No existen, en rigor, pruebas *suficientes* para ello y, a lo sumo, puede aspirarse a conseguir un alto grado de probabilidad de verdad¹⁵, ese que libra el ánimo del juzgador (y de los destinatarios de su resolución) cualquier duda razonable; y, desde el punto de vista epistemológico, resulta preferible permitir que el juzgador opere libre de esas trabas legales, a condición, claro está (y aquí reside la importancia de la motivación fáctica), de que se sirva de un método objetivamente razonable y dé cuenta, además, en su sentencia, de los argumentos que avalan esa razonabilidad y la corrección con que lo ha empleado para reconstruir lo sucedido, en el caso por él enjuiciado.

Por otra parte, el propio punto de partida de la máxima de experiencia asumida legalmente para establecer la regla valorativa de la prueba la sitúa en el terreno de una razonable discutibilidad. La pauta de la normalidad del acontecer (el «*id quod plerumque accidit*») puede ser realmente útil como uno de tantos instrumentos que el juzgador puede manejar, pero siempre que no ascienda a rango de verdad absoluta e incontestable, porque, en su misma formulación, está reconociendo la posibilidad de excepciones. Lo anterior es aún más convincente si se tiene en cuenta que, históricamente, pasaron por máximas de experiencia lo que no eran sino puros prejuicios en el marco de una Sociedad múltiple y rígidamente compartimentada.

«...La idea de la prueba como “suficiente”, gracias a su conjunción con una norma, para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, no obstante su aparente racionalidad, en realidad -crítica Ferrajoli- es idéntica a la que fundamenta las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación. En estas pruebas mágicas, que caracterizan a las experiencias procesales primitivas y, en particular, a la romano-germánica de la Alta Edad Media, un hecho natural -como el resultado de una prueba física del acusado con la naturaleza o con la parte ofendida, la provocación del castigo divino en caso de mentira o, directamente, cualquier signo de la naturaleza- viene considerado por una norma como prueba o como signo suficiente de culpabilidad o de inocencia. A diferencia de lo que ocurre en las pruebas legales, la experimentación de tal hecho no está dotada en realidad de ninguna fuerza inductiva; y la norma sobre la prueba, en vez de una falsa ley natural o una regla de experiencia, es una ley sobrenatural, una tesis mágica o religiosa o un artículo de fe. El esquema lógico y epistemológico es sin embargo el mismo: el de la deducción de la conclusión judicial como necesaria (y no como probable) a partir de la prueba practicada y de la norma que le confiere a ésta valor probatorio o inmediatamente expresivo del hecho probado...»¹⁶.

Por útil que, en un determinado momento, haya podido ser el sistema, terminó por sucumbir a consecuencia de un desarrollo perverso, que provocó su quiebra, «...tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral...»¹⁷. La práctica generalizada de la tortura, la interpretación de los leguleyos que dieron al traste con el contenido garantista que pudieran tener las reglas sobre prueba legal o tasada, y que, de este modo, ya no pudieron frenar la arbitrariedad judicial, en tanto que el imputado carecía

de toda posibilidad de defensa efectiva lo desacreditaron al tiempo que emergía un nuevo modo de entender la prueba y su valoración, inspirado en las ideas de la Ilustración¹⁸.

5.- La libre valoración de la prueba

5.1.- La remisión a la «*intime conviction*» y la valoración de la prueba «*en conciencia*»

Este nuevo modelo sería el de la «*libre valoración de la prueba*», que, en la Francia de la Revolución, se concreta en el de la «*intima conviction*».

Siguiendo el prestigioso estudio de Nobili, Igartua recuerda el entorno sociohistórico en que surgió la nueva pauta valorativa, y que, sin duda alguna, contribuye a explicar su aparición.

En el ámbito científico y filosófico, se consolida el método experimental, de acuerdo con el cual «...el conocimiento de la verdad se obtenía mediante la observación directa y crítica de los hechos...», lo que, traducido a lenguaje procesal, implicaba que quien hubiera de establecerla necesariamente debía entrar en contacto directo y personal con éstos (inmediación), teniendo la oportunidad de comprobarlos, para corroborarlos o refutarlos (contradicción)¹⁹.

En principio, tiene sobrada razón Ferrajoli cuando hace notar que «...la fórmula de la “libre convicción”... por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba...». La Ley ya no fijaba qué pruebas podrían utilizarse y cuál era su valor probatorio respectivo. Libertad para formar la convicción judicial significaba nada más -y nada menos- que liberación de los antiguos corsés legales. Para entender cómo pudo convertirse en un criterio de valoración al borde de la pura y simple arbitrariedad exige tener en cuenta el cambio de modelo de Juez.

Los revolucionarios franceses de finales del siglo XVIII desconfiaban de los viejos *Parlements*²⁰ de la Monarquía. La Ley de 16-29 de septiembre de 1791 introdujo el Jurado para el enjuiciamiento de las infracciones penales. En un clima de optimismo antropológico rousseauiano, se confiaba en que, para juzgar, aplicando unas leyes que se presuponían conocidas por todos, bastaba el sentido común²¹. La fórmula del juramento que se recibía a los jurados era del siguiente tenor: «...¿Juráis ... decidir, en relación con los cargos presentados y los medios de defensa, y siguiendo vuestra conciencia y vuestra íntima convicción, con la imparcialidad y la firmeza que corresponden a un hombre libre?... »²². Y, antes de retirarse a deliberar, se les leía unas instrucciones que se han convertido en cita obligada: «...La Ley no pide cuentas de los medios por los que ... [los jurados] han formado su convicción; nada prescribe sobre las reglas a las que deben vincular en particular la plenitud y la suficiencia de una prueba; les exige que se examinen a sí mismos, en silencio y en recogimiento, y

traten de descubrir, siendo sinceros consigo mismo en la intimidad de su conciencia, qué impresión han producido a su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios utilizados por la defensa. La ley no les dice “tendréis por verdadero el hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideraréis suficiente una prueba si no está respaldada por tantos testigos o tantos indicios”; ...[la ley] no hace más que una pregunta, que resume todo el alcance de su deber: “¿os habéis formado una convicción íntima?”...»²³.

La discusión sobre la «*intime conviction*», duró nada menos que quince sesiones, y enfrentó a Robespierre (quien proponía mantener en cierta medida el antiguo sistema de pruebas legales) y a Duport, autor del proyecto de ley²⁴.

Las *Instrucciones* a los jurados permiten concluir que la pauta valorativa de la «íntima convicción» no implicaba concesión alguna a la intuición o a la emoción. Las claves estaban en la reflexión, la sinceridad consigo mismo y, sobre todo, la razón. Las pruebas habían de valorarse con arreglo a la impresión que habían causado no en el corazón, sino en la razón de los jurados²⁵.

Cuando la función jurisdiccional se encomendó a Tribunales profesionales, el sistema probatorio previsto para el Jurado se trasladó a instancias judiciales muy distintas. Ya no valían los argumentos esgrimidos para legitimar la apelación a la íntima convicción del Jurado. Los Tribunales profesionales *heredaron* la indiscutibilidad de la decisión, y aquí comenzaron los problemas.

El principio del libre convencimiento del Juez, advierte prudentemente Leone²⁶, «...es, ciertamente, una conquista; pero es también un peligro...». El principio ciertamente - en opinión de Gutiérrez-Alviz y Conradi- «...representa en la historia del proceso penal una de las mayores conquistas del progreso jurídico, al ser consagrado en los ordenamientos europeos a principios del siglo ...[XIX]²⁷ junto con los derechos de libertad proclamados por la Revolución francesa, donde quiso significar la liberación del juez penal de las diversas trabas e impedimentos -constituidos principalmente por las pruebas legales- que obstaculizaban el camino en la búsqueda de la verdad efectiva, material o histórica; así como en obsequio a las experiencias de la psicología judicial que manifestaba ser inútil establecer de modo abstracto reglas o normas acerca del valor o no de un determinado medio de prueba...». Ocurrió, empero, que la libre apreciación de la prueba, confiada a la íntima convicción del juzgador, y sin el contrapeso de normas equivalentes a la «*law of evidence*» inglesa, concluyó equiparada, en la práctica, al más puro y simple arbitrio. La fijación, en la sentencia, de los hechos probados se convirtió en una temible «caja de sorpresas»²⁸; situación que se agrava en tiempos de «motorización» del trabajo judicial. No podía ser posible que, al socaire de la valoración de la prueba en conciencia o de acuerdo con la íntima convicción se terminara por introducir la más absoluta (y además incontrolada) de las arbitrariedades.

Es verdad, y así se ha repetido hasta la saciedad, que la prueba o es libre o no es

prueba, sino, a lo más, un «sucedáneo de prueba»²⁹; pero el libre convencimiento del juez nunca debió entenderse, en clave sentimental³⁰, como pura «voz del alma» tranquilizadora de su conciencia; ni el juicio jurisdiccional, concebirse como un «*istante panico*» o «*potenza dionisiaca*»³¹, en cuya virtud el juzgador intuye la respuesta del conflicto planteado para, a continuación, confeccionar la más adecuada historificación de los hechos³².

La decisión del juez ha de ajustarse a criterios objetivamente generalizables y justificarse explícitamente, con arreglo a ellos, en su sentencia.

5.2.- La racionalización de la valoración judicial de la prueba: fundamentación y «sana crítica»

El criterio de la íntima convicción y de la valoración en conciencia deja paso a la invocación de la «sana crítica», acogido por el Código Procesal Penal (artículos 202, 336 y 338, regla cuarta.2 CPP³³). Pero, una vez más, de poco o nada valdría este giro si el juzgador no tuviera que dar cuenta de su resolución, motivándola precisamente en la sentencia.³⁴

5.2.1.- La fundamentación de la valoración de la prueba: «explicación» expositiva y «justificación» objetiva.

Para evitar el riesgo de la arbitrariedad, una frase de Stammler contribuye a poner las cosas en su sitio: «...el juez sólo debe someterse a su propia convicción debidamente fundamentada...»³⁵. Estas dos últimas palabras proporcionaban la clave para el debido entendimiento del rol del juzgador en este punto.

La apelación a la conciencia o íntima convicción del juzgador no puede instaurar un proceder intuitivo, inmotivado e incontrolable. Carnelutti increpaba: «...»)es que acaso se puede eximir al juez de razonar?...»³⁶.

En modo alguno; si el juez ha formado su convicción ajustándose a las pautas de la «persuasión racional», ningún inconveniente habrá en que descubra el proceso por el que llegó a las conclusiones en que fundamenta su fallo. «...La sentencia del magistrado -escribe Bettiol- no puede ser un mandato o una orden administrativa, que puede incluso estar privada de apoyo lógico (aunque la necesidad de la motivación de los actos administrativos se hace hoy sentir en términos urgentes); la sentencia es fruto y resultado de una delicada operación lógica que el juez debe manifestar por escrito a fin de que el razonamiento por él seguido pueda ser controlado bajo el aspecto de ser impecable. La jurisdicción está de este modo enteramente ligada a la motivación. La motivación respecto al hecho exige que el juez, refiriéndose a las pruebas recogidas y valoradas, no tenga más remedio que expresar las razones por qué un hecho en sus elementos objetivos y subjetivos, esenciales o accidentales, constitutivos o impeditivos deba o no ser estimado presente...».

Vittorio Denti ha hecho ver que «en todos los ordenamientos procesales modernos, libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de eficacia de las pruebas en sí, determinada en vía preventiva por el legislador, sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que, por tanto, no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador...»; para concluir: «...Sociedades democráticas ... no pueden renunciar al control de cuanto acontece en el proceso, y deben someter las técnicas internas, y en primer lugar las probatorias, al consenso de los grupos sociales. Esto, y no otra cosa, significa la libertad de valoración que se atribuye al juzgador...; y es a través de la motivación de sus propias decisiones (en algunos ordenamientos instaurada como obligación constitucional) como el juzgador debe rendir cuentas, a nivel de los conocimientos comunes y del convencimiento común acerca de la validez y de la corrección de los métodos empleados, del control que ha realizado sobre [la prueba] ...»³⁷.

En la sentencia, el juzgador, puesta la vista en las afirmaciones de la parte acusadora, que propone una versión de lo sucedido que, para aquél, constituye una hipótesis de trabajo, se enfrenta con el material probatorio resultante del juicio. Este material permite, debidamente ordenado, reconstruir -por inducción- el *hecho probado*, para, a continuación, comparar este hecho reconstruido con el hecho afirmado por la acusación³⁸.

Bacigalupo³⁹, en línea con lo opinión procesalista alemana más reciente y autorizada, distingue, dentro del proceso de formación de la convicción judicial como suceso complejo, dos niveles.

El primero atañe a la percepción de lo actuado en el juicio oral, en su interpretación y valoración. El juzgador recibe información que le proporcionan los testigos e incluso el propio imputado, ya de forma personal y directa, ya por lectura de lo previamente documentado, dentro o fuera del procedimiento penal. Ocasionalmente, esa información puede obtenerla por percepción inmediata, a través del reconocimiento judicial.

Todo este material, directamente representativo (del hecho que se trata de reconstruir o de datos que pueden funcionar como indicios), pertenece a la fase de la actividad probatoria que Serra Domínguez⁴⁰ denomina de *traslación* (de esa información al órgano jurisdiccional).

A él se añade el proveniente de los informes periciales, que dotan, al Juzgador, de los criterios técnicos no jurídicos requeridos para la formación del juicio jurisdiccional. Las reglas de la experiencia común y esos criterios técnicos le servirán para valorar la fiabilidad de los datos obtenidos por traslación, así como de las fuentes de que tales datos proceden; y, además, para llegar a nuevas conclusiones, a través de mecanismos de inferencia, propios de la actividad presuntiva.

La inmediación de la obtención de todo este material (recepción de declaraciones e

informes) condiciona estas valoraciones hasta el punto de limitar considerablemente el control -por vía de recurso (de apelación y, mayormente, de casación)- de aquello a lo que el Tribunal revisor «...no puede acceder porque depende de la percepción sensorial de la prueba...»⁴¹.

El segundo nivel estaría representado por «...la observancia de las Leyes de la *lógica*, de los *principios de la experiencia* y de los *conocimientos científicos* de las deducciones que el Tribunal formula a partir de la prueba de cargo...», y que constituye «...la *infraestructura racional* de la formación de la convicción...»⁴². La corrección del razonamiento, en cuanto componente *objetivo* de esa convicción (lo que Wrowleski distingue como *justificación externa* de la decisión judicial⁴³), queda abierta al control en vía de recurso.

De este modo, el Tribunal habrá de exponer, en su sentencia, cuáles fueron las bases probatorias en que fundamentó su propia versión de los hechos, y precisamente por referencia a las producidas en el juicio oral, directamente o, por excepción, por lectura autorizada del resultado de actos de investigación realizados en la fase preparatoria, o de pruebas anticipadas.

Formará su convicción libremente, en el sentido de que el valor probatorio de cada prueba no está predeterminado por la Ley; pero deberá explicar las pruebas que tiene por demostrativas, y los criterios por los que las tiene por fiables; y, en buena técnica argumentativa, también aquéllos por los que descartó otras que contradicen su conclusión.

El juzgador, en su sentencia, ha de comenzar examinando las pruebas practicadas a instancia de la acusación para confirmar su versión de lo sucedido (*modus ponens*).

Deberá, asimismo, analizar las *contrapruebas* practicadas a instancia de la Defensa para contrarrestar o confutar las anteriores (*modus tollens*)⁴⁴.

En uno y otro caso, ante todo, será preciso depurar la legalidad del material probatorio obtenido, resolviendo las dudas que se susciten sobre cualquier prueba. Para ello, habrá que preguntarse si la prueba utilizada es legalmente admisible (y téngase en cuenta la flexibilidad de criterio que se advierte en el Artículo 199 CPP); y, en caso afirmativo, si ha sido legítimamente obtenida; para lo que podrá ser preciso fijar previamente las circunstancias en que lo fue, lo que obligará a reconstruir este hecho colateral, ponderando la información disponible sobre él⁴⁵.

Despejada esta eventual incógnita, habrá que valorar individualmente la persuasividad de cada una de las pruebas del hecho enjuiciado, tal como queda explicado con anterioridad.

5.2.2.- El contenido de las reglas de la «sana crítica». Función crítica y función heurística.

Los artículos 212 y 338 CPP remiten, para ello, a las reglas de la sana crítica.

La invocación de las reglas de la sana crítica fue una originalidad del legislador español⁴⁶, que influyó en los ordenamientos hispanoamericanos de la época, y fue saludada positivamente por algún destacado especialista extranjero⁴⁷.

Identificadas con «...las [reglas] de la lógica y el sentido común...»⁴⁸, su consagración como criterio de valoración de la prueba (aunque sólo en el ámbito civil) pudo, ciertamente, servir de base para corregir los excesos de una práctica desafortadamente subjetivista del principio de libre formación de la convicción judicial, rayana en el intuicionismo irracional, que no es sino una faz de la pura y simple arbitrariedad. No ocurrió así. Uno de los más prestigiosos procesalistas españoles, el profesor Guasp Delgado, tras unos elogios iniciales hacia la pauta de la sana crítica, concluye negándole relevancia jurídica. El Artículo 632 incita al órgano jurisdiccional a actuar con juicio discreto y objetivo frente al dictamen pericial, ponderando sensatamente las razones en pro y en contra de sus conclusiones, y decidiendo en consecuencia. Pero, puesto que ninguna norma jurídica concreta estas indicaciones, harto genéricas (hasta el punto de que, se dice, dos vocales de la Comisión Codificadora, que lo intentaron, al tiempo de debatirse el vigente código procesal civil, cosecharon un rotundo fracaso), se llega finalmente «...a un estado de derecho absolutamente coincidente con el principio de libre apreciación...»⁴⁹.

Las reglas de la sana crítica, están constituidas por «*máximas de experiencia*» («*Erfahrungssatze*»); «... no lo son -apostilla Asencio Mellado- de carácter legal ni, por tanto, pueden ser codificadas o expresamente reseñadas en la norma...»⁵⁰. Stein las definió -en palabras tantas veces transcritas- como «...definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzguen en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos...»⁵¹.

Su función es doble: crítica de la prueba directamente disponible; y heurística, en la medida en que pueden permitir descubrir nuevos hechos a partir de aquéllas.

En efecto, de acuerdo con estas máximas de experiencia deberá, el juzgador, ante todo, criticar la persuasividad de cada prueba, y dejar constancia de esa crítica en su sentencia⁵².

Si uno de los imputados se reconoce culpable del hecho del que se le acusa, e implica a otro coimputado como partícipe en él, dando una versión verosímil de lo ocurrido, su sinceridad podrá calibrarse partiendo de la máxima de la experiencia que enseña que una persona no suele involucrar caprichosamente a otra en un hecho delictivo, por lo que, descartado el propósito de autoexculpación, habrá que comprobar si existen motivos espurios de interés u hostilidad que pudieran explicar

una inculpación falsa⁵³.

Pero también podrá obtener nuevos hechos a partir de los que tenga previamente por probados, mediante inferencia a partir de indicios⁵⁴.

En este caso, el juzgador tendrá que justificar convincentemente que los indicios tenidos en cuenta están suficientemente probados, y que, a partir de ellos, con arreglo a las máximas de la experiencia común (o, en su caso, aplicando las de la experiencia especializada proporcionadas por la prueba pericial⁵⁵), es posible establecer, más allá de toda duda razonable, que ha ocurrido el hecho inferido⁵⁶. Lo impone así el inciso final del apartado 2) de la regla cuarta del Artículo 338 CPP. El Tribunal tendrá que justificar (no meramente describir o explicar), «...en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios ... declarados probados...»⁵⁷.

Nada le impedirá apreciar conjuntamente varias pruebas, pero habrá de razonar cómo, aplicando las reglas de la sana crítica, se puede inferir de la interconexión de aquéllas, el hecho que se tiene por probado; y así, la apreciación conjunta de la prueba dejará de ser el reconocimiento implícito, y a la vez, la técnica de elusión de la imposibilidad de exponer los motivos íntimos del fallo⁵⁸.

La conjunción de pruebas interconexas puede producir un efecto probatorio sinérgico, potenciándose recíprocamente⁵⁹. Si, en cambio, apuntan en direcciones divergentes, será preciso contrastar sus respectivas fuerzas probatorias, para concluir si una de ellas ha de prevalecer sobre la otra⁶⁰.

Como la valoración de la prueba ha de ser «...armónica ...» (Artículo 202 CPP), no cabrá que el juzgador tenga por buenas dos pruebas que arrojan resultados entre sí incompatibles⁶¹.

El razonamiento del juzgador ha de ser correcto interna y externamente. Pero no basta que lo sea; además ha de justificarse así, y en eso consiste, en definitiva, la motivación de la subsunción fáctica.

Un silogismo está internamente justificado cuando la conclusión es consistente con las premisas, prescindiendo de si éstas poseen fundamento o no. Un razonamiento subsuntivo está internamente justificado si, a la vista de unos elementos probatorios, y dada la máxima de experiencia seleccionada, se infiriera consistentemente que las cosas son de un modo determinado.

La justificación externa se refiere a la bondad objetiva de los argumentos invocados.

Igartua reproduce estas clarificadoras y sensatas (aunque un tanto escépticas) palabras: «...la justificación externa puede no ser indispensable cuando la asunción de las pruebas se basa en el sentido común, en cánones de razón generalmente

aceptados, en una autoridad reconocida, o en elementos tendencialmente reconocidos como válidos en el ambiente cultural en el que la decisión se toma o de los destinatarios a los que ésta se dirige. La justificación externa se hace, sin embargo, necesaria cuando la premisa de una decisión no es “obvia” en uno de estos sentidos, porque se aleja del sentido común, de las indicaciones de las autoridades reconocidas, o de los cánones de razonabilidad o de la verosimilitud. Obviamente son posibles decisiones que se fundan en premisas inhabituales ... pero en tal caso aquéllas estarán justificadas sólo si se justifican las premisas escogidas para fundamentar las decisiones susodichas...»⁶².

López Barja de Quiroga explica muy pedagógicamente (y con resonancias kantianas) el alcance del deber de motivación objetiva externa de la valoración de la prueba, con base en la cual se reconstruyó lo sucedido: «...La convicción debe tener su origen en las pruebas de manera tal que objetivamente se justifique, por lo que otra persona en la misma posición del Juzgador comprenda y pueda llegar racionalmente a la misma convicción...»

Nunca se podrá olvidar, por lo demás, que la afirmación de un hecho como probado no podrá hacerse en términos de certeza absoluta, sino de probabilidad más allá de toda duda razonable, o, si se prefiere, con «certeza práctica»⁶³. En la sentencia habrá de explicarse el razonamiento por el cual ha de considerarse justificada la conclusión a que se ha llegado sobre lo efectivamente ocurrido; y, en su caso, por qué, a falta de prueba suficiente de la culpabilidad del acusado, se ha optado por mantener la afirmación interina de inocencia, convertida ya en definitiva.

N O T A S

¹ Taruffo, M., «La prova dei fatti giuridici», Milano, 1992.

² Ruíz Vadillo, E., «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», en «Poder Judicial», 20 época, 3, 1986, pág. 85.

³ Una ulterior indagación obligará a poner en relación el contenido del documento con el resultado de otras pruebas, dentro de la fase de su apreciación conjunta.

⁴ Igartua, loc. cit., pág. 198

⁵ Son palabras del Auto 307/1985, del Tribunal Constitucional español, citado por Cabañas García, J.C., «La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial», Madrid, 1992, pág. 250.

⁶ Igartua (loc. cit., pág. 201) propone estos dos atendibles criterios de actuación judicial: «... a) ...una sentencia condenatoria debe dar cuenta razonada del valor que merecen todos los medios de signo exculpativo; y, a la inversa, b) ...una sentencia absolutoria debe justificar la valoración conferida a todos los medios de prueba inculpativos...»

⁷ Walter, G. («Libre apreciación de la prueba», Temis, Bogotá, 1985) concluye que, «...en lo que toca al proceso romano clásico puede partirse de la base de que el principio de la libre apreciación de la prueba tenía allí vigencia: el juez tenía entera libertad para decidir cuál era el valor probatorio que debía atribuir a los distintos medios. Rige la regla: *apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent* [ante el buen juez valen más las razones que los testigos]...» (pág. 14). La cita está tomada de Cicerón, en «De re pública» I, 38, y forma parte del supuesto diálogo entre Escipión y Lelio. El traductor de la obra al castellano, Álvaro D'Ors, anota: «...El juez romano, en la época de Cicerón, no estaba vinculado por las pruebas judiciales, que tampoco podía procurarse él contra la voluntad de los litigantes. La argumentación de los abogados podía influir en el juez mucho más que la evidencia testimonial...»: M. Tulio Cicerón, «Sobre la República», Gredos, Madrid, 1991, pág. 75. La pureza del sistema se enturbió en el período postclásico, en el que «...se puede admitir que no hubo una teoría de las pruebas legales en el sentido de que el valor probatorio de un medio estuviese determinado de antemano de un modo abstracto y general, sin que le cupiera al juez alguna valoración en su juzgamiento. Pero tampoco puede sostenerse que rigiera el principio de la libre apreciación de la prueba; son demasiados los fundamentos de la decisión que se sustraían al juicio del juez...» (Walter, loc. cit., págs. 19-20).

⁸ Lo consignado en un documento prevalece sobre lo manifestado por testigos que no sean los instrumentales; pero si todos los testigos que suscribieron el documento lo desmienten, su testimonio tendrá mayor valor porque «las voces vivientes merecen más crédito que las muertas» (Tancredo, en Bergmann, F., «Pillii, Tancredii, Gratiae libri de iudiciorum ordine», Gotinga, 1842, pág. 254): Walter, loc. cit., págs. 42-43). En caso de discrepancia entre testigos, se establecían prevalencias respecto a la fuerza probatoria de sus respectivas manifestaciones: el hombre era preferido a la mujer; el adulto, al menor; el cristiano, al pagano; el noble, al plebeyo ... (Walter, loc. cit.; Vázquez Sotelo, loc. cit., págs. 448-451; Ferrajoli, loc. cit., págs. 189-190; Tomás y Valiente, F., «El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)», Tecnos, Madrid, 171 y ss).

⁹ A esta «aritmética probatoria» -que es lugar común en la bibliografía especializada- se refiere Cappelletti, M. («Social and political aspects of civil procedure reforms and

trends in western and eastern Europe», «Michigan Law Review», 1971, pág. 849) cuando escribe que el juez «...tenía que «contar» [*count*] la prueba, no que «pesarla» [*weigh*]...».

¹⁰ Lo transcrito es un intento de traducción aproximativa de las palabras originales: «...huit rumeurs qui ne sont qu'un echo d'un bruit mal fondé, peuvent devenir une preuve complete...». El fragmento completo es como sigue: «...El parlamento [Tribunal] de Toulouse tiene una costumbre muy singular en las pruebas por testigos. En otras partes admiten unas medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo, un he oído decir, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro he oído decir un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores, que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa; y fue poco más o menos sobre este principio como Juan Calas fue condenado a la rueda...»: Voltaire, «Comentario al libro De los delitos y de las penas», apéndice a Beccaria, C. de, «De los delitos y de las penas», Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 158

¹¹ Mittermaier, C.J.A., «Tratado de la prueba en materia criminal», Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pág. 30. «...Las normas legales de prueba tasada no son, pues, sino máximas de experiencia estereotipadas en leyes: máximas de experiencia legales», afirma Jiménez Conde, F., («La apreciación de la prueba legal y su impugnación», Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, 1978, pág. 32). Y, más adelante, razona de este modo: «...es oportuno recordar con Furno [*«Teoría de la prueba legal»*, Madrid, 1954] y otros autores [Chiovenda, «Principios de Derecho Procesal civil», Madrid, 1922] que el criterio en el que se ha inspirado el Legislador para su valoración vinculante es un criterio de uniformidad o de normalidad jurídica (*quod plerumque accidit*); en él radica precisamente la fuerza lógica del precepto probatorio.

«Es normal -ejemplifica el profesor de Perusa- que quien reconoce hechos contra se diga la verdad. Es normal que el documentador público testimonie fielmente la verdad en los instrumentos que autorice. Es normal, según una ley de causalidad jurídica necesaria, que la existencia de ciertos hechos exija la existencia de otros hechos diferentes...» (Loc. cit., pág. 56).

¹² Es, éste, un ejemplo de prueba legal positiva; pero, junto a ella, y en garantía del imputado, funcionaban también reglas probatorias negativas: véase, sobre este extremo, Ferrajoli, loc. cit., págs. 147 y ss. Seguramente la más conocida -y que hace de su cita un lugar común en la bibliografía- es la exclusión del valor probatorio de un único testimonio (acuñada en el brocardo «*testis unus, testis nullus*»), consagrado ya, para el proceso civil (y, más discutidamente, para el penal) en el Derecho Romano («...*simili more sanximus, et ut unius testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatu*r admitti, et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio

non audiat, etiamsi praeclare curiae honore praeferat...», C. 4, 20, 9): Walter, loc. cit., págs. 17-18, y 25, aunque Gorphe, F. («Apreciación judicial de las pruebas», Temis, Bogotá, 1985, pág. 329) rastrea su origen en el Derecho judaico: «...No podrá prevalecer un testigo único contra un hombre para cualquier delito, o cualquier ofensa -en cualquier ofensa que ofendiere-...»; pero, a continuación, sigue una regla positiva: «...por la palabra de dos testigos, o de tres testigos, podrá sostenerse el cargo...» (Deuteronomio, XIX, 15). La sustitución del sistema de prueba legal por el de prueba libre da al traste con estos planteamientos. «...Merece ser cierto -escribe Vázquez Sotelo (loc. cit., pág. 451)- que fue el propio Napoleón quien destruyó para siempre la máxima *testis unus testis nullus* y la regla contraria que atribuía fe absoluta a lo que dijese varios testigos contestes de toda conformidad y hábiles legalmente: “(de modo que un hombre honesto no podrá hacer condenar a un bribón con su testimonio, mientras que dos bribones podrán hacer condenar a un hombre inocente!”...». Todavía, en la práctica forense, se siguen invocando estos criterios (positivos y negativos) de prueba legal como reglas imperativas para el juzgador, en lugar de las máximas de experiencia subyacentes, que pueden ser útiles para la valoración de la información disponible, pero en modo alguno suficientes para fijar apriorísticamente una *verdad legal*, sin oportunidad de refutación.

¹³ No hay coincidencia sobre este punto. Véanse, como muestra, las divergentes opiniones de Igartua (loc. cit., pág. 77) y de Gimeno Sendra, V., en Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., Almagro Nosete, J. y Cortés Domínguez, V., «Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal», tirant lo blanch, Valencia, 1988, pág. 76.

¹⁴ Loc. cit., págs. 77-78, citando a Taruffo, M., «Libero convincimento del giudice», en «Enciclopedia giuridica», XVIII, Roma, 1990, pág. 1.

El sistema de «prueba legal» -escribe Vázquez Sotelo (loc. cit., págs. 452-453) - «...era un intento muy serio hecho por el legislador al servicio de la seguridad jurídica. Aplicando él las máximas de experiencia y las enseñanzas de la vida en relación con las pruebas, calculando anticipadamente, con exquisita minuciosidad, la trascendencia de cada dato, de cada circunstancia, apuntaban un conocimiento profundo del espíritu humano y de las circunstancias de la vida de entonces... [Con] el sistema de pruebas legales o tasadas el legislador pretendía alcanzar dos objetivos fundamentales: era el primero excluir todo asomo de “fuero de albedrío” en manos del Juez, contra cuya posibilidad se habían revelado los legisladores más autorizados; era el segundo sentar unos criterios o directrices tomados de la experiencia, ajustadas a la lógica o razón de entonces, que sirvieran para que el Juez pudiese razonar y fundar su sentencia sobre criterios que eran comprendidos y compartidos por el pueblo, como arraigados en las circunstancias ambientales de la época...»

¹⁵ Ferrajoli, loc. cit., págs. 133 y ss.

¹⁶ Loc. cit., págs. 135-136. Algunas ordalías podían encontrar un remoto apoyo en la experiencia, y Ferrajoli (loc. cit. Pág. 183) trae a colación los argumentos que invoca Dante (en «De Moncarchia») para justificar el duelo como modo de resolución de conflictos. El juicio de Salomón -en el fondo, una ordalía psicológica- también podría invocar a su favor determinadas enseñanzas de la experiencia común (por lo general, una madre prefiere sacrificar su propio interés en beneficio de su hijo).

¹⁷ Nobili, M., loc. cit., pág. 112.

¹⁸ La actitud de los ilustrados ante el sistema de prueba legal no fue unánime: véase Ferrajoli, loc. cit., pág. 185.

¹⁹ Igartua, loc. cit., págs. 79-80; Nobili, loc. cit., pág. 92; Ferrajoli, loc. cit., 51 y ss. y 138 y ss.; Vázquez Sotelo, loc. cit., págs. 454 y ss. La publicidad o la distribución de los cometidos de corroboración y refutación, así como de la carga de la prueba son más bien garantías exigidas por principios de política procesal.

²⁰ Los Tribunales constituían, en la Francia prerrevolucionaria, un poder considerable. Podían dictar sentencias («Arrêts de Règlement») con eficacia general o «*erga omnes*», y, ejerciendo sus derechos de «*enregistrement*» o de «*rémontrance*» (esto es, de registro y objeción), estaban en condiciones de obstruir o demorar la puesta en vigor de las normas dictadas por el Rey (Raynal, J., «Histoire des institutions judiciaires», A.Colin, Paris, 1964; y Rousselet, M. «Histoire de la Justice», PUF, Paris, 1960). Toharia, J.J. («El juez español. Un análisis sociológico», Tecnos, Madrid, 1975, págs. 27-28) contrapone esta posición de poder con la más burocrática del Juez español histórico.

²¹ A título de ejemplo, Beccaria («De los delitos...» cit., pág. 77), para justificar la participación ciudadana en la Justicia penal, a través del Jurado, escribe: «...Si para buscar las pruebas de un delito se precisa habilidad y destreza, y para presentar su resultado hace falta claridad y precisión, para juzgar del resultado mismo no se pide más que una sencilla y ordinaria sensatez (*semplice ed ordinario buon censo*) menos falaz que la ciencia de un juez acostumbrado al deseo de encontrar reos y a reducirlo todo a un sistema artificial procedente de sus estudios. (Dichosa la nación en que las leyes no sean una ciencia! ...»

²² «...*Vous jurez ... de vous décider d'après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté quin conviennent à un homme libre...? ...*»

²³ Para subsanar inevitables pérdidas de matiz en la traducción, parece útil transcribir el texto original francés: «...*La loi ne demanda pas compte des moyens par lesquels [les jurés] se sont formé une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une*

preuve; elle leur demande de s= interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l=accusé et les moyens de la défense. La loi ne leur dit point : "vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel nombre de témoins, ou vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d=indices="; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: "avez-vous une intime conviction?"...»

²⁴ Nobili, loc. cit., págs. 158-160 . «...cuando hay magistrados y el juicio no está subdividido, entonces la sociedad está obligada a tomar precauciones contra la arbitrariedad de las decisiones ... Todo cambia cuando hay jurados. Estos ciudadanos, seleccionados sin interés, escuchan y ven al acusado en relación con los testimonios; ven juntos de una vez y bajo un único punto de vista el conjunto y los detalles del proceso. La sociedad no tiene ninguna desconfianza contra ellos; les permite emplear sus propios conocimientos personales y juzgar con toda la lealtad posible y con las luces del buen sentido. Hay unidad y acuerdo entre sus facultades; no están constreñidos -como los magistrados- a desdoblarse, por así decir, y a juzgar no como ven, sino como debieran ver, a no obedecer a la propia conciencia y a seguir reglas falsas y absurdas de probabilidad...». Es fácil comprender que, en este discurso, se ponen a cargo de los jueces profesionales defectos que, en realidad, son propios del sistema de «prueba legal»

²⁵ Igartua escribe: «...fijémonos bien. Aunque no se exigiera a los jurados que manifestaran las razones de su convicción, tras ello no se escondía ninguna condescendencia con la arbitrariedad o con cualquiera apreciación no racional de la prueba, porque, sencillamente, son problemas distintos y requieren explicaciones diferentes...» (loc. cit., pág. 85). Como los jurados no tenían obligación de motivar su decisión, nada garantizaba que hiciesen buen uso de la confianza depositada en ellos, lo que abría una profunda brecha en la racionalidad del sistema.

²⁶ Leone, «Spunti sul problema della prova nel processo penale», en «Rivista Italiana di Diritto Penale», IX, 1956, págs. 329-333.

²⁷ El principio de íntima convicción o del libre convencimiento se propaga a la legislación italiana y a la española. El Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo consagra en forma de apreciación de la prueba «en conciencia», aunque se suscitan problemas de adecuación con la referencia que se contiene, en su Artículo 717, a «las reglas del criterio racional» (véase Igartua, loc. cit., págs. 65 y ss. En Alemania, la jurisprudencia se encargó de construir -partiendo de la pauta de la «*freie Beweiswürdigung*»- un sistema intermedio, que trató de evitar el riesgo de subjetivismo incontrolado (Nobili, loc. cit., págs. 180 y ss.; Vázquez Sotelo, loc. cit., págs. 465-466; Walter, loc. cit., págs. 75 y ss.). El mantenimiento del principio del «libre convencimiento» se mantiene en el vigente Artículo 261 StPO, significa sólo

que el Juez no está vinculado por reglas legales de apreciación probatoria (Gómez Colomer, J.L., «El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas», Bosch, Barcelona, 1985, pág. 133). El Artículo 127 del Código Procesal Penal portugués remite «...a las reglas de la experiencia y a la libre convicción de la entidad competente...».

²⁸ Muñoz Conde, F., Adiciones a Jescheck, H.H., «Tratado de Derecho Penal. Parte General», Bosch, Barcelona, 1981, pág. 203.

²⁹ Sentís Melendo, S., «Valoración de la prueba», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1976 (2-3), pág. 271.

³⁰ Sobre el «sentimiento del juez» y su influencia en la sentencia, Calamandrei, P., «Giustizia e politica: sentenza e sentimento», en «Processo e democrazia», Cedam, Padova, 1954, pág. 52; y Cappelletti, M., «Ideologías en el Derecho Procesal», en «Proceso, ideologías, sociedad», Buenos Aires, 1974, págs. 3-4.

³¹ La apelación de la «voz del alma» se encuentra en Vannini, O., «Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano», 1960, pág. 143. Cordero, F. escribe («Diatriba sul processo accusatorio. Ideologia del processo penales», Giuffrè, Milano, 1966, pág. 229): «...Como en el culto de los misterios, sobreviene un instante pánico en el que la razón queda en suspenso y el fiel comunica con el absoluto, y del que surge la decisión, en la que las pruebas están metafóricamente disueltas»; para, inmediatamente, reaccionar: «...Se debe negar que el libre convencimiento sea una especie de poder dionisiaco del que no cabe hablar sino en los términos alusivos en que la bacante hablaba de Dios...»

³² Calamandrei, P. («Elogio de los jueces escrito por un abogado», EJEa, Buenos Aires, 1956, págs. 176-178) alude a la inversión (y perversión) de la lógica del juicio, anticipando la conclusión a las premisas; esforzándose por encontrar a posteriori los argumentos lógicos más idóneos para sostener una conclusión previamente surgida del sentimiento.

³³ La remisión a las reglas de la sana crítica se contiene en los artículos 162 del Código Procesal Penal de El Salvador; 186 del de Guatemala; y 184 del de Costa Rica.

³⁴ Ferrajoli, loc. cit., pág. 140. El Artículo 186 del Código Procesal Penal de Guatemala remite a la «sana crítica razonada». El Artículo 184 del Código Procesal Penal de Costa Rica contiene una fórmula coincidente con la de nuestro Código Procesal Penal.

³⁵ Stammler, R., «El Juez», La Habana, 1941, pág. 100.

³⁶ Carnelutti, F., «Massima d'esperienza e fatti notori (nota a sentenza)», en «Rivista di Diritto Processuale», 1959, pág. 642.

³⁷ Denti, V., «Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1972 (2-3), págs. 295 y 300. La motivación es igualmente precisa cuando se concede al Juez un margen de discrecionalidad, porque ésta es algo muy distinto de la arbitrariedad: Muñoz Sabaté, Ll., «La discrecionalidad no debe excluir la motivación. Comentarios al Auto de 17 de junio de 1975 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona», en «Estudios...» cit., págs. 413 y ss. En relación con la motivación de la individualización de la pena y de la admisión o inadmisión de pruebas: Pellingra, loc. cit., págs. 114 y ss.; Rodríguez Ramos, loc. cit., págs. 1059-1061; Muñoz Sabaté, «La ineficacia...» cit., pág. 629. La importancia de la motivación de la valoración de la prueba (que se sobrepone, por su función de garantía de racionalidad de la tarea judicial, a la elección de un concreto método valorativo) se pone de manifiesto en el Artículo 192.1 del Código italiano de Procedimiento Penal, a cuyo tenor «...[el] Juez realizará la valoración de la prueba dando cuenta, en su motivación, de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados...»; para disponer, en el apartado siguiente: «...La existencia de un hecho no podrá deducirse solamente de indicios, a menos que sean graves, precisos y congruentes...».

³⁸ Ferrajoli, loc. cit., págs. 130 y ss. Lo sigue Andrés Ibáñez, P. «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal». La sentencia penal, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1992, págs. 144 y ss. Andrés Ibáñez, P. Sentencia Penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción. Poder Judicial, 57. 2000.

³⁹ Bacigalupo Zapater, E. La sentencia penal. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992, págs. 373 y ss.

⁴⁰ Serra Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Estudios de Derecho Procesal», Ariel, Barcelona, 1969, págs. 355 y ss.

⁴¹ Serra, pág. 376. Constituye una manifestación de lo que en la bibliografía alemana se conoce como «método del rendimiento».

⁴² Serra, págs. 374 y 376. Sobre el problema, en Alemania, Cordero, G., «Instruzione e immediatezza nella Strafprozessordnung», Laterza, Roma-Bari. 1981, págs. 477-478.

⁴³ Wrowleski, J. («Motivation de la décision judiciaire», en Perelman, Ch. Y Foriers, P., (eds.), «La motivation des décisions de Justice», Centre National de Recherches de Logique, E.E. Bruylant, Bruxelles, 1978, págs. 119, 121, 134) diferencia entre la

justificación interna (atenta sólo a la validez de las inferencias de la conclusión a partir de las premisas) y la *justificación externa* (fija en la justificación de las asunciones, de las reglas de razonamiento admitidas y de la validez de los razonamientos, que es dominio propio de la crítica de la decisión judicial, porque exige un grado de comunicabilidad objetiva).

⁴⁴ «*modus ponens*», «*modus tollens*» equivalen a prueba para corroboración o verificación (de una aserción propia) y prueba para confutación o *falsación*, respectivamente: véase Ferrajoli, loc. cit., págs. 129 y ss.

⁴⁵ Poner en claro este punto obligará normalmente a valoraciones jurídicas, aplicando las reglas que determinan la permisibilidad y licitud de la prueba, sobre la reconstrucción del modo en que se llevó a cabo la sometida a crítica. Si se debate, si se practicó lícitamente un allanamiento domiciliario para llevar a cabo un registro, y realizado sin contar con previa orden judicial, será preciso acreditar las circunstancias de hecho concurrentes (reconstrucción fáctica) y ponerlo en relación con las normas reguladoras del allanamiento domiciliario (tratamiento jurídico), para averiguar si se trató de un supuesto de los que el Artículo 212 CPP considera excepcionados de necesidad de orden judicial previa y si se cumplieron los requisitos que dicho artículo exige para la utilización procesal de la información obtenida.

⁴⁶ A ellas se había remitido el Reglamento para proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos, de 30 de diciembre de 1846, y el Artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1855, para la prueba testifical (Alcalá-Zamora, N. «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho procesal», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1968, pág. 66; Sentís Melendo, S., «Valoración de la prueba», en la misma revista, 1976, 2-3, págs. 274-275; sobre los pasos de ambos, Sánchez García, T., «Valoración de la prueba pericial», en «La función pericial de los arquitectos al servicio de la Administración de Justicia», «Poder Judicial», Consejo General del Poder Judicial, número especial VII, pág. 91).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 introduce la referencia a la sana crítica para valorar las pruebas pericial y testifical (artículos 632 y 659), aunque, en cuanto a la segunda, matiza que se habrán de «tener en consideración la razón de ciencia que hubieren dado [a saber, si son testigos presenciales o meramente «de oídas» o «de referencia»] y las circunstancias que en ellos concurren...», factores que condicionan (objetiva y subjetivamente) la fiabilidad de su testimonio. El Artículo 1243 del Código Civil, reenvía a los preceptos de la de 1881 en cuanto al «...valor de esta prueba y la forma en que haya de practicarse...», y los artículos 348 y 376 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (Ley 1/2000, de 7 de enero) reproduce el criterio de su precedente en cuanto a ambas clases de prueba.

El Artículo 1,243 del Código Civil, reenvía a los preceptos de la de 1881 en cuanto al «...valor de esta prueba y la forma en que haya de practicarse...». A propósito de las

presunciones judiciales, su Artículo 386.1 establece: «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

»La sentencia en que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción...»

⁴⁷ La cita de Gorphe es tónica, lo mismo por referencia a «La critique du temoignage», París, 1947, pág. 34, que a «L'appréciation des preuves en justice», París, 1947, pág. 406. En esta última, en efecto, se alude a «...la juiciosa prescripción de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 que recomienda a los jueces apreciar siempre el valor de los testimonios "conforme a las reglas de la sana crítica" y de acuerdo con las circunstancias (Art. 659): ese principio encierra todo un programa; y, si está bien trazado, vale lo que un gran número de normas legales...» (ed. castellana, Temis, Bogotá, 1980, pág. 340).

⁴⁸ Manresa y Navarro, J.M. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...", III, Reus, Madrid, 1955, págs. 577-578.

⁴⁹ Guasp, J. «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil». I, M.Aguilar, Madrid. 1943, págs. 674-675. La referencia al fracaso de su formulación, se puede consultar en Sentís, «Valoración...», cit., pág. 275, quien, a su vez, la toma de Aguilera de Paz y Rives Martí, «Derecho Judicial de España», vol. I, págs. 846 y 847, según cita de De Pina, R., «Tratado de las pruebas civiles», Porrúa, México, 1942, pág. 210 (vid. Sentís, ibidem, nota 47, en pág. 333). A Sentís se remite Arce Gutiérrez, H.M., «La sana crítica como sistema de valoración de la prueba en un nuevo Código Procesal Civil de El Salvador», en la «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1975, 2-3, pág. 345.

⁵⁰ Asencio Mellado, J.M. La prueba. Garantías constitucionales derivadas del Artículo 24.21. Poder Judicial, 20 época, 4. 1986, pág. 36), en línea con las opiniones de los profesores Arce Gutiérrez y Sentís Melendo, que cita.

⁵¹ Stein, F., «El conocimiento privado del juez», Temis, Bogotá, 1988, pág. 27. Las máximas de experiencia no son, en definitiva, más que la condensación de la observación empírica colectiva y sucesiva de hechos análogos, hasta formular una conclusión sobre «lo que suele ocurrir» («id quod plerumque accidit») dadas unas determinadas circunstancias. Obviamente, esta conclusión se establece en términos de *probabilidad* de mayor o menor grado (Andrés Ibáñez, «Acerca de...» cit., págs. 146-148).

«...Algunas máximas de experiencia -piénsese en las que rigen la pericia dactiloscópica- gozan de un alto grado de elaboración y reconocimiento; otras podrán

ser el fruto de un reducido número de datos empíricos, e incluso tener necesidad de ser, a su vez, probadas...» (Andrés Ibáñez, loc. cit., pág. 148). Si las reglas del sentido común suelen tener una validez generalizada; las de la experiencia especializada (las propias de la prueba pericial) pueden tener un grado variable de certidumbre científica, a su vez variable al compás de nuevos descubrimientos.

⁵² Andrés Ibáñez («Acerca de...» cit., pág. 147) recuerda oportunamente las palabras de Rosemberg («Tratado de Derecho Procesal», II, EJE, Buenos Aires, 1955, pág. 210) considerando que el juicio de hecho es «...una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas...»

⁵³ Tomando como punto de partida un ejemplo propuesto por Igartua (loc. cit., pág. 208), acreditado que una persona falleció como consecuencia de haber sufrido un disparo a más de cuatro metros de distancia, una objeción defensiva que alegase suicidio quedaría desvirtuada (no existiendo pruebas de haberse utilizado algún artilugio del tipo descrito en alguna novela policíaca) mediante la aplicación confutatoria de la máxima de experiencia que enseña que los humanos no pueden dispararse a sí mismos desde una distancia como esa.

⁵⁴ Sobre esta doble función de las máximas de experiencia, véase: Serra Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962, y reproducido en sus «Estudios...» cit., págs. 350 y ss.; y «Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria», en «Revista de Derecho Procesal», 1968-i, págs. 148-157, reproducido en «Estudios...», págs. 367 y ss.; Muñoz Sabaté, L., Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967.

⁵⁵ Una persona es encontrada, llevando un revólver en la mano, junto a un cadáver que presenta un disparo. La pericia balística informa que, de acuerdo con los conocimientos científicos generalizados en la materia, los residuos químicos descubiertos en la mano que empuñaba el arma se corresponden con los dejados al disparar el arma. Cabe inferir, más allá de toda duda razonable, que esa persona efectuó el disparo. La combinación de pruebas balística y médica podrán proporcionar las bases para discernir si el proyectil disparado fue el que produjo la herida que causó la muerte. Esa misma prueba pericial podrá contribuir a desvelar si el disparo se hizo a quemarropa, o a corta, media o larga distancia.

⁵⁶ De Diego Díaz, L.A., «Prueba indiciaria en el proceso penal», en Palacios & Fernández, loc. cit., págs. 545 y ss. Ferrajoli (loc. cit., págs. 141 y ss.) ha estudiado cómo la subsunción fáctica puede implicar una cadena más o menos larga de inferencias.

⁵⁷ Un ejemplo: El testimonio que acredita que una persona fue hallada junto al

cadáver de otra, llevando en su mano una pistola humeante; la pericia balística que pone de manifiesto que el proyectil encontrado en el cuerpo del fallecido fue disparado por esa pistola; la pericia médica que acredita que la herida producida por ese proyectil causó la muerte de la víctima; y la pericia química que demuestra que los vestigios detectados en la mano que empuñaba el arma se corresponden con los dejados por el disparo, se traban entre sí, como indicios entrelazados, para reforzar la conclusión de que el imputado disparó y mató a la persona fallecida.

Segundo ejemplo: Una persona dispara contra otra. Se trata de discernir si tenía intención homicida. Puede ocurrir que, por la actitud del agresor y la dirección y circunstancias objetivas del disparo (a corta distancia y a la cabeza), quepa afirmar, más allá de toda duda razonable, y por sentido común, que pretendía causar la muerte de la víctima. En otras ocasiones, cuando esos datos son menos inequívocos (agresión con una navaja causando heridas en el tórax), será menester conjugar un mayor número de indicios para lograr esa misma conclusión. Así, convendrá esclarecer cuáles eran las relaciones entre agresor y agredido, tipo de arma utilizada, dirección del golpe o del disparo, riesgo que entraña la zona anatómica afectada (una herida en el abdomen puede no entrañar grave riesgo de muerte si es causada con una navaja de pequeñas dimensiones, y sugerir una intención homicida si se emplea un cuchillo de gran longitud y ancho de hoja), expresiones verbales o gestuales al tiempo de la agresión...; pero también puede ser indiciario el comportamiento del agresor inmediatamente después de la agresión, y al comprobar el resultado causado por su acción, con independencia de que, además, pueda funcionar como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

En muchas ocasiones, sólo será posible concluir que el agresor trataba de eliminar, a cualquier precio, el obstáculo que se oponía a su voluntad. En estos casos, no será posible inferir, más allá de toda duda razonable, el dolo directo homicida, pero tal vez podrá argumentarse persuasivamente la presencia de un dolo eventual de homicidio.

La reconstrucción del tipo subjetivo es terreno abonado para la utilización de presunciones (López Barja de Quiroga, loc. cit., págs. 111-113).

⁵⁸ Muñoz Sabaté, Ll., «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967, págs. 245-246; y en «Indicios probatorios en los escritos de alegaciones», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1969, pág. 595, recogido en sus «Estudios...» cit., pág. 215, donde alude a «...ese cómodo artilugio llamado de la “apreciación conjunta”...»; también Jiménez Conde, loc. cit., con referencia a la tesis discrepante de Guasp.

⁵⁹ La fuerza probatoria de un testimonio, individualmente creíble y fiable, puede potenciarse por su coincidencia sustancial con el prestado por otra persona, igualmente creíble y fiable.

⁶⁰ Entre dos hipótesis en conflicto, ha de optarse por la más probable. Así lo entiende Igartua (loc. cit., pág. 210). Esta afirmación merece ser matizada. La opción por la más probable exige desacreditar previamente su contraria. Si ello no fuese posible, y persistiese un margen de duda relevante, habría que optar por el término de la comparación más favorable al acusado («in dubio, pro reo»).

El establecimiento de la relación de causalidad material es fácil en cursos causales simples. Todo se reduciría a un denominado «*experimento mental*»: eliminado mentalmente el factor debatido, y manteniendo intocadas las demás circunstancias («*cæteris paribus*»), se trataría de calcular si el resultado se habría producido igualmente (negación de la relación causal, exclusiva o compartida), no se habría producido en absoluto (afirmación de la relación causal exclusiva) o se habría producido pero de modo diferente (afirmación de relación de concausalidad). La determinación de la relación de causalidad en los denominados «cursos causales complejos» (en que concurren una pluralidad de supuestos factores causales, y las máximas de la experiencia, común o técnica, pueden no contar con una aceptación suficientemente sólida) puede ser extraordinariamente difícil (véase López Barja de Quiroga, loc. cit., págs. 108 y ss., en relación con el denominado «*caso del aceite de colza*»: «...el Juez tomando en consideración de forma lógico-racional ... la probabilidad estadística y la exclusión de otras soluciones ... puede perfectamente motivar la existencia de una relación de causalidad, apartándose de algunos de los peritajes de carácter discrepante que pudiera haber, siempre y cuando, además de esta base objetiva hubiera la convicción íntima del Juez acerca de esta cuestión...»). Aquí, como en pocas ocasiones, se aprecia la necesidad de una motivación objetiva y externamente convincente. La íntima convicción del juzgador no puede servir para cortar el nudo gordiano, si no es posible alcanzar aquel grado de persuasividad. La persistencia de una duda razonable habrá de decidirse en favor del acusado.

⁶¹ Ejemplo: dado que no hay ser humano con el don de la ubicuidad, no es posible dar por bueno un testimonio que afirme que el imputado se encontraba en el lugar de perpetración del delito al tiempo de cometerse, y otro que asegura que se encontraba en un lugar diferente y muy distante.

⁶² Igartua, loc. cit., pág. 209. La cita es de Taruffo, M., «Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile», Bolonia, 1991, págs. 147-148.

⁶³ Hempel, C.G., «Filosofía de la ciencia natural», Alianza Editorial, Madrid, 1973, pág. 93, cit. por Andrés Ibáñez, «Acerca de...», cit., pág. 143.

LECCIÓN 7. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO.

1. La necesidad de la forma procedimental. 2. La forma de los actos procesales: oralidad y escritura. 3. Inmediación. 4. Concentración. 5. Publicidad.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Binder, A.M., «Introducción el Derecho Procesal Penal», Ad-hoc, Buenos Aires, 1993

Cafferata Nores, J.I., «Juicio penal oral», en «Temas de Derecho Procesal Penal», Depalma, Buenos Aires, 1988.

Cafferata Nores, J.I., «La prueba en el proceso penal», Depalma, Buenos Aires, 1994.

Castillo González, F., «El principio de inmediación en el proceso penal costarricense», en «Revista Judicial», 29, San José, 1984.

Chiovenda, G., «Instituciones de Derecho Procesal Civil», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

Fairén Guillén, V., «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial», EDERSA, Madrid, 1986

Fairén Guillén, V. «Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales», Librería Bosch, Barcelona, 1990.

Fernández Entralgo, J., «Principios del proceso y principios del procedimiento», en Andrés Ibáñez, P., Conde-Pumpido Tourón, C., Fernández Entralgo, J., Pérez Mariño, V. y Varela Castro, L., «*La reforma del proceso penal*», Tecnos, Madrid, 1990

Fortín Aguilar, M.A., Comentario a los artículos 304 a 334, en Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, páginas 502 y ss.

Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en la misma obra, páginas 275 y ss.

Gimeno Sendra, V., «Fundamentos de Derecho Procesal», Civitas, Madrid,. 1981.

González Álvarez, D., «La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del Proceso Penal», Graficentro, Tegucigalpa, 1999.

González Álvarez, D., y Arroyo Gutiérrez, J.M., «Principios y ventajas del sistema perocesaal mixto moderno», Ilanud, San José, 1991.

Hassemer, W., «Fundamentos de Derecho Penal», Bosch, Barcelona, 1984.

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», citado, páginas 490 y ss.

Maier, J.B.J., «Derecho procesal penal», I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996.

Montero Aroca, J., «Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso», Tecnos, Madrid, 1976

Montero Aroca, J., «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», «Justicia 83», 1983, II.

Mora, L.P., «La importancia del juicio oral en el proceso penal», «Ciencias Penales», 4, 1991.

Ortells Ramos, M., «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim», «Revista General de Derecho», 1979.

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995.

Trejo, M., y otros, «En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño», Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994.

Zaffaroni, E.R., «Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe Final, 1982-1986)», Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, Buenos Aires, 1986.

1. La necesidad de la forma procedimental.

Los principios del procedimiento, explica el profesor Gimeno Sendra, «... atañen a la forma de la actuación procesal, a la índole de la comunicación entre las partes y el órgano jurisdiccional, de aquéllas entre sí y todos ellos con la sociedad, así como a la sucesión temporal de los actos procesales ...», y, sin perder de vista su inserción en un determinado contexto político y social, y sus implicaciones constitucionales, se formulan con «... criterios eminentemente técnicos o prácticos, como lo son la efectividad, la seguridad o la rapidez ...».

El proceso constituye -en afortunada presentación de Winifred Hassemer- como un marco escénico para la comprensión y el tratamiento jurídico del caso litigioso, en el que interactúan unos personajes con roles bien definidos.

Esos personajes no desempeñan su papel anárquicamente, sino con arreglo a un orden, emitiendo y recibiendo mensajes comunicativos que se suceden dialécticamente y que están igualmente regulados a fin de que puedan producir su efecto adecuado.

Las reglas de procedimiento no son cuestión secundaria sino que condicionan la eficacia del proceso tanto como las que organizan su estructura y funcionamiento.

Por eso Ferrajoli destaca su carácter garantista instrumental. Las pautas reglamentadoras del procedimiento jurisdiccional -de esa *Justizförmigkeit* o *formalismo judicial*, a la que se refería Zachariae, en el siglo XIX- aseguran la observancia de las garantías procesales estructurales. En la bibliografía especializada (Binder, Cafferata, González Álvarez, Trejo ...) existe un amplio consenso acerca de ese carácter instrumental o facilitador de los principios básicos de política procesal y de las garantías sustanciales que estructuran el modelo moderno de proceso penal.

2. La forma de los actos procesales: oralidad y escritura.

El proceso, como queda explicado, puede ser concebido como el marco escénico para la presentación y comprensión del caso; y los protagonistas del drama procesal se comunican entre sí, y pueden comunicar a los cada vez más amplios «*auditorios*» (en el sentido de Perelmann: *círculos* de personas que van desde las presentes en la sala de justicia a los más recónditos lugares de la *aldea global*, a través de los medios de comunicación) por medio del lenguaje oral, entendido en un sentido amplio que incluye el denominado «lenguaje no verbal», esto es, la «expresión corporal», el conjunto de gestos y actitudes corporales que acompañan a la emisión de las palabras por el sujeto, y que tanta importancia tiene como parte del mensaje comunicativo.

La elección entre las formas oral y escrita del lenguaje tiene una importancia decisiva para la construcción del modelo *formal* de juicio. «... En nuestra opinión -escribe Montero Aroca- todo el problema del procedimiento puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, intermediación, concentración y publicidad. ...». James Goldschmidt explica: «... Donde el principio de la oralidad tiene vigor, ... el principio del “audiatur et altera pars” [o de audiencia bilateral], cuya observancia es el mínimum de una configuración acusatoria del proceso, conduce al principio de la contradicción, es decir, a la audiencia de las alegaciones mutuas de las partes en forma de un “juicio oral”. La dificultad de retener lo hablado en la memoria conduce además al principio de concentración, o «unidad de acto», que requiere condensar el juicio oral en una o varias sesiones consecutivas. ...».

Es frecuente invocar la configuración que, de la pareja conceptual oralidad/escritura, hace Goldschmidt: «... se entiende por oralidad del procedimiento el principio de que la resolución judicial puede basarse sólo en el material procesal proferido oralmente ...»; «... el contrario del principio de la oralidad se representa por el de la escritura, con arreglo al cual la resolución judicial ha de basarse sólo en el material procesal depuesto por escrito en los autos ...».

La expresión oral demanda la intermediación y también la concentración y la continuidad de la actividad procesal (González Álvarez).

El mensaje comunicativo oral sólo puede ser adecuadamente percibido por su destinatario si está presente al tiempo de su emisión. Los procesalistas han destacado, desde siempre, la íntima relación que existe entre la oralidad y la intermediación. De estas forzosas «compañeras de viaje» (en afortunada calificación de Klein-Engel), ha podido escribir el profesor Fairén que son «...dos aspectos de la misma "cosa", o se hallan en interdependencia como dos cuerpos de igual raíz, de tal modo que, si uno de ellos se marchita, el otro también lo hace...».

Si, además, ha de conservarse íntegra y fielmente el recuerdo de la sucesión de actos que integran el juicio oral, será imprescindible su concentración en una audiencia o en una pluralidad de ellas separadas entre sí por el menor tiempo posible (continuidad), lo que pone de relieve la conexión que media entre concentración, continuidad, intermediación y oralidad.

Zaffaroni pone en guardia contra lo que llama la *pseudo-oralidad*.

Es, ésta, «... una patología de la práctica del sistema oral, que virtualmente lo convierte

en escrito: se trata de un sistema que, si bien es oral, permite que las audiencias se discontinúen, en forma que a los testigos se los vaya interrogando por separado y en forma discontinuada, a lo largo de varias semanas y hasta meses. La discontinuidad de las audiencias hace que el tribunal no tenga presente las circunstancias del caso a la hora de dictar sentencia y, en definitiva, ésta se dicte con los elementos escritos, lo cual también puede delegarse. ...»

La relación entre publicidad y oralidad resulta menos clara, pese a contar con el precedente de Montesquieu. La posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada constituye la mejor demostración de la endeblez de la afirmada rigidez de ese recíproco condicionamiento. Cuestión distinta es que históricamente hayan ido de la mano las pautas de publicidad y oralidad.

El ideal de proceso penal democrático requiere que el juicio sea sencillo, rápido, concentrado, continuado, con inmediación, contradictorio y, sobre todo, público; y la forma de expresión oral contribuye, mucho mejor que la escrita, como valora Cafferata Nores, a la realización de ese ideal.

González Álvarez escribe: «... Uno de los aspectos más importantes que debe buscar cualquier proceso de reforma de la justicia penal en América Latina lo constituye, sin lugar a dudas, la necesidad de que nuestros jueces asuman un mayor protagonismo social en relación con la solución del conflicto, que se dejen las delegaciones de las tareas jurisdiccionales (como ocurre en el sistema escrito), que los perciban los ciudadanos ejerciendo sus funciones, que asuman mayor compromiso con la solución de los problemas que más afectan a los habitantes de su circunscripción en lo que se refiere a la justicia penal y, en definitiva, que sean agentes del proceso político y social en una determinada sociedad. ...».

Actualmente parece existir cierto consenso, entre la doctrina especializada, acerca de dos extremos.

En su relación general, presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en Pescara, del 29 de Agosto al 5 de Septiembre de 1970), el profesor Cappelletti, aseguraba: «...Unánime es, por parte de los relatores, la exclusión, en la fase actual de la civilización humana, de un sistema procesal en el cual la forma oral domine en su absoluta pureza. Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales: y de ahí que el problema de la oralidad y de la escritura se indica con frecuencia como un problema de predominio, o de coordinación, no de total exclusión...».

Por otra parte, para calificar un modelo procedimental como oral o escrito, se atiende a su contemplación como estructura total, más que a una de sus fases concretas (las alegaciones, la prueba...), y se insiste en la íntima relación que guardan oralidad, inmediación y concentración, como principios interdependientes.

Salvo excepciones (el Proyecto de Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, conocido como *Reglas de Mallorca*, redactadas entre 1990 y 1992), en los grandes textos internacionales sobre Derechos Humanos no se incluye expresamente la oralidad como una garantía procesal, aunque se infiera (así, por Mora y González Álvarez, en relación con los artículos 8.2.f y 8.5 del Pacto de San José de Costa Rica), como presupuesto condicionante, de otras sí explícitamente consagradas, como la publicidad.

La oralidad se incluye como una de las pautas organizativas del procedimiento penal ya en el primer artículo del Código Procesal Penal. Llorente Fernández de la Reguera la conecta ingeniosamente con el artículo 94 de la Constitución, pues en él se prohíbe imponer pena alguna a alguien «... sin haber sido oído y vencido en juicio ...», y la «audiencia» preceptiva demanda la oralidad. Orales serán las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate (artículo 302 CPP), sin perjuicio de su conservación por escrito o por cualquier otro medio. Las actuaciones investigadoras consistentes en declaraciones del imputado o de testigos-salvo excepciones por imposibilidad del declarante- serán igualmente orales (artículos 125 y 130 CPP), igualmente sin perjuicio de su documentación para constancia futura (artículo 131 CPP). La oralidad se ha extendido, al menos parcialmente, al período intermedio -tradicionalmente dominado por la pauta de escritura- como consecuencia de la introducción de la audiencia inicial que regulan los artículos 300 y 301 CPP; y a la fase de sentencia. En efecto, al margen la lectura de la absolutoria, si el fallo fuese condenatorio, una vez concluida la deliberación y votación, «... el Tribunal de Sentencia regresará al salón de debates y el Presidente explicará en voz alta y con palabras sencillas y claras, que se ha tomado la decisión de condenar al imputado ...» (artículo 342.2 CPP), abriéndose una audiencia, también oral, para la determinación de la pena (artículo 343 CPP), extremo que resolverá el Tribunal en su sentencia.

3. La inmediación.

Por inmediación se entiende -en palabras del profesor Montero Aroca- que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellas elemento alguno interpuesto. A esta

inmediación subjetiva se añade un concepto de intermediación objetiva (Castillo González) que exige que el juicio jurisdiccional se formule lo más inmediatamente posible a la recepción de las pruebas sobre las que se fundamenta.

Su exigencia es especialmente imperiosa en materia de práctica de la prueba.

La intermediación implica que el juez se relacione directamente con los medios de prueba sobre los que ha de formar su convicción.

Para el profesor Gimeno Sendra, «...significa dicho principio que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Un procedimiento está presidido por el principio de intermediación cuando el juez o tribunal están obligados a formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral...».

En el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, en 1970, y en el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, en 1972, el profesor De Miguel y Alonso enfatizó que «...la recepción directa por parte del juez de todo el desenvolvimiento de los actos probatorios, le ha de llevar a un convencimiento muy diferente al que llegaría basándose en referencias escritas que recogieran el resultado de las pruebas...». Al fin y al cabo, como advierte Holzhammer, citado oportunamente por el profesor Gimeno Sendra, «los papeles mienten sin ruborizarse».

El artículo 306 CPP preve claramente que el juicio se celebre en presencia del Tribunal de Sentencia, ante el que, por tanto, se practicarán todos los actos que lo integren, incluidas, por supuesto, la pruebas propuestas y admitidas.

Pero hay más. La exigencia de intermediación no se agota con la necesidad de la presencia continuada del tribunal que ha de resolver el caso. La regla -advierte Maier- «... obliga a que el debate se lleve a cabo con la presencia ininterrumpida de quienes participan en el procedimiento: el imputado y su defensor, el acusador (ministerio público o querellante, según el caso) y los jueces que dictarán la sentencia ...». Esta presencia obligada tiene, para las partes, el significado de una garantía de control del correcto desarrollo del juicio. Ello no impedirá que el imputado pueda ser expulsado de la sala de justicia, por su comportamiento persistentemente inconveniente (artículo 307.2 CPP), o autorizado a abandonarla, aun quedando a disposición del tribunal (artículo 306.2 CPP); del mismo modo que el representante del acusador privado puede no comparecer a la audiencia o alejarse de ella sin permiso del tribunal, pero se interpretará esta actitud como tácito abandono de su posición de parte (artículo 306.5

CPP). Bien distinta es la trascendencia de la ausencia deliberada del Defensor. Se tendrá por abandonada la defensa, pero el juicio se suspenderá para dotar al acusado de un Defensor nuevo (artículo 306.3 CPP).

4. El principio de concentración de la actividad procesal.

La efectividad del derecho al acceso a la Justicia, o, si se prefiere, el derecho a una tutela judicial efectiva pueden verse burlados como consecuencia de la duración desmesurada del procedimiento.

Esta demora puede ser el resultado de uno de estos factores (o de ambas a la vez), a saber: la complejidad del modelo procedimental (multiplicación de actuaciones innecesarias, interferencia de incidentes y recursos) y la lentitud del desarrollo de los actos que lo componen.

La pauta de concentración trata de poner remedio a la dilación injustificada del curso del procedimiento (especialmente indeseable en el proceso penal), concentrando «... sus actividades -explica Fairén Guillén- en un espacio de tiempo lo más corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso. Así aparece el principio de concentración, principio de política legislativa, casi categoría del pensamiento reformador de los últimos años ...».

James Goldschmidt, el gran teórico del principio de concentración lo identifica con el ideal de «unidad de acto». Concentración de la actividad del procedimiento significa, en palabras de Chiovenda, «...sustanciación de la causa en un período único, que se desenvuelve en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas...».

Su relación con la oralidad y con el denominado principio de aceleración han sido destacados por los estudiosos, sin que falte quien le atribuya una cierta primacía sistemática y práctica sobre los demás principios procedimentales.

«... [Donde] se manifiesta con mayor claridad el principio de concentración es en el juicio oral...» (Montero Aroca, Gimeno Sendra), dominado por el arquetipo de la «... unidad entre el debate y la sentencia ...» (Maier).

Fairén Guillén trae a colación unas expresivas palabras de Adolf Wach: «... El ideal del proceso oral es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de todas las afirmaciones, proposiciones de prueba, excepciones de las partes y, si fuera posible, la práctica de la prueba. ...». Importa especialmente la concentración y continuidad de esta última «... sin solución de continuidad, de manera que cuando se

celebre una prueba, no se haya desvanecido en el juez o tribunal la impresión que la anterior causó (BERNHARDT, RAMIRO PODETTI, FAIRÉN GUILLÉN) ...».

A imprimir una mayor rapidez y facilitar la concentración de la actividad del proceso contribuye la introducción de un cierto grado de preclusión, estableciendo un tracto desglosado en fases y tiempos para que se produzcan las alegaciones y la proposición y práctica de las pruebas, transcurridos los cuales se pierde ya la oportunidad de hacerlo.

4.1. Concentración y continuidad en el acto del juicio oral.

La regulación del juicio oral está marcada por el doble principio de concentración de la actividad y del objeto del proceso, y de continuidad de los actos del juicio en caso de fragmentación de su celebración.

Lo segundo, porque una audiencia preliminar (prevista y regulada por los artículos 300 y 301 CPP) contribuye a clarificar cuestiones previas e incidentales, saneando, cuando sea posible, vicios que podrían hacer fracasar la eficacia del proceso.

Lo primero, porque ese debate, el incidente de conformidad, la proposición de nueva prueba, y la práctica de la totalidad propuesta, la eventual ampliación de la acusación, las calificaciones definitivas y los informes se llevan a cabo de forma concentrada o continuada (artículo 306 CPP), en una o varias sesiones -diarias y consecutivas- que, para todos los efectos, se tendrán como una sola audiencia (artículo 312 CPP). Las sesiones sólo podrán interrumpirse por alguna catástrofe o hecho extraordinario que imposibilite o haga difícil su continuación, o por disposición del Tribunal de Sentencia, que podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince días, por alguna de las razonables causas establecidas en el artículo 312 CPP.

4.1.1. Concentración y juicio oral.

El primer párrafo del artículo 306 CPP (Concentración) establece: «... El juicio se realizará en forma continua, con la presencia del Tribunal de Sentencia, de las partes y de las demás personas que hayan sido autorizadas para intervenir en el mismo. ...».

Ello no impedirá que el imputado pueda ser expulsado de la sala de justicia, por su comportamiento persistentemente inconveniente (artículo 307.2 CPP), o autorizado a abandonarla, aun quedando a disposición del tribunal (artículo 306.2 CPP); del mismo modo que el representante del acusador privado puede no comparecer a la audiencia o alejarse de ella sin permiso del tribunal, pero se interpretará esta actitud como tácito

abandono de su posición de parte (artículo 306.5 CPP). Bien distinta es la trascendencia de la ausencia deliberada del Defensor. Se tendrá por abandonada la defensa, pero el juicio se suspenderá para dotar al acusado de un Defensor nuevo (artículo 306.3 CPP).

Así, el retiro momentáneo de los miembros del Tribunal o de cualquiera de las partes, dará lugar a la suspensión del procedimiento, salvo si se trata del imputado, quien podrá retirarse con permiso del Tribunal, a cuya disposición deberá quedar hasta que se adopte otro acuerdo (artículo 306.2 CPP).

[a] Presencia del Tribunal sentenciador en el acto del juicio oral.

Constituye requisito indispensable de la celebración del juicio oral. Su ausencia implica la suspensión del debate, con los efectos previstos por los artículos 312 y 313 CPP.

[b] Presencia de las partes acusadoras en el acto del juicio oral.

La presencia del Ministerio Público, constituido en parte acusadora, resulta inexcusable.

Si no compareciese o se ausentase, el juicio no podría comenzar o, si ya se ha iniciado, habrá de suspenderse, señalándose fecha y hora para el comienzo o la reanudación del debate. Será de aplicación lo establecido en los artículos 312 y 313 CPP.

Si el representante del Acusador Privado no concurre a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del Tribunal, dejará de tenerse como parte, sin perjuicio de que la persona del Acusador Privado, podrá ser obligado a comparecer cuando deba declarar como testigo (artículo 306, párrafo último, CPP).

Si el Acusador Privado es la única parte acusadora, se produciría la extinción de la acción por abandono, de conformidad con el artículo 42.4 CPP.

El tratamiento legal es extraordinariamente riguroso, y hubiera resultado más razonable requerir a la persona física o jurídica legitimada para acusar a fin de que, dentro de un plazo de cinco días, designase nuevo profesional que sustituyese al incomparecido.

[c] Presencia del acusado en el acto del juicio oral.

El imputado, en efecto, con arreglo al artículo 307 CPP, asistirá a la audiencia, y lo hará, en principio, sin ninguna limitación para sus movimientos, siempre y cuando, claro

está, no se encuentre sometido a alguna medida cautelar privativa o restrictiva de su libertad.

El Presidente del Tribunal, sin embargo, deberá disponer la vigilancia y cautela necesarias para impedir su fuga o que cometa o sea víctima de agresiones verbales o físicas o cualquier otro acto de violencia. Este último inciso del párrafo primero del artículo 307 CPP pone de relieve la doble dimensión del trato que recibe el imputado, asegurando su persona en cuanto su presencia es necesaria para la celebración del juicio, pero asegurándola igualmente en cuanto sea precisa su protección de posibles agresiones de terceros.

Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia con la presencia de su abogado Defensor (artículo 307.2 CPP). Si el comportamiento del acusado fuese constitutivo de delito, se procederá, además, en la forma prevista por el artículo 315 CPP.

La expulsión del acusado habrá de ir precedida siempre de advertencia del Presidente sobre las consecuencias de la insistencia en su actitud.

Si el imputado se halla en libertad y no se presenta a la audiencia, el Tribunal de Sentencia ordenará su conducción por la fuerza pública o su detención. Si no es posible la conducción oportuna del imputado, se suspenderá el debate hasta que sea habido o se presente voluntariamente (artículo 307.3 CPP).

En el mismo caso, dicho Tribunal podrá variar las condiciones a que esté sujeta la libertad del imputado o imponerle medidas cautelares adicionales a las que se halla sujeto. Lo dispuesto en el último párrafo del artículo 307 CPP es comprensible porque la ausencia no justificada del acusado y el desconocimiento de su paradero evidencian su «peligrosidad procesal» (la fuga temida se ha hecho realidad), presupuesto de la adopción de una medida cautelar privativa de libertad encaminada a garantizar su presencia en juicio.

[d] Presencia del Defensor del acusado en el acto del juicio oral.

A tenor del artículo 306 (2 y 3) CPP, si el Defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del Tribunal, se tendrá por abandonada la defensa.

Fortín Aguilar escribe: «... El Abogado que asuma la defensa de un imputado debe

actuar con responsabilidad, no se concibe que un profesional que se precie de serlo abandone la defensa de una persona que ha confiado en él. La labor del defensor es muy importante, implica realizar todos los esfuerzos posibles en defensa del imputado, actuar con diligencia, debe preparar sus juicios con honestidad, debe presentar los mejores argumentos a favor de su defendido, no debe desaprovechar las pruebas negligentemente, la mala labor profesional del defensor da sin lugar a dudas como resultado una condena injusta. ...».

Se hace preciso, entonces, combinar las exigencias de defensa del acusado -defensa imperativa, a la que el mismo acusado no puede renunciar (como recuerda Fortín Aguilar)- y de eficacia del proceso. Para ello, si el imputado no designa de inmediato otro Defensor de su confianza, el Tribunal de Sentencia le nombrará un Defensor Público.

Cuando el abandono ocurra dentro de los tres días anteriores al debate o durante el desarrollo de éste, el Tribunal podrá aplazar su inicio o suspender por una sola vez el que ya haya comenzado, por un término máximo de cinco días calendario. Si el abandono de la defensa no tiene causa justificada, el Defensor será sancionado con la pena prevista en el Código Penal.

Estos dos preceptos, interpretados conjuntamente, suscitan confusión.

Parece razonable entender que la ausencia del Defensor podrá reintegrarse a su función dentro del aludido plazo de cinco días, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir si no justifica su incomparecencia. Transcurrido ese plazo sin reasumir su cometido, será sustituido por otro, público o de confianza del acusado.

En realidad, cuando un Defensor actúa tan irresponsablemente, el Tribunal, en interés de la eficaz defensa del acusado, obrará prudentemente (en uso de la facultad que le confiere el artículo 312.10 CPP) requiriendo a éste (aunque la reintegración se haya producido dentro de los cinco días legales) para que manifieste si se siente suficientemente defendido o si interesa la sustitución por otro profesional.

[e] Presencia de peritos y testigos en el acto del juicio oral.

El artículo 314 CPP establece que los testigos o peritos que no puedan concurrir al debate por cualquier causa, serán examinados por el Tribunal en pleno en el lugar en que aquéllos se encuentren, con citación de las partes, para que puedan intervenir en la práctica de la prueba.

4.1.1. Continuidad y juicio oral.

Conseguir el ideal de continuidad de las actuaciones se hace fácil porque una audiencia preliminar (prevista y regulada por los artículos 300 y 301 CPP) contribuye a clarificar cuestiones previas e incidentales, saneando, cuando sea posible, vicios que podrían hacer fracasar la eficacia del proceso.

El principio de concentración se consigue en cuanto ese debate inicial, el incidente de conformidad, la proposición de nueva prueba, y la práctica de la totalidad propuesta, la eventual ampliación de la acusación, las calificaciones definitivas y los informes se llevan a cabo de forma concentrada o continuada (artículo 306 CPP), en una o varias sesiones -diarias y consecutivas- que, para todos los efectos, se tendrán como una sola audiencia (artículo 312 CPP). Las sesiones sólo podrán interrumpirse por alguna catástrofe o hecho extraordinario que imposibilite o haga difícil su continuación, o por disposición del Tribunal de Sentencia, que podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince días, por alguna de las razonables causas establecidas en el artículo 312 CPP.

A este respecto, resulta fundamental el artículo 312 CPP, epigrafiado «Forma de celebrar el debate».

A su tenor, el debate podrá realizarse en una o varias sesiones que, para todos los efectos, se tendrán como una sola audiencia.

Las sesiones serán diarias y consecutivas y sólo podrán interrumpirse por alguna catástrofe o hecho extraordinario que imposibilite o haga difícil su continuación o por disposición del Tribunal de Sentencia.

El Tribunal de Sentencia podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince días, cuando concurra alguna de las causas que se enumeran, con carácter taxativo, aunque enunciadas en términos flexibles, en el propio artículo, a saber:

1) Cuando deba resolverse alguna cuestión que por su naturaleza, no pueda decidirse inmediatamente.

Ello facilita que el Tribunal pueda decidir cuestiones complejas o especialmente difíciles, evitando el riesgo de error que entrañaría una resolución precipitada sin suspender el curso del debate. La duración de la suspensión dependerá obviamente del grado de complejidad o dificultad de la cuestión planteada.

2) Cuando deba practicarse alguna diligencia en lugar distinto de aquel en que se celebre la audiencia.

3) Cuando No comparezcan los testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable y no hayan pruebas que puedan evacuarse, ya que, de otro modo, se proseguiría el debate practicándose éstas, y suspendiéndose sólo cuando se llegase a un punto en que no quedase otra actividad pendiente.

4) Si un perito no puede ser localizado por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiendo de esta prueba, salvo el caso de que la prueba pueda ser evacuada por otro perito.

5) Cuando alguna de las partes o un miembro del Tribunal de Sentencia no pueda continuar interviniendo en el juicio, salvo que pueda ser sustituido inmediatamente, conforme lo dispuesto en el presente Código;

6) Cuando alguna revelación o retractación inesperada produzca alteraciones sustanciales en la causa. En este caso, puede ser necesaria una suspensión para ponderar cuál ha de ser el curso posterior del procedimiento.

La novedad podrá, unas veces, resolverse mediante una actividad probatoria complementaria, que puede encauzarse como diligencias para mejor proveer, a tenor del artículo 333 CPP. Otras veces, la modificación puede ser de tal entidad, que procederá la paralización definitiva del debate, retrocediendo el procedimiento a su fase preparatoria.

7) Cuando el Defensor lo solicite después de ampliada la acusación, siempre que por las características del caso, el debate no pueda continuarse de inmediato.

8) Cuando el imputado incurra en rebeldía durante el debate.

9) Cuando al imputado le sobrevenga una enfermedad o trastorno físico, que le impida la asistencia al acto del juicio hasta su restablecimiento, o un trastorno mental que limite gravemente su capacidad de comprensión de los actos del proceso y la posibilidad de obrar conforme a ese entendimiento. En tal caso, el artículo 312 CPP establece que se estará a lo dispuesto en los artículos 105 y 106 CPP, a propósito de la incapacidad sobrevenida del imputado.

10) Cuando se ponga de manifiesto que la defensa del imputado resulta ineficiente, a juicio del Tribunal.

El Tribunal cuenta, sin duda, con un poder que puede resultar muy útil para conseguir la mejor defensa del acusado, pero del que el órgano sentenciador habrá de hacer un uso muy prudente y excepcional, motivándolo adecuadamente, cuidando que, en la fundamentación de su decisión no ponga de manifiesto que se ha formado ya un juicio anticipado del resultado de la causa, lo que podría perjudicar a la imagen de su imparcialidad objetiva e incluso justificar la proposición de una recusación por causa sobrevenida.

En caso de suspensión por esta causa, se procederá del mismo modo que en el de abandono de la Defensa (artículo 306 [3 y 4] CPP).

En los casos previstos en este Artículo, el Presidente del Tribunal anunciará el día y la hora en que continuará la audiencia y, si esto no es posible, hará saber a las partes que oportunamente las convocará para la siguiente sesión. El anuncio del día y hora en que continuará la audiencia, tendrá el valor de una citación.

Cuando sean varios los imputados y la causa de la suspensión tenga relación sólo con uno o algunos de ellos, el juicio continuará con los demás.

También habrá de ponderar el Tribunal si es posible esta fractura en el conocimiento de la causa. En caso de duda, obrará con prudencia suspendiendo totalmente el curso del debate.

Mientras dure la suspensión, los jueces y los Fiscales podrán intervenir en juicios distintos, salvo que el Tribunal decida otra cosa, teniendo en cuenta la complejidad de los asuntos objeto del debate.

A tenor del artículo 313 CPP (Reanudación. Nueva sustanciación del debate), reanudadas las sesiones, el debate continuará a partir de la última actuación realizada antes de la suspensión.

Si la audiencia no se reanuda el día y la hora señalada por el Tribunal o, en su caso, dentro del plazo establecido en el Artículo anterior, la sustanciación del juicio deberá iniciarse de nuevo, de conformidad a lo que se dispone en el Capítulo siguiente.

4.1.2. Concentración y continuidad en la fase de sentencia.

Las pautas de concentración y continuidad rigen también en el tracto del juicio a la sentencia, como puede comprobarse por la lectura de los dos primeros párrafos del artículo 335 CPP. La deliberación se iniciará una vez cerrado el debate, y no podrá

suspenderse -salvo fuerza mayor o caso fortuito- hasta tomar la decisión razonada que se reflejará en la sentencia.

5. Publicidad.

Publicidad y oralidad representan -escribe Maier- «... banderas que presiden la transformación del procedimiento inquisitivo durante el siglo XIX en Europa continental. Esas banderas resumían el proyecto político del Iluminismo en materia procesal penal y presidían, junto a otras -supresión de los métodos crueles para la investigación de la verdad, convicción íntima para valorar las pruebas, libertad de defensa, colaboración popular en la administración de justicia-, emanadas de la afirmación del respeto a la dignidad humana, la reacción contra la Inquisición ...».

La publicidad constituye una exigencia del proceso penal propio de una sociedad democrática abierta y transparente, en la que se pueda conocer cuanto -como es la actividad jurisdiccional penal- es res publica, objeto de interés colectiva.

Sabido es cómo Michel Foucault puso de manifiesto la inversión de sentido que se aprecia en el moderno sistema penal (sustantivo y procesal) en relación con el propio del *Ancien Régime*. El proceso inquisitivo era secreto, mientras se procuraba que la ejecución de la pena fuese visible para todos. Hoy, la pena se ejecuta fuera de la vista del público, mientras que los procedimientos penales se ajustan a la pauta de la publicidad.

La publicidad constituye, no en vano, una eficaz garantía frente a la arbitrariedad y el abuso del poder. En «*Dei delitti e delle pene*», Beccaria escribió lapidariamente: «... Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino que estamos defendidos ...». Es tónica la cita de Mirabeau, en discurso ante la Asamblea Nacional francesa, y que recoge Bentham: «... Dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo, si queréis; poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público. ...».

Desde otro punto de vista, concebido el proceso, como un marco escénico para la presentación y resolución del caso conflictivo, el drama procesal ha de desarrollarse públicamente.

De este modo, el público (en sus diversos niveles de «auditorio») sirve de control del correcto funcionamiento del sistema, y el proceso puede cumplir satisfactoriamente su

función sociopedagógica, en cuanto instrumento de consecución del efecto de prevención general positiva, que se consigue por la percepción general de la vigencia efectiva de la ley penal a través de la investigación, persecución y enjuiciamiento cierto, rápido y eficaz de los hechos delictivos.

El juicio oral y público tiene también algo de exorcismo: de ceremonia de purificación colectiva; y desempeña, en fin, generalmente, una función satisfactiva individual mediante la reivindicación de la víctima ante la colectividad.

Los procesalistas vienen distinguiendo entre publicidad general y publicidad para las partes. La segunda desborda el contexto de los principios del procedimiento, y compromete la efectividad del principio procesal de audiencia bilateral o de contradicción.

La publicidad absoluta inmediata (esto es, la posibilidad de asistencia personal o física del público a las actuaciones judiciales) rige plenamente, en el juicio oral (artículo 308 CPP).

No obstante, se reconocen excepciones (artículos 308 y 309 CPP). Todas ellas están fundadas o en la necesidad material o en el equilibrio de intereses contrapuestos, pero no afecta a la dimensión interna o relativa de la publicidad, esto es, la que se refiere al derecho de las partes a conocer la marcha del proceso, y, consecuentemente, del juicio.

Unas, afectan al acceso del público a la sala de justicia, limitado ya inevitablemente por el aforo de ésta, en evitación de posibles disturbios provocados por la niñez, la ebriedad o la enfermedad mental de cualquier aspirante a asistente. Se imponen, además, limitaciones a la presencia del público en la sala de audiencia, referidas al porte de armas o de distintivos partidistas o gremiales, para crear un clima de serenidad durante los debates.

La publicidad como posibilidad de comunicación general de lo ocurrido durante el debate puede restringirse -total o parcialmente- en aras de intereses superiores públicos o privados, como se desprende de la lectura del artículo 308 CPP.

Este artículo (epigrafiado *Publicidad del juicio oral*) dispone:

«... El juicio será público, sin embargo, excepcionalmente el Tribunal de Sentencia de oficio o a petición de cualquiera de las partes y previa audiencia de éstas, podrá resolver motivadamente, que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando:

- 1) Afecte directamente el honor, la intimidad personal o familiar o la vida privada de la víctima o de cualquiera de los testigos;
- 2) Ponga en peligro la vida o la integridad física de cualquiera de los miembros del Tribunal de Sentencia, de las partes o de alguna de las personas autorizadas para participar en el juicio;
- 3) Ponga en peligro un secreto oficial o privado que amerite protegerse;
- 4) Pueda alterarse el orden público; y
- 5) El testigo sea menor de dieciocho (18) años.

»Si el juicio se celebra en forma privada, el Presidente del Tribunal prevendrá a quienes intervengan en el mismo, que deben mantener en secreto los hechos en que hayan participado o de los que hayan tenido conocimiento. El incumplimiento de esta obligación, se sancionará con la pena prevista en el Código Penal, en sus respectivos casos. ...».

Por su parte, el artículo 309 (*Prohibiciones para el acceso a la audiencia*) establece:

«... No obstante, lo dispuesto en el Artículo anterior respecto de la publicidad del juicio, en la sala de audiencias no podrán hacer acto de presencia las personas menores de quince (15) años que no vayan acompañadas de un adulto responsable, quienes usen distintivos partidistas o gremiales, se encuentren en notorio estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas o estupefacientes o que aparezcan con síntomas de desequilibrio mental, que puedan perturbar el orden en la sala. Sólo los miembros del personal que tengan encomendadas oficialmente las funciones de vigilancia y seguridad de la sede del órgano jurisdiccional, podrán permanecer armados en la sala de audiencias. El número de personas que asista a presenciar las audiencias, estará limitado por el número de asientos disponibles para las mismas. ...»

Nada se dispone a propósito del acceso de los medios de comunicación social a la Sala de Justicia.

Daniel González advierte, con razón: «... Hoy los ciudadanos no van a los juicios, de ahí que haya un traslado a la prensa del control que ejercía [la presencia del público en aquéllos] ...»; sin embargo, sin desconocer la trascendental función social que desempeñan los medios de comunicación, reconoce que no se puede ocultar el riesgo

de es innegable que los profesionales que trabajan en ellos y quienes los controlan traten de sesgar la información difundida por motivos que pueden ir desde el interés ideológico o de lucha entre partidos o grupos de presión al puro y simple ánimo de lucro, sin detenerse ante el más reprobable *amarillismo*.

«... Indiscutiblemente -advierde González Álvarez- ... el acceso de los medios de comunicación colectiva en la administración de justicia constituye un instrumento para evitar la arbitrariedad, los abusos, la inoperancia y hasta la corrupción de los funcionarios judiciales, al hacer más transparentes sus decisiones, lo que significa que esa intervención debe permitirse y facilitarse. Sin embargo, ello no significa que puedan hacerlo en cualquier momento, como quieran hacerlo y en cualquier clase de juicio. Resulta indispensable alguna reglamentación para evitar que las cámaras de televisión y fotográficas, así como las luces que utilizan éstas, se conviertan en un mecanismo que pueda alterar la declaración de un testigo, perito, víctima o acusado en el proceso penal: así como las luces que utilizan éstas, se conviertan en un mecanismo que pueda alterar la declaración de un testigo, perito, víctima o acusado en el proceso penal: así como también que la publicidad ponga en peligro o afecte a otros intereses también de vital importancia para la comunidad. ...».

La decisión dependerá del Tribunal, el cual deberá tener en cuenta una pluralidad de factores, entre los que -sin ánimo exhaustivo- se pueden enunciar los siguientes:

[1] el interés público del caso

[2] la naturaleza del hecho enjuiciado

[3] la complejidad de la infraestructura técnica precisa para la retransmisión del juicio y su posible influencia perturbadora del normal desarrollo del proceso

[4] la predecibilidad de producción de un efecto negativo de la presencia perceptible del medio de comunicación sobre los intervinientes (acusado, testigos, peritos, profesionales causídicos, incluso el público físicamente presente en la sala), provocando inhibiciones o sobreactuaciones histriónicas, teniendo en cuenta que, en caso de conflicto, la garantía de la eficacia del proceso ha de prevalecer sobre el interés del público en la percepción directa de su desarrollo a través de los medios de comunicación

[5] el consentimiento o rechazo de las personas cuya imagen o voz vayan a registrarse y transmitirse, entrando en conflicto el interés en la producción de los efectos sociales positivos de la transmisión total o parcial del juicio y el derecho a la propia imagen

[6] proporcionalidad del sacrificio adicional que entraña, para la persona acusada (que ha de ser tenida y tratada como inocente hasta que no se declare irrevocablemente su culpabilidad), la reproducción de su interrogatorio en condiciones que pueden resultar depresivas para su dignidad

[7] riesgo que pueda entrañar para testigos y peritos, cuya protección ha de tratar de asegurar el tribunal en la mayor medida posible

[8] posibilidades de control de la retransmisión -total o parcial- del juicio para garantizar su integridad (sustancial) y su neutralidad, evitando que sirva de material para la organización de *juicios paralelos* fácilmente manipulables.

El tribunal, teniendo en cuenta estos factores, ponderando el mayor o menor valor de los intereses en posible conflicto y previa audiencia de las partes y de las personas directamente interesadas, resolverá motivadamente lo procedente.

He aquí algunas de las posibles soluciones:

[1] admitir la presencia de los medios de comunicación, exigiendo garantías de que el desarrollo de su labor no entorpezca las sesiones del juicio

[2] rechazar la presencia de cualquier medio de comunicación

[3] excluir únicamente los de naturaleza audiovisual

[4] excluir la presencia de medios de comunicación únicamente respecto de determinadas pruebas.

LECCIÓN 8: EL JUICIO ORAL. PLANTEAMIENTO TEÓRICO GENERAL.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

1. El «juicio verdadero».

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española va precedida de una interesantísima «Exposición de Motivos».

Se escribió en un momento histórico que tiene gran parecido con el que vivió Honduras en vísperas de la aprobación del Código Procesal Penal e inmediatamente después de ella.

También entonces -año de 1882- se pasó, en España, del modelo de proceso «inquisitivo», propio del «*Antiguo Régimen*» (el de las Monarquías feudal y central absoluta) a un modelo «acusatorio» (o, si se prefiere, «mixto»), a imitación del implantado en Francia por el «*Code d'Instruction Criminelle*» napoleónico, de 1808.

En aquel preámbulo legal se escribieron cosas que hoy pueden parecer de gran actualidad en el momento histórico presente de Honduras.

El redactor se quejaba amargamente de la exagerada duración de la instrucción¹, que se desarrollaba de espaldas a (y en contra de) la persona imputada, y que condicionaba de tal modo el desarrollo del juicio oral que éste no era sino una parodia de tal, porque la sentencia se dictaba con base en el material obtenido en el curso de la investigación instructora².

El resultado no podía ser más desolador. «... [Al] compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte [al ser *reproducida* mecánicamente en el juicio oral] en verdad legal pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado ...», quien «... cuando ..., llegando al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado. ...».

La instrucción se había convertido en el eje del procedimiento penal, dada «... la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal y casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. ...». El redactor de la *Exposición de Motivos* se rebela contra este estado de cosas, y escribe: «... No, de hoy más las investigaciones del Juez Instructor no serán sino una simple preparación. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que extraño a la instrucción va a juzgar

imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte ...».

El juicio oral -organizado de acuerdo con «... los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad ...»- había de ser, en el futuro, el «juicio verdadero».

El artículo 94 de la Constitución de Honduras dispone: «... A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio, y sin que le haya sido impuesta por resolución ejecutoriada de Juez o autoridad competente ...».

El «juicio» condiciona la legitimidad de la imposición de la pena; y el párrafo primero del artículo 90 de la misma Ley Fundamental establece: «... Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece. ...».

El eje del proceso penal es, así, el «juicio», hasta el punto de que, si el proceso jurisdiccional penal se identifica con la institución que tiene por objeto decidir, con arreglo al Derecho aplicable al caso, sobre una pretensión punitiva resistida, esto es, sobre la pretensión -del Ministerio Público (en los casos perseguibles por acción pública) o de una persona, física o jurídica, legitimada (cumulativa o alternativamente con aquél) para acusar- de que se imponga una pena a otra, que se opone a ella, el «juicio» resulta ser el «proceso penal verdadero».

Sin embargo, no vale un modelo cualquiera de juicio. Ha de tratarse de un juicio «con garantías»; eso que, por generalización de la terminología angloamericana, ha terminado por sintetizarse en la fórmula «proceso debido» («*due process of Law*»³).

El artículo 90 de la Constitución Hondureña aparece redactado como una «ley en blanco» (salvo, si acaso, por lo que toca a la exigencia de «juez o tribunal competente»), que reenvía a lo que «... la Ley establece ...» para integrar el contenido de las «... formalidades, derechos y garantías ...» procesales.

Sin embargo, no se puede olvidar que, de acuerdo con el párrafo segundo de su artículo 16, «... [los] tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno ...».

En la medida en que, entre esos Tratados se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1968 y el Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, el modelo de proceso que se desprende de los respectivos preceptos de esos textos internacionales pasan a integrar, en virtud de aquel reenvío constitucional, Derecho interno hondureño.

2. Proceso jurisdiccional y juicio oral.

Como queda expuesto, el proceso jurisdiccional penal constituye la institución jurídica mediante la cual se decide irrevocablemente, con arreglo a Derecho, un conflicto surgido al enfrentarse una parte, que pretende la imposición de una pena a una persona, a quien se acusa de ser responsable penalmente de un delito o falta, y la oposición de la persona acusada⁴.

El juicio oral, identificado con el debate contradictorio entre la acusación y la Defensa de la persona acusada, se identifica, pues, con el proceso jurisdiccional penal.

El artículo 254 del Código Procesal Penal (en adelante, y abreviadamente, CPP) parece compartir esta perspectiva al disponer: «... El proceso de investigación y juzgamiento de los delitos constará de las siguientes fases:

- a) Etapa preparatoria;
- b) Etapa intermedia; y
- c) Debate o juicio oral y público. ...».

3. La función instrumental de las etapas preparatoria e intermedia del procedimiento penal.

Las etapas antecedentes al debate o juicio oral no son, ni constituyen propiamente, «proceso», aunque lo preparen, procurando que las futuras partes procesales puedan adquirir la información necesaria (de ahí la denominación clásica de «instrucción») para decidir, las legitimadas como acusadoras, si es oportuno plantear la pretensión punitiva y, consecuentemente, interesar la apertura del juicio oral, extremo que habrá de resolverse judicialmente, valorando si concurren «buenas razones» para ello⁵.

En esas etapas previas, en efecto, se desarrolla una actividad que no es propiamente jurisdiccional, aunque haya de ajustarse a un procedimiento legalmente establecido. Durante ella, no se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, sino que, se insiste, se trata de conseguir información sobre lo ocurrido, y discernir si es razonable la incoación del proceso propiamente dicho. Toda esa actividad anterior al juicio o debate sólo puede calificarse de procesal⁶ por referencia a una acepción de proceso penal que lo identifica con el *fenómeno procesal penal*, comprensivo del proceso penal en sentido estricto y de sus etapas preparatorias⁷.

La actividad preprocesal de instrucción, existe en todos los procesos, pero en el penal adquiere una singularidad que la diferencia de todos los demás⁸.

En la *Exposición de Motivos* del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica se explica muy bien esa singularidad, sintetizando una opinión compartida por un buen

número de autorizados especialistas (el profesor Serra Domínguez puede servir de ejemplo):

«... La instrucción preparatoria es ... un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación. El Estado, a quien le está confiada la persecución penal por regla, es un extraño al conflicto social en el que reside el caso penal. Desde que se atribuyó para sí no sólo la tarea de decidir los conflictos jurídicos, sino que también asumió, en materia penal, la labora de perseguir los delitos llamados de acción pública, tuvo necesidad, como extraño al conflicto por definición, de informarse acerca de él, para preparar su propia demanda de justicia, esto es, su decisión acerca de la promoción del juicio. Tal característica distancia al procedimiento penal de los procedimientos utilizados para resolver conflictos jurídicos privados, pues en ellos, de ordinario, quien persigue judicialmente es uno de los protagonistas del conflicto, por tanto lo conoce y ha tenido ocasión de precaverse de los elementos de convicción para fundar su demanda. ...».

Pero hay más: «... [La] utilización del poder público en la investigación de los hechos provoca el temor fundado de su uso arbitrario, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la preparación de una demanda fundada en un conflicto jurídico privado, no genera ese temor, pues la persona privada carece de la posibilidad de utilizar directamente la fuerza del aparato estatal. Esta es, precisamente, la razón por la cual, en el procedimiento penal, se incluye, como período procesal y objeto de regulación, la preparación de la acción pública, pues tal regulación contiene, a la vez, el poder acordado y sus límites. ...».

El período intermedio, de discutida autonomía conceptual, desempeña sustancialmente una función crítica del resultado de la investigación preliminar, y de valoración de la *razonabilidad* de la apertura del juicio oral, comprobando la formalización de la acusación por parte legitimada para ello y la existencia de buenas razones para darle curso y abrir el juicio o debate.

5. El significado de la oralidad.

El proceso puede ser concebido como el marco escénico para la presentación y comprensión del caso⁹; y los protagonistas del drama procesal se comunican entre sí, y pueden comunicar a los cada vez más amplios «auditorios»¹⁰ (desde las personas presentes en la sala de justicia a los más recónditos lugares de la *aldea global*, a través de los medios de comunicación) por medio del lenguaje oral, entendido en un sentido amplio que incluye el denominado «lenguaje no verbal», esto es, la «expresión corporal», el conjunto de gestos y actitudes corporales que acompañan a la emisión de las palabras por el sujeto, y que tanta importancia tiene como parte del mensaje comunicativo¹¹.

La elección entre las formas oral y escrita del lenguaje tiene una importancia decisiva para la construcción del modelo *formal* de juicio. «... En nuestra opinión -escribe Montero Aroca- todo el problema del procedimiento puede resumirse en dos

principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, intermediación, concentración y publicidad. ...»¹². James Goldschmidt explica: «... Donde el principio de la oralidad tiene vigor, ... el principio del “audiatur et altera pars” [o de audiencia bilateral], cuya observancia es el mínimum de una configuración acusatoria del proceso, conduce al principio de la contradicción, es decir, a la audiencia de las alegaciones mutuas de las partes en forma de un “juicio oral”. La dificultad de retener lo hablado en la memoria conduce además al principio de concentración, o «unidad de acto», que requiere condensar el juicio oral en una o varias sesiones consecutivas. ...»¹³.

Desde luego, la expresión oral demanda la intermediación y también la concentración y la continuidad de la actividad procesal. El mensaje comunicativo oral sólo puede ser adecuadamente percibido por su destinatario si está presente al tiempo de su emisión; y, si ha de conservarse íntegra y fielmente el recuerdo de la sucesión de actos que integran el juicio oral, será imprescindible su concentración en una audiencia o en una pluralidad de ellas separadas entre sí por el menor tiempo posible, lo que pone de relieve la conexión que media entre oralidad.

Los procesalistas han destacado, desde siempre, la íntima relación que existe entre la oralidad y la intermediación. De estas forzosas «compañeras de viaje» (en afortunada calificación de Klein-Engel¹⁴), ha podido escribir el profesor Fairén que son «...dos aspectos de la misma "cosa", o se hallan en interdependencia como dos cuerpos de igual raíz, de tal modo que, si uno de ellos se marchita, el otro también lo hace...»¹⁵.

La relación entre publicidad y oralidad resulta menos clara, pese a contar con el precedente de Montesquieu¹⁶. La posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada constituye la mejor demostración de la endeblez de la afirmada rigidez de ese recíproco condicionamiento. Cuestión distinta es que históricamente hayan ido de la mano las pautas de publicidad y oralidad.

Es frecuente invocar la configuración que, de la pareja conceptual oralidad/escritura, hace Goldschmidt: «... se entiende por oralidad del procedimiento el principio de que la resolución judicial puede basarse sólo en el material procesal proferido oralmente ...»; «... el contrario del principio de la oralidad se representa por el de la escritura, con arreglo al cual la resolución judicial ha de basarse sólo en el material procesal depuesto por escrito en los autos ...»¹⁷

Actualmente parece existir cierto consenso, entre la doctrina especializada, acerca de dos extremos.

En su relación general, presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en Pescara, del 29 de Agosto al 5 de Septiembre de 1970), el profesor Cappelletti, aseguraba: «...Unánime es, por parte de los relatores, la exclusión, en la fase actual de la civilización humana, de un sistema

procesal en el cual la forma oral domine en su absoluta pureza. Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales: y de ahí que el problema de la oralidad y de la escritura se indica con frecuencia como un problema de predominio, o de coordinación, no de total exclusión...»¹⁸.

Por otra parte, para calificar un modelo procedimental como oral o escrito, se atiende a su contemplación como estructura total, más que a una de sus fases concretas (las alegaciones, la prueba...), y se insiste en la íntima relación que guardan oralidad, intermediación y concentración, como principios interdependientes.

La oralidad se incluye como una de las pautas organizativas del procedimiento penal¹⁹ ya en el primer artículo del Código Procesal Penal. Llorente Fernández de la Reguera la conecta ingeniosamente con el artículo 94 de la Constitución²⁰, pues en él se prohíbe imponer pena alguna a alguien «... sin haber sido oído y vencido en juicio ...», y la «audiencia» preceptiva demanda la oralidad. Orales serán las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate (artículo 302 CPP), sin perjuicio de su conservación por escrito o por cualquier otro medio. Las actuaciones investigadoras consistentes en declaraciones del imputado o de testigos-salvo excepciones por imposibilidad del declarante- serán igualmente orales (artículos 125 y 130 CPP), igualmente sin perjuicio de su documentación para constancia futura (artículo 131 CPP). La oralidad se ha extendido, al menos parcialmente, al período intermedio -tradicionalmente dominado por la pauta de escritura- como consecuencia de la introducción de la audiencia inicial que regulan los artículos 300 y 301 CPP; y a la fase de sentencia. En efecto, al margen la lectura de la absolutoria, si el fallo fuese condenatorio, una vez concluida la deliberación y votación, «... el Tribunal de Sentencia regresará al salón de debates y el Presidente explicará en voz alta y con palabras sencillas y claras, que se ha tomado la decisión de condenar al imputado ...» (artículo 342.2 CPP²¹), abriéndose una audiencia, también oral, para la determinación de la pena (artículo 343 CPP), extremo que resolverá el Tribunal en su sentencia.

6. El desarrollo del juicio oral.

El juicio oral se desarrolla en tres etapas.

La primera de ellas sirve de preparación del debate y se desglosa, a su vez, en dos fases.

Mirando al pasado para facilitar el futuro, trata, ante todo, de sanear el debate, purgándolo de posibles vicios o defectos procesales que pudieran entorpecerlo posteriormente, y aun dar al traste con la eficacia del proceso, si se advirtieran sólo en el momento de la sentencia.

Esta subfase inicial se centra en una audiencia que ha de versar sobre la superveniencia o advertencia sobrevenida de causas de recusación, excepciones o nulidades (artículo 316 CPP)²².

A ella sucede otra, funcionalmente volcada al futuro, de proposición de prueba para el debate, regulada por el artículo 317 CPP. Las partes procesales han de proponer previamente a la apertura del debate las pruebas de que intenten valerse en él. Ello permite, desde luego, que el tribunal se pronuncie sobre su admisibilidad y tome las medidas encaminadas a hacer posible su práctica, pero a la vez desempeña una importante función de cara al logro de un mayor grado de igualdad de armas entre las partes²³.

La tercera fase se encamina al señalamiento de fecha y hora para debate y convocatoria consiguiente de las partes, peritos y testigos, así como la adopción de las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público (artículo 318 CPP).

N O T A S

1

«... [No] es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados ...»

2

Véanse, como muestra, los siguientes párrafos:

«... Lo peor de todo es que en él [en el sumario] no se da intervención alguna al inculpado; que el Juez que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia, con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción ... [y que delega] la práctica de muchas diligencias en el Escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta bien el pensamiento ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno, por grande que sea su celo y recta su voluntad; que, por naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que puedan favorecerle ...»

3

La expresión, utilizada por la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, proviene de las «Instituciones ...» de Coke, en 1669, y, antes

aún, del artículo 29 de la «*Magna Charta*», que prohibía el castigo de cualquier «*liber homo*», sino en virtud de «legal juicio de sus iguales» o de «la ley del país» («... *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terræ ...*»)

4

En el mismo procedimiento se pueden acumular la pretensión de imposición (cumulativa o sustitutiva) de una medida de seguridad, y la pretensión resarcitoria, que demanda la indemnización de los daños y perjuicios causados por el hecho constitutivo de la infracción penal.

5

Serra Domínguez, M., «La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XIII, Seix, Barcelona, 1967, págs. 115 y ss.; recogido en sus «Estudios de Derecho Procesal», Ariel, Barcelona, 1969, págs. 716 y ss.

6

Identificando «procesal» y «jurisdiccional», en cuando el proceso en «*processus iudicii*», proceso jurisdiccional.

7

En el artículo 254 CPP se utiliza esa acepción más comprensiva, al aludir al «... proceso de investigación y juzgamiento ...». Al proceso de juzgamiento precedería el «proceso de investigación» («de persecución», en la terminología de Pastor López, M., «El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal», Universidad de Valencia, Secretaria de Publicaciones, Valencia, 1979). Esta acepción amplia -que enlaza con un entendimiento del proceso como institución jurídica que tiene por objeto la resolución sobre pretensiones de parte (como ejemplo significativo en la bibliografía en lengua española, Guasp, J., «Derecho Procesal Civil», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968)- configuraría estas fases o etapas previas como «procesos de facilitación» del declarativo, centrado en el debate o juicio oral.

8

Serra Domínguez, M., «La instrucción ...» cit. págs. 717-718

9

Hassemer, W., «Fundamentos del Derecho Penal», Bosch, Barcelona, 1984

10

Se utiliza la expresión en el sentido de Perelmann, Ch., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Civitas, Madrid, 1979.

11

La idea no es nueva. Ferrajoli, L. («Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995, pág. 689) transcribe estas palabras de Pagano, F.M.

(«Considerazioni sul processo criminale», Nápoles, 1799, págs. 105-106), realmente ilustrativas: «... La escritura, como muy bien dice Sócrates ante Platón, está muerta; no nos habla más que por una parte, es decir, por medio de aquellas ideas que con sus signos nos comunica en el espíritu ... En la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras distintas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en éstas. La lengua muda, la elocuencia del cuerpo, por usar la frase de Tulio, como más interesante es también más verídica que las palabras y la verdad se puede esconder menos. Todos los signos enunciados se pierden en la muda escritura, faltando al juez los más claros y ciertos argumentos. ...»

12

Montero Aroca, J., «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», en «Justicia 83», 1983, II, pág. 267

13

Goldschmidt, J., «Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935», Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935, págs. 84-85

14

Klein-Engel, «Der Zivilprozess Osterreichs», Berlin-Leipzig-Manheim, 1927, pág. 220

15

«Principios ...» cit., pág. 559, con cita de Klein-Engel

16

En el capítulo XXXIV («De cómo el procedimiento llegó a ser secreto») del Libro XXVIII de «Del espíritu de las Leyes», Porrúa, México, 1973, págs. 339-340

17

Goldschmidt, J., «Problemas jurídicos y políticos ...» cit., págs. 84-85; también Prieto-Castro,

18

«Proceso oral y proceso escrito», en Cappelletti, M., «La oralidad y las pruebas en el proceso civil», EJEa, Buenos Aires, 1972, págs. 11-12

19

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en «Código Procesal Penal comentado (Honduras)», Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Cooperación Española/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, pág. 494; Fortín Aguilar, M.A., Comentario al artículo 310, Ibidem, pág. 507

20

Loc. cit., pág. 494

21

El valor pedagógico de este acto no ha sido suficientemente advertido en los comentarios de alcance: véase Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, J., Comentario al artículo 342, en «Código Procesal Penal Comentado (Honduras)» cit., pág. 574

22

Por aplicación del principio de preclusión, las demás, anteriores y conocidas anteriormente, habrán quedado subsanadas.

23

Tal es la función que desempeña el «*discovery of the evidence*» en el proceso norteamericano (reglas 12 y 16 de las «*Federal Rules of the Criminal Procedure*») complementario -porque es bidireccional- del deber de «*disclosure of the evidence*» en beneficio de la Defensa; trasplantado al Código italiano de Procedimiento Penal de 1988: Díaz Cabiale, loc. cit., pág. 195. En la Sentencia que, en 1970, resolvió el caso *Williams contra Florida*, el Tribunal Supremo norteamericano entendió que el proceso no era como el juego de poker, en que cada juzgador puede reservarse el conocimiento de las propias cartas para jugarlas en el momento para él más conveniente.

LECCIÓN 9: LA PREPARACIÓN DEL JUICIO. SEÑALAMIENTOS, CITACIONES, OTRAS CUESTIONES DE OFICINA. JUICIOS COMPLEJOS.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L. (Autores Coordinadores), «Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004.

Fortín Aguilar, M.A., Comentarios a los artículos 304 a 334, en Palacios & Fernández, 2000, págs. 502 y ss.

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios & Fernández, 2000, páginas 490 y ss.

Palacios Mejía, J.M., y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000

Pericot Canaleta, I., «Análisis del espacio de un tribunal de justicia», en «El juicio oral», Consejo General del Poder Judicial, y Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1994, págs. 97 y ss.

Picó i Junoy, J., «Las garantías constitucionales del proceso», Bosch, Barcelona, 1997

Introducción. El desarrollo del juicio oral.

El juicio oral se desarrolla en tres etapas.

La primera de ellas sirve de preparación del debate y se desglosa, a su vez, en dos fases.

Mirando al pasado para facilitar el futuro, trata, ante todo, de sanear el debate, purgándolo de posibles vicios o defectos procesales que pudieran entorpecerlo posteriormente, y aun dar al traste con la eficacia del proceso, si se advirtieran sólo en el momento de la sentencia.

Esta subfase inicial se centra en una audiencia que ha de versar sobre la superveniencia o advertencia sobrevenida de causas de recusación, excepciones o nulidades (artículo 316 CPP)¹.

A ella sucede otra, funcionalmente volcada al futuro, de proposición de prueba para el debate, regulada por el artículo 317 CPP. Las partes procesales han de proponer previamente a la apertura del debate las pruebas de que intenten valerse en él. Ello permite, desde luego, que el tribunal se pronuncie sobre su admisibilidad y tome las medidas encaminadas a hacer posible su práctica, pero a la vez desempeña una importante función de cara al logro de un mayor grado de igualdad de armas entre las partes².

La tercera fase se encamina al señalamiento de fecha y hora para debate y convocatoria consiguiente de las partes, peritos y testigos, así como la adopción de las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público (artículo 318 CPP).

1. Preparación del debate.

1.1. Actuaciones que sirven de nexo entre la etapa intermedia y la de debate.

En la audiencia preliminar las partes legitimadas como acusadoras (el Ministerio Público y, en su caso, el Acusador Privado) podrán, como alternativa al sobreseimiento provisional o definitivo, formular acusación; un acto procesal que recuerda la demanda en el proceso civil sin equivalerla³. Si la Defensa muestra su oposición, el Juez de Letras -si considera que hay méritos para ello- dictará **auto de apertura del juicio oral**.

En el artículo 302 CPP se establece el contenido de esta resolución. En él se incluyen

[a] **el emplazamiento a las partes** para que, en el plazo común de cinco (5) días, contados a partir de la última notificación, más el que corresponda por la distancia, en su caso, se personen **ante el Tribunal de Sentencia** e indiquen la dirección exacta

para hacer notificaciones; y

[b] la orden de remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia competente.

Con arreglo al artículo 303 CPP, notificado el auto de apertura a juicio, el Secretario remitirá a la sede del Tribunal de Sentencia, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, las actuaciones y la documentación.

[c] Objetos secuestrados y piezas de convicción.

En cuanto a los objetos secuestrados que las partes hayan designado en sus escritos de acusación y defensa como piezas de convicción, los pondrá a la orden del Tribunal, indicándole el lugar en que se encuentren, o la persona o institución que los tenga en depósito, a quienes también deberá hacerlo saber (artículo 303 CPP).

[c] Paso de las personas privadas cautelarmente de libertad, a disposición del Tribunal de Sentencia.

El Juez de Letras, en su caso, también pondrá a los detenidos (ha de entenderse: a los privados cautelarmente de libertad) a disposición del Tribunal de Sentencia (artículo 302 CPP).

1.2. Saneamiento del debate.

Ayarragaray se refiere al «principio de inmaculación» como al ideal de desarrollo del proceso libre de máculas y ficciones que podrían producir la ineficacia de todo lo actuado por vicios de procedibilidad, impidiendo resolver el fondo del conflicto⁴.

El «principio de saneamiento» constituye una técnica de profilaxis de esas deficiencias. Lozano-Higero Pinto y Marchena Gómez lo definen como «... aquél que postula que el proceso ha de desarrollarse libre de vicios, irregularidades, óbices, efectos, máculas o anomalías que impidan, obsten o dificulten su regular desenvolvimiento y el pronto y eficaz pronunciamiento judicial sobre el fondo y, a tal fin, se configura como una pauta procesal constitutiva de una facultad-deber de dirección procesal para el juez y de carga-sanción para las partes en su quehacer procesal. ...».

Muy relacionado con los principios de economía procesal y de preclusión, actúa en un doble frente, pues permite, preventivamente, corregir el defecto al tiempo mismo de cometerse (perspectiva de inmaculación) y, sanatoriamente (de ahí, la denominación principio de saneamiento), purgar sus consecuencias una vez producido y evitar su propagación futura⁵.

1.2.1. Manifestaciones del saneamiento.

El principio de saneamiento se inserta al comienzo mismo de la etapa de preparación

del debate, justificando la celebración de la audiencia saneadora prevista por el artículo 316 CPP⁶; y, más tarde, en ese turno de intervenciones, una vez abierto el debate, que, a modo de audiencia preliminar a él, establece el artículo 320 CPP⁷.

1.2.2. La audiencia saneadora.

El artículo 316 CPP (Preparación del debate) establece: «... Recibidas las actuaciones a que se refiere el artículo 303, el Tribunal citará a las partes a fin de que, dentro de los diez (10) días siguientes, examinen las diligencias y planteen, en su caso, las recusaciones, excepciones o nulidades basadas en hechos nuevos a que haya lugar. Tales cuestiones serán resueltas por el Tribunal en audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación. En dicha audiencia se presentarán y ejecutarán las pruebas que se relacionen con la recusación.

El recusado será sustituido con arreglo a las disposiciones de este Código. ...»

1.2.2.1. Objeto de la audiencia preparatoria saneadora.

De acuerdo con lo previsto por el artículo transcrito, será el saneamiento de posibles obstáculos procesales referidos a

[a] recusaciones;

[b] excepciones;

[c] nulidades, siempre que se funden en hechos nuevos, esto es, sobrevenidos con posterioridad al auto de apertura del juicio oral, o con anterioridad a él, pero conocidos con anterioridad (artículo 167.4 CPP).

1.2.2.2. Dinámica de la audiencia preparatoria saneadora.

[a] Presentación de las cuestiones a debatir en la audiencia.

Se podrá hacer por las partes, dentro de los diez días concedidos por el Tribunal de Sentencia para instrucción de las actuaciones remitidas por el Juez de Letras.

[b] Fecha de la audiencia saneadora.

La fijará el Tribunal dentro de los diez días siguientes a la fecha de presentación.

Puesto que, hasta que transcurran los diez días para instrucción, cualquiera de las partes podrá recusar, oponer excepciones o denunciar causas de nulidad, el término inicial de esos diez días dentro de los que ha fijarse la celebración de la audiencia coincidirá con el final del término de proposición de cuestiones.⁸

[d] Contenido de la audiencia saneadora.

De conformidad con el tenor de lo establecido en el artículo transcrito, en dicha audiencia se presentarán y ejecutarán las pruebas que se relacionen con la recusación.

Aunque el tenor literal del párrafo sólo se refiera (incomprensiblemente) a la recusación, lo dispuesto en él habrá de entenderse trasladable a los demás temas que pueden constituir objeto de debate en la audiencia saneadora. Tal vez inconscientemente, al redactar este párrafo se presuponía que ésta habría de ser la causa más frecuente de las de posible alegación y la que pudiera dar lugar a una prueba más abundante y compleja.

[e] Resolución de las cuestiones.

Aun cuando no se disponga expresamente en el artículo 316, las resolverá el Tribunal en la misma audiencia.

Conviene recordar que en la audiencia saneadora se pueden plantear:

[a] recusaciones;

[b] excepciones; o

[c] nulidades.

El artículo 46 CPP enumera, con carácter taxativo, las excepciones admisibles en el procedimiento penal, a saber:

1) La incompetencia;

2) La falta de acción, cuando no haya debido promover o cuando no pueda proseguirse; y,

3) La extinción de la acción penal.

[e.1] La excepción de incompetencia.

En caso de admitirse la excepción de incompetencia, una vez firme la resolución que la declare, el órgano jurisdiccional -de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 CPP- «... remitirá de oficio los antecedentes al que se considere

competente y pondrá a su disposición las correspondientes pruebas o piezas de convicción. Lo anterior, no obstará para que adopte las medidas que considere urgentes y necesarias para la buena marcha del juicio. En caso de existir múltiple y simultánea persecución penal, se actuará de acuerdo con las normas que regulan las cuestiones de competencia. ...».

Una vez establecido el tribunal competente y recibidas por éste las actuaciones, convocará a las partes para nueva audiencia saneadora, en la que podrán proponerse las demás cuestiones propias de este trámite⁹.

[e.2] La excepción de extinción de la acción penal.

La declaración de extinción de la acción penal provoca el sobreseimiento definitivo del procedimiento.

Así lo establece el artículo 296 CPP: «... Se dictará sobreseimiento definitivo cuando: ...

3) Se ha extinguido la acción penal. ...»¹⁰.

El procedimiento concluye definitivamente en este estado.

Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 43 CPP, si fueren varias las personas imputadas, la extinción de la acción penal producirá sus efectos en forma individualizada para cada una de ellas.

En estos casos **puede ocurrir que la acción se declare extinguida sólo respecto de alguna de las partes acusadas, continuando el procedimiento para el resto.**

La declaración de falta de legitimación del Ministerio Fiscal o de la persona física o jurídica que hasta entonces había intervenido como acusador particular, puede producir efectos distintos según los casos.

[e.3] La excepción de falta de legitimación.

La falta de legitimación del Ministerio Fiscal, por no haber instado la iniciación del procedimiento la parte ofendida cuando ésta sea requisito de procedibilidad de acuerdo con el artículo 26 CPP, o porque se de un delito de los llamados procesalmente «*de acción privada*», enumerados en el artículo 27 CPP, **dará lugar a la declaración de nulidad de las actuaciones precedentes** (tal como dispone el numeral 2 del artículo 166 CPP) **y**, a falta de disposición que regule expresamente el caso, **a que se acuerde el sobreseimiento provisional**, aplicando, por analogía, lo dispuesto por el artículo 295 CPP, ya que siempre cabrá la posibilidad de que la parte ofendida inste la persecución, en el primer caso, o ejercite la acción penal, en el segundo, siempre que el delito no haya prescrito¹¹.

Si concurre una pluralidad de partes acusadoras, y sólo alguna de ellas carece de legitimación, se declarará así, excluyéndola del proceso, que continuará con intervención de las demás.

[e.4] La objeción de nulidad de actuaciones.

La declaración de nulidad tendrá diferentes efectos según los casos.

Si la nulidad afecta a la eficacia del procedimiento o de alguna de sus fases o etapas, se retrotraerá al momento procesal en que concurrió el vicio invalidante, para su posible subsanación¹².

El artículo 171.2 CPP establece los límites de la retroacción por causa de nulidad: «... Salvo los casos expresamente previstos por este Código, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, bajo pretexto de renovación del acto, de rectificación del error o cumplimiento del acto omitido. ...».

Consecuentemente, **la declaración de nulidad de uno o más actos procesales no podrá extenderse a los practicados en períodos anteriores.** Teniendo en cuenta que el de debate se inicia precisamente con esta audiencia saneadora, el alcance de las denuncias de vicios determinantes de la ineficacia de los actos en que concurren será, en la práctica, muy limitada, al no poder extenderse a la etapa intermedia y menos aún a la preparatoria¹³.

El artículo 171.1 CPP (Saneamiento) dispone: «... Los defectos deberán ser saneados de oficio¹⁴ o a instancia del interesado siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido. ...».

Recuérdese que, si, subsanado el acto, el resto de la actividad procedimental posterior se hubiera mantenido igual, el propio tribunal dispondrá lo oportuno para promover la subsanación, evitando una retroacción que sólo significaría un inútil rodeo («*circuitus inutilis*») para regresar al mismo punto del procedimiento¹⁵.

[e.5] La recusación.

El procedimiento se suspende en tanto se resuelve la recusación propuesta.

Si se admite la recusación, el recusado será sustituido por quien legalmente corresponda, integrándose de este modo el tribunal que conocerá del debate.

1.3. Audiencia para proposición de prueba.

En el artículo 317 CPP (Proposición de prueba para el debate) se lee:

«... Inmediatamente después de vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior o

de quedar integrado el Tribunal después de que haya sido declarada con lugar una recusación o firme la resolución que deniegue las recusaciones, nulidades o excepciones que se hayan presentado, el Presidente del Tribunal señalará audiencia, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes, para que las partes presenten la lista de los testigos y peritos con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta y señalarán los hechos sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate.

En la misma audiencia propondrán, asimismo, los documentos y demás medios que sirvan para probar las pretensiones deducidas en el juicio y señalarán, en su caso, el lugar en que se encuentran.

Los medios de prueba serán propuestos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar.

Después de la proposición de las pruebas y de oír las alegaciones que al respecto hagan las partes, en la misma audiencia o dentro del plazo de tres (3) días, el Tribunal resolverá por auto motivado sobre la admisión de aquellas. Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

1.3.1. Plazo para la celebración de la audiencia.

Será de **diez días como máximo**.

1.3.2. Fecha del cómputo inicial para la celebración de la audiencia.

[a] Si las partes no han planteado ninguna cuestión que deba resolverse en la audiencia saneadora, inmediatamente después de vencido el plazo de diez días establecido legalmente para su proposición.

[b] Si se ha declarado procedente una recusación, a partir del día siguiente a aquél en que quede integrado el Tribunal.

[c] Si se ha declarado la ineficacia subsanable de un acto procesal, desde el día inmediatamente siguiente a aquél en que quede subsanada.

[d] Si no se estima ninguna de las objeciones planteadas, a partir del día inmediatamente siguiente a aquél en que quedó firme la resolución que deniegue las recusaciones, nulidades o excepciones que se hayan presentado¹⁶.

1.3.3. Proposición de prueba.

[a] Proposición en la audiencia.

[a.1] Proposición en sentido estricto.

Las partes, en la audiencia, propondrán las pruebas que consideren oportunas para sustentar sus respectivas versiones de los hechos y la procedencia del tratamiento jurídico que estimen procedente.

Si propusieren prueba testifical o pericial, deberán presentar la lista de los testigos y peritos con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta.

La exigencia de estos requisitos persigue la certidumbre de la identidad de los testigos y peritos propuestos así como la posibilidad de su rápida localización para proceder a su citación. Ha de interpretarse de acuerdo con la realidad social del país. En ocasiones, puede ser más fácil la comunicación con una persona proporcionando el apodo por el que es conocido en el lugar de su residencia. La profesión u oficio pueden ser, en ocasiones, el único dato que permita la identificación (por ejemplo, el Médico Director de un concreto centro hospitalario en el que fue atendida la víctima) y, en otras, absolutamente prescindible. La *exactitud* de la dirección del citando ha de entenderse en términos flexibles. Se comprende fácilmente que no puede ser el mismo el grado de concreción de la residencia de una persona que vive en una colonia urbana, cuyas viviendas están numeradas, que el de otra que habita en una zona urbana desorganizada o en un medio rural. En definitiva, sobre la parte proponente pesa la carga de facilitar las indicaciones precisas para que el testigo o el perito puedan ser oportunamente citados a juicio.

Señalarán, además, los hechos¹⁷ sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate. De este modo se evitará que sean citados peritos y, sobre todo, testigos innecesarios, que sólo sirvan para incrementar el costo del proceso y dilatar su conclusión.

En la misma audiencia propondrán, asimismo, los documentos y demás medios que sirvan para probar las pretensiones deducidas en el juicio y señalarán, en su caso, el lugar en que se encuentran.

Los medios de prueba serán propuestos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar¹⁸.

Como hacer ver Fortín Aguilar¹⁹, los requisitos exigidos para la proposición de la prueba facilitarán considerablemente la labor crítica del Tribunal de Sentencia.

[a.2] Alegaciones de las partes.

Después de la proposición de las pruebas, las partes tendrán, dentro de la misma audiencia, la oportunidad de explicar la pertinencia, utilidad y proporcionalidad de los medios probatorios respectivamente propuestos así como su relación con los hechos debatidos.

[b] Plazo complementario para hacer alegaciones.

Concluida la audiencia, las partes tendrán todavía un plazo de tres días para hacer alegaciones y nada impide que lo aprovechen para subsanar omisiones padecidas al proponer los medios de prueba. Podrán, pues, completar las menciones de identidad y domicilio de testigos y peritos; o designar el lugar donde se encuentran los documentos propuestos en la audiencia que pretenden utilizar como prueba²⁰.

1.3.4. Fijación judicial de las pruebas admisibles.

Transcurrido ese plazo de tres días, el Tribunal resolverá por auto motivado sobre la admisión de aquellas. Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

5.2.4.1. Forma de la resolución.

Habrá de adoptar la de **auto motivado**.

Todo auto ha de serlo, de manera que el adjetivo sugiere que el tribunal ha de explicar no tanto las razones por las que admite una prueba determinada (a menos que se haya suscitado discrepancia entre las partes) sino las que justifican su inadmisión, indicando su causa en el caso concreto, de modo que no basta disponer que se rechaza una prueba «por impertinente», «por inútil», «por desproporcionada», «por ilícitamente obtenida», sino que habrá que explicar el motivo de su descalificación como tales.

1.3.4.1. Los parámetros del juicio de admisibilidad de la prueba.

Hay que distinguir dos tipos de problemas. En primer lugar, si el medio de prueba propuesto es admisible en nuestro sistema procesal penal. En caso afirmativo, habrá que discernir si, desde el punto de vista del caso enjuiciado, es también admisible porque ha sido legítimamente obtenido y es funcional para probar los hechos debatidos.

El tribunal ha de ser muy prudente a la hora de rechazar medios de prueba propuestos por las partes, porque su inadmisión compromete el derecho constitucional a la defensa que es «*inviolable*» (artículos 82 CH y 14 CPP).

En muchas ocasiones, sólo se podrá demostrar la utilidad de una prueba después de que haya tenido lugar el debate, y sólo entonces se tendrá información cumplida de las circunstancias en que se obtuvo, permitiendo concluir si lo fue

legítima o ilegítimamente.

El artículo 199 CPP exige que el rechazo de una prueba por desproporcionalidad sólo proceda cuando sea «*manifiestamente*» excesiva para la consecución de su finalidad procesal; y, más radicalmente aún, el último párrafo del artículo 317 CPP exige, para que el tribunal pueda inadmitir las pruebas, han de ser éstas «... *manifiestamente* impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

Por todo ello, **en caso de duda, el tribunal admitirá la prueba propuesta, sin perjuicio del valor que pueda atribuirle en su sentencia.**

[a] Admisibilidad del medio de prueba genérico. El principio de irrestrictividad de los medios de prueba utilizables y el canon de la confiabilidad científica de los atípicos.

A estos efectos resulta fundamental el artículo 199 CPP (epigrafiado *Medios de prueba permitidos*).

Frente al principio de taxatividad de los medios utilizables para probar las alegaciones de las partes, el primer párrafo del artículo citado establece que los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso, «... podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables.

«En lo no previsto en este Código se estará a lo dispuesto en las normas que regulen el medio de prueba que más se asemeje...».

Por tanto, cabrá proponer un medio de prueba *atípico*, no específicamente mencionado y regulado como tal en el Código Procesal Penal, siempre que sea objetivamente confiable, o lo que es lo mismo, que reúna condiciones para lograr una certidumbre científica sobre la realidad o irrealdad del hecho litigioso o sobre alguno de sus extremos.

En el Código Procesal Penal se regulan la prueba pericial, la testifical (con posibilidad de la práctica de careos), la documental (por su examen y lectura directos, o por la reproducción del contenidos de soportes de imagen, de sonido o mixtos: grabaciones y otros medios audiovisuales), el de percepción (o inspección) judicial directa de las piezas de convicción o de otros objetos o lugares y la reconstrucción de hechos. Realmente resulta difícil imaginar otros medios de prueba diferentes, que no se reduzcan a modalidades de los anteriores. En su caso, la laguna legal (falta de regulación específica) se colmará mediante la aplicación de las normas referidas al medio de prueba con el que guarde mayor analogía.

[b] Admisibilidad de un medio de prueba específico. Las pautas de legalidad y de funcionalidad.

«... Los medios de prueba serán admitidos sólo si son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación; resultan útiles para la averiguación de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir. ...». Así se dispone en el párrafo tercero del artículo 199 CPP, a propósito de la fase o etapa preparatoria.

Coincide con él lo establecido en el inciso segundo del artículo 317.4 CPP: «...Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

Se prevé, además, especialmente, que, «... [existiendo] testigos presenciales, y siendo posible su citación a juicio, su testimonio no podrá ser discutido por testigos de referencia. ...» (Artículo 317.5 CPP). Esta regla se corresponde con la explicable aprensión con que se mira el testimonio de referencia, en realidad testimonio de la información proporcionada por un testigo presencial.

[b.1] El juicio de pertinencia en sentido estricto.

El juicio de pertinencia -explica Fenech- tiene una doble dimensión.

En primer lugar, se ha de valorar la relación que guarda la prueba con el tema que es objeto del juicio; pero también habrá que tener en cuenta su capacidad o habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo.

Desde un primer punto de vista reclama lo que se denominaría pertinencia en sentido estricto, esto es, la relación del medio de prueba y de su objeto con el del debate en curso. Esta pertinencia en sentido estricto deriva, pues, de venir la prueba a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio.

En suma, **son impertinentes aquellos medios de prueba que no tengan relación con los hechos debatidos.**

[b.2] El juicio de utilidad o de pertinencia en sentido amplio.

La relevancia o utilidad, esto es, su capacidad para contribuir a averiguar los hechos investigados y las personas que hayan podido participar en ellos, es tratada como una dimensión de la pertinencia en sentido amplio.

Las partes -explica De Diego Díez- «... tienen la carga de indicar, al proponer los medios de prueba de que van a valerse, los hechos o circunstancias que con ellos

pretenden probar (art. 309 [más exactamente, 317] CPP). Es decir, tienen la carga de argumentar ante el Tribunal de Sentencia la pertinencia de la prueba...». ²¹

Son inútiles las que carecen de funcionalidad probatoria, ya sea porque no son aptas para verificar o desacreditar los hechos controvertidos, ya porque aquellos a que se refieren no precisan ser probados, como ocurre con los admitidos o los notorios.

[b.3] El juicio de proporcionalidad.

Más delicado es el juicio sobre la proporcionalidad de una prueba.

Puede ser descartada por desproporcionada aquella que no resulta imprescindible y puede ser sustituida por otra distinta, menos costosa o agresiva ²² o dilatoria, e igualmente eficaz.

En caso de objeción de una prueba por protesta de su ilicitud, el tribunal tendrá que valorar si la declaración de su inutilizabilidad procesal ha de implicar la de aquellas otras que se deriven necesariamente de ella ²³.

[b.4] El juicio de licitud.

El artículo 200 CPP establece: «... Pruebas prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información. ...».

Este juicio es de gran trascendencia porque puede determinar la inutilizabilidad procesal no sólo de la prueba viciada sino de aquellas que se deriven necesariamente de ella, de acuerdo con la denominada plásticamente doctrina «*de los frutos del árbol envenenado*» ²⁴.

1.4. Señalamiento de fecha y hora para el debate.

Esta materia aparece regulada por el artículo 310 CPP (Señalamiento de fecha y hora para el debate): «... Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución relativa a la admisión de las pruebas presentadas el Presidente del Tribunal de Sentencia fijará la fecha y la hora en que se iniciará el juicio oral y público. Dicha fecha deberá estar comprendida entre los diez (10) y los treinta (30) días siguientes. Excepcionalmente el Tribunal podrá prorrogar este plazo por auto motivado, por hasta quince (15) días más.

Instruirá, asimismo, al Secretario del Tribunal para que convoque a las partes a fin de

que se hagan presentes en la correspondiente audiencia, cite a los testigos y peritos, en su caso, y adopte las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público. ...».

Consecuentemente, la sucesión procedimental será la siguiente:

[a] Auto de admisión y rechazo de pruebas.

[b] Notificación a las partes

[c] (Dentro de los tres días siguientes a la última de ellas) Señalamiento de día y hora del inicio del debate:

[c.1] plazo:

[c.1.1] ordinario: entre los diez días y los treinta días siguientes

[c.1.2] extraordinario: prorrogable hasta cuarenta días (diez días más)²⁵.

[d] Instrucciones complementarias al Secretario del Tribunal.

[d.1] Citación de las partes y de sus Defensores (cuyo control le corresponde a tenor del artículo 137 CPP).

Será aplicable lo dispuesto por el artículo 154 CPP (Citaciones y emplazamientos):

«... Las partes en un proceso, así como, los testigos y peritos, serán citados y emplazados personalmente por el Receptor del órgano jurisdiccional y en su defecto, por el empleado a quien se le asigne esa función, la cual deberá desempeñar previa promesa de ley, adquiriendo uno a otro el carácter de ministro de fe público. Tales diligencias, excepto la notificación personal, se practicarán por medio de cédulas, a las que acompañarán la copia de la acusación o querrela en su caso. Inmediatamente después de efectuadas, pondrá razón de las mismas en los autos el funcionario judicial competente.

Cuando la citación o emplazamiento haya de hacerse por medio de comunicación, se acompañará la cédula correspondiente. ...».

[d.2] Adopción de las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público.

1.4.1. El lugar de la celebración del juicio oral y público.

El artículo 127 CPP dispone:

«... Las audiencias se llevarán a cabo ... en los lugares habilitados para tal fin por la Corte Suprema de Justicia o en los que señale el Tribunal de Sentencia, siempre que se hallen situados dentro de su jurisdicción, salvo si existe la posibilidad de que se provoque una grave alteración del orden público no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presente obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el tribunal lo estime prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometió el delito. En estos casos, el tribunal acondicionará una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio. ...».

1.4.1.1. El principio general de celebración del juicio oral en la sede del órgano jurisdiccional.

[a] El juicio oral se celebrará, como regla general, en la sede del Tribunal de Sentencia, y **en el lugar habilitado para tal fin por la Corte Suprema de Justicia.**

[b] Podrá tener lugar **en otro punto, que designe el Tribunal de Sentencia, dentro o fuera de la localidad donde tiene su sede, pero siempre** que se encuentre **dentro del espacio geográfico de su competencia territorial.**

Esta decisión se incluirá en la resolución en que se señale fecha y hora para el inicio de los debates, y deberá ser debidamente motivada.

Ha de tratarse de un local jurisdiccional o habilitado al efecto.

Fortín Pavón²⁶ entiende que, a diferencia de lo que se permite en algunos sistemas procesales penales centroamericanos (como el de Costa Rica), no es posible legalmente celebrar el juicio dentro de un recinto penitenciario, sin perjuicio de las medidas de seguridad que puedan adoptarse para evitar la fuga de la persona acusada o la producción de alteraciones del orden dentro o fuera de la Sala de Justicia.

1.4.1.2. La excepción por riesgo de alteración del orden público.

En el artículo 127 CPP se exceptiona, a la regla general de celebración en la sede del Tribunal de Sentencia, el caso de que exista la posibilidad de que se provoque una grave alteración del orden público o no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presenten obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

1.4.1.3. La excepción por razones de ejemplaridad.

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el tribunal lo estime prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometió el delito. En estos casos, el Tribunal acondicionará una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.

Nótese que, en este caso, la determinación del lugar del juicio y de su acondicionamiento no se encomienda al Secretario, sino al Tribunal de Sentencia, el cual tomará las medidas oportunas recabando de las autoridades locales el auxilio interinstitucional que precisen.

El tribunal tendrá que extremar la prudencia a la hora de tomar la decisión de trasladar la celebración del juicio al lugar de los hechos por razones de ejemplaridad, ponderando el incremento del peligro de trastorno del orden público que pueda llevar consigo.

Binder ha insistido en la función reductora de la violencia del conflicto que el Proceso lleva consigo. Sería perturbador que la celebración del juicio neutralizara esa importante función social. En la actualidad, una difusión intensificada de esa celebración y de una eventual sentencia condenatoria pueden producir un efecto equivalente de prevención general positiva (demostración de que el sistema penal funciona) y de intimidación o disuasión (*deterrence*) general.

1.4.2. La utilización de la *videoconferencia*.

Fortín Pavón²⁷ defiende la posibilidad de aplicar métodos de declaración de testigos o peritos mediante sistemas de transmisión simultánea de imagen y sonido («*videoconferencia*»), recabando el auxilio jurisdiccional interno o internacional, de modo que se garantice la identidad del declarante (perito o testigo), y la libertad y espontaneidad de la declaración.

En tal caso, sus manifestaciones podrían quedar registradas, además de por escrito, mediante cualquiera de los medios técnicos actualmente disponibles.

La utilización de esta forma de declaración no está prohibida legalmente, pero habrá de justificarse suficientemente su proporcionalidad y la imposibilidad o extraordinaria

dificultad que representarían la citación y la comparecencia personal del testigo o del perito en la sede del Tribunal de Sentencia.

La videoconferencia en el ámbito judicial no es sino una faceta más de la generalización progresiva de la videoconferencia entre los usuarios informáticos.

Se trata fundamentalmente de posibilitar la práctica *a distancia* de pruebas concretas ante un Tribunal presencial²⁸.

El escollo fundamental que ha de superar la aplicación de este medio reside en su posible contradicción con el fundamental principio procesal de inmediación, en la medida en que la imagen transmitida es menos rica, desde el punto de vista comunicativo, que la percibida directamente. Si se enfoca a corta distancia, los gestos faciales se reproducen con mayor detalle pero, en cambio, se pierde el resto del mensaje corporal. Un enfoque de la parte superior del cuerpo supone la pérdida de la no enfocada y una menor fidelidad del lenguaje gestual facial.

La videoconferencia, además, dificulta y retarda (siquiera mínimamente como consecuencia de la demora de transmisión) la participación dialéctica entre tribunal, partes e interviniente (acusado, testigo o perito).

Se objeta, en fin, que padece el principio de defensa, cuando se aplica para obviar la presencia del acusado en la Sala de Justicia, ya que, en tal caso, se dificulta extraordinariamente la comunicación entre el acusado y su Defensor. El *Abogado presencial* deja paso al *Abogado a distancia*.

Consecuentemente, **la utilización de la videoconferencia habrá de adoptarse por el tribunal ponderando cuidadosamente los intereses en colisión, mediante resolución motivada y previa audiencia de las partes.**²⁹

Se aprecia escasa resistencia a la aplicación de la videoconferencia a la práctica de la prueba testifical y de la pericial.

En cambio, es más discutida la posibilidad de que el acusado declare y asista a la celebración del debate mediante este procedimiento.

El Tribunal Supremo español tuvo que afrontar, en su **Sentencia 678/2005, de 16 de mayo, de la Sala Segunda (de lo Penal)** la protesta de los acusados recurrentes contra una sentencia condenatoria, dictada tras la **celebración de un Juicio en el que los acusados no se hallaban físicamente presentes en la Sala de Audiencia en la que éste se desarrollaba, sino, tan sólo, a través de una comunicación electrónica, de transmisión del sonido y la imagen, desde el Centro Penitenciario en el que se encontraban internados.**

Resulta de interés su examen porque **contiene un análisis de los problemas que**

suscita la utilización de la videoconferencia para proceder a la celebración del debate sin la presencia física del acusado.

El Tribunal que juzgó el caso en primera instancia justificó la utilización de la videoconferencia invocando razones de seguridad dada la alta peligrosidad de los sometidos a enjuiciamiento. Afirmó que, con ello, no se vulneraron los derechos fundamentales de los juzgados, con expresa alusión a los de tutela judicial efectiva y defensa, así como a los principios de legalidad, celebración en audiencia pública, contradicción e inmediación.

La Audiencia Provincial (equivalente a nuestro Tribunal de Sentencia) se extendió en otras argumentaciones de carácter más genérico, en relación con las facilidades y ventajas de todo orden que, según su criterio aporta a la práctica judicial esta nueva posibilidad de celebración de juicios, entre las que se encuentran las de evitación de molestias a las restantes personas obligadas a comparecer ante el Tribunal, y la de suspensiones del debate; la mejor organización de la tarea judicial e, incluso, el ahorro de los gastos motivados por el traslado de los acusados en situación de prisión preventiva.

La Audiencia apeló, en su apoyo, a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2002, en la que se abordó esta cuestión con juicio muy favorable, y a distintas disposiciones incluso de rango supranacional; por ejemplo:

«... La Administración de Justicia no puede quedar al margen del progreso con la introducción de técnicas que, por un lado, ahorran, a la larga, costes y, por otro, optimizan los resultados a obtener.

Las ventajas de este sistema están dirigidas a evitar la suspensión de juicios por los problemas que se pudieran derivar de los largos desplazamientos de los testigos, cuando con un punto de video en su lugar de origen se puede ahorrar el desplazamiento al declarar con otro sistema idéntico en el lugar de celebración del juicio.

Desde luego, a nivel personal de las personas y a nivel profesional por las horas de trabajo que evita perder, el hecho de que un particular evite desplazarse lejos de su ciudad y pueda declarar en el Palacio de Justicia de su propio domicilio perdiendo el menor tiempo posible contribuye a mejorar la imagen de la justicia que debe tener el ciudadano. Más aún en un momento en el que se está insistiendo en articular mecanismos que introduzcan en el ciudadano una mejor visión de la justicia por el cambio de imagen.

Planteada la pregunta de si es posible el uso de la videoconferencia con el actual sistema la respuesta debe ser positiva, aunque pudieran aparecer en principio algunas sombras derivadas de una forma de entender el proceso bajo un sistema en el que no existían las nuevas tecnologías.

Debemos avanzar en la implantación de sistemas que transmitan una mejora en la impartición de la justicia penal y el uso de la videoconferencia tiene múltiples ventajas. ...».

En definitiva, anota el Tribunal Supremo en su sentencia, se resumen las ventajas de este sistema, en relación específica con la intervención de los acusados mediante videoconferencia, de la siguiente manera:

- «Ahorro de costes por gastos derivados en el número de horas por los traslados de los presos a juicio... ..se reducen considerablemente los costes en medios materiales y personales derivados del empleo de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para realizar las conducciones» (esta última frase es cita literal de la referida Instrucción de la Fiscalía).

- «La mayor seguridad que se produce en evitación de fugas que podrían producirse a la hora de ejecutar la salida del establecimiento penitenciario.»

«... A continuación -sigue explicando la sentencia- se sostiene el absoluto respeto que, con esta fórmula, se mantiene en cuanto a los principios esenciales del procedimiento penal y los derechos fundamentales de los acusados, pues la declaración de éstos mediante el sistema de videoconferencia del que disponen tanto la Audiencia de Alicante como los Centros Penitenciarios de Fontcalent y Picassent, en los que se encuentran distribuidos, "...garantiza la seguridad en su celebración y produce idénticas garantías que si estuvieran físicamente en la Sala, habida cuenta que se desplazará a un fedatario judicial tanto al centro penitenciario de Fontcalent como al de Picassent, a fin de dar fe de que se recibe perfectamente la señal, imagen y sonido y que los acusados reciben y entienden perfectamente las preguntas que se les formulan, de tal manera que en la Sala el secretario judicial de la Sección 1ª da fe de que se recibe correctamente la imagen y sonido de los dos centros penitenciarios y de que las preguntas que se formulan son las que son contestadas por los acusados, produciéndose un perfecto ensamblaje entre ambos fedatarios judiciales.

El secretario judicial que está en el centro penitenciario da fe de la recepción concreta de las preguntas que le formula el Presidente del Tribunal, el Ministerio Fiscal y partes presentes en el acto, así como de las contestaciones que da a las preguntas formuladas que son cotejadas con la presencia al mismo tiempo del secretario judicial que está físicamente en la Sala.

Seguidamente se argumenta, con amplios razonamientos, el por qué no se pueden considerar vulnerados, los principios de oralidad, publicidad y contradicción, ni el derecho de defensa, concluyendo que "En consecuencia, se entiende que en el presente caso concurren razones excepcionales que aconsejan el uso de la videoconferencia en razón a las especiales circunstancias del juicio, delitos que se imputan por el Ministerio Fiscal y la larga lista de acusados e incluso testigos que se encuentran en prisión por otras causas que permiten el uso de la videoconferencia desde dos centros penitenciarios sustituyendo la presencia física en la sala con

sendos fedatarios judiciales. Además, se da cumplimiento a la motivación de su uso por medio de la presente resolución judicial.” ...».

A continuación, el Tribunal Supremo reflexiona de este modo: «... La primera conclusión que cabría extraer de las reflexiones vertidas por la Audiencia en sus Resoluciones a propósito de esta cuestión no es otra que la del por qué no se celebran ya en la actualidad todos los Juicios orales, al menos aquellos en los que los acusados se encuentran en situación de prisión preventiva, mediante el sistema de videoconferencia pues, según se afirma, todo lo que ofrece esta innovadora fórmula son múltiples ventajas, sin merma alguna de los derechos fundamentales y garantías propios de nuestro enjuiciamiento penal.

Pero esto, evidentemente, no es así. No se puede afirmar que en un futuro los Juicios no lleguen a celebrarse en todos los casos, utilizando los propios términos del Tribunal “a quo”, en forma “virtual”. Sin embargo, hoy por hoy, el principio general es el de que los acusados se encuentren en la Sala, directamente asistidos por sus Letrados. Y hay indudables razones para ello.

Es cierto y basta la lectura del texto vigente de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial para advertir que la actual normativa procesal permite tal fórmula, a partir de la Reforma operada por la Ley Orgánica 13/2003 que introdujo el nuevo texto del artículo 229.3, que ahora dispone que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas “...podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.”

Y, más en concreto, para el acto del Juicio oral en el procedimiento penal, el nuevo artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al afirmar que “El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

Pero, evidentemente, no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el Juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del Juicio oral, a los que ha de permitírseles

intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de Defensa.

Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser “objeto” de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de “sujeto” activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio Juicio.

Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia.

El contenido de la declaración de un testigo, por citar sólo un ejemplo de las múltiples vicisitudes imprevistas que pueden surgir en el desarrollo de la vista oral, es capaz de provocar una necesidad de instantáneo intercambio de información entre el Letrado y su defendido, por lo que no resulta, en modo alguno, insólito, en la práctica judicial, que, en tales ocasiones, se solicite autorización a la Presidencia de ese acto, para que se acceda a esa comunicación. Autorización que, de denegarse, puede plantear indudables problemas en orden al respeto debido al derecho de Defensa.

Esto hace que incluso esta Sala, siguiendo la estela del propio Legislador, se haya pronunciado con determinación en una línea de la que es claro exponente la reciente Sentencia de 2 de marzo de 2005, cuando proclama que:

“En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo art. 42-2º prevé que: “...el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores...”, lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado.”

Obviamente, con los modernos métodos de comunicación electrónica que aquí se analizan sufren esos planteamientos, tendentes a facilitar plenamente el derecho de Defensa, salvo que se adopten las medidas oportunas, técnicamente posibles, de comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante, entre el Defensor y su defendido. Solución que, no obstante, también podría dar lugar, en la práctica, a eventuales complicaciones merecedoras de estudio.

Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida.

Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su “ius puniendi”, facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible.

De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate.

Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su Juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, e manera inevitable, esa situación.

Y, en este sentido, las razones de seguridad que se esgrimen, de manera fundamental, en el caso que nos ocupa, atendiendo a la elevada peligrosidad apreciable en alguno de los acusados, aunque pudiera encontrar inicialmente un soporte normativo en los preceptos antes indicados, no se ha justificado adecuadamente, visto el aporte de su escasa, por no decir nula, fundamentación, más allá de la mera afirmación de su concurrencia, al extenderla por añadidura y sin discriminación alguna a todos los acusados, máxime si tenemos en cuenta, por otro lado, la existencia de medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados.

Piénsese, si no, en los numerosos Juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo.

De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del Juicio mediante videoconferencia que, antes al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos. ...».

«... la declaración de nulidad de dicho acto y ordenando, a pesar de la frustración que ello supone dado el largo tiempo ya transcurrido desde el acaecimiento de los hechos

objeto de las actuaciones, la celebración de un nuevo enjuiciamiento, por Tribunal con distinta composición del que participó en el Juicio que se anula, a fin de garantizar debidamente el adecuado ejercicio del derecho de Defensa de los recurrentes, posibilitando la asistencia a los mismos de sus Defensores, en comunicación con ellos, presentes en la misma Sala de Audiencia. ...».

El Tribunal Supremo español hace una interpretación restrictiva de la autorización legal de la utilización de la videoconferencia incluso para llevar a cabo el interrogatorio del acusado y para que éste pueda presenciar, por el mismo medio, el resto del debate, limitándola a casos excepcionalísimos de «absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado», aunque no proporciona pautas para discernir cuándo se produce ni sugiere mecanismos para que el acusado pueda comunicarse con su Defensa.

Podrían establecerse algunas **pautas de actuación**.

El interrogatorio de testigos y el informe de peritos, cuando la presencia de unos y otros ante el tribunal sea imposible o suponga una extraordinaria dificultad³⁰ podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar.

El tribunal lo acordará así **por auto motivado**,

[a] **a instancia de cualquiera de las partes**; o

[b] **por propia iniciativa** (de oficio).

En cualquiera de los dos casos, deberá oír a todas las partes procesales.

Si la única parte proponente se negare a la práctica de la prueba por videoconferencia, no podrá interesar la lectura sustitutiva de la declaración prestada en la fase preparatoria del juicio.

Procederá la utilización de la videoconferencia en los siguientes **casos**:

[a] Cuando resulte **imposible o extraordinariamente difícil la presencia de la persona** ante el tribunal **o** concurran circunstancias excepcionales que la hagan **muy gravosa**.

[b] Cuando lo justifiquen **razones de seguridad de esa persona**³¹

Por supuesto, existen medios menos sofisticados y más fáciles de construir y manejar. Si se trata de impedir que el testigo o el perito puedan ser intimidados por la presencia del acusado, bastará que éste se sitúe tras un simple biombo aislante, abierto sólo por la parte trasera, dentro del que se situará el acusado, quien podrá escuchar la declaración testifical o el informe pericial sin ver al interviniente ni ser visto por él.

Incluso, según como sea la disposición de la sala, podrá bastar una mampara que forme el tercer lado de un triángulo con las dos paredes de una esquina.

Se puede acudir a la construcción de una especie de garita, con puerta de acceso y, frente a ella, una celosía. En este caso, el acusado podría ver al compareciente sin perturbarlo con su presencia patente.

[c] Cuando existan razones atendibles para temer que su presencia pueda provocar una alteración del **orden público**.

La videoconferencia se llevará a cabo utilizando un **sistema técnico** que permita la **comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido**.

Area de la Sala de Justicia			Área auxiliar	
P ú b l i c o	Acusación	Secretario	Secretario	
	Pantalla A > < U Cámara A > < pan	Tribunal	Pantalla B> Cámara B<	Testigo o Perito
	Acusado Defensa			

El público ve lo que reproduce la pantalla U (filmaciones de las cámaras A y B) pero no es filmado. Tribunal, Acusación, Acusado y Defensor (y eventualmente, el Secretario) ven lo que graba la cámara B y reproduce la pantalla A y son filmados por la cámara A cuando intervienen	El perito o el testigo son filmados por la cámara B; y ven, en la pantalla B a quien, filmado por la cámara A se dirige a él

El sistema empleado habrá de permitir la la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas y entre los grupos de personas que se encuentren en cada extremo espacial de la comunicación.

Lo anterior tiende a garantizar la posibilidad de contradicción de las partes.

Si se trata del **interrogatorio de un acusado**, deberá garantizarse que el interrogado se encuentre en **comunicación continuada y reservada con su Defensor en la Sala**

de Justicia. Podrá, a su elección, ser asistido por un Abogado presente junto a él en el lugar donde se encuentre.

En el mismo caso, **el acusado tendrá oportunidad de presenciar el resto de las actuaciones del juicio por el mismo medio técnico, manteniendo comunicación continuada y reservada con su Defensor.**

Sugerencias prácticas, fáciles y baratas para mayor garantía del derecho de defensa.

Tanto en los casos en que no se considera conveniente la comparecencia presencial del acusado en la Sala de Justicia (acudiendo a la videoconferencia externa) como en aquellos otros en que transitoriamente haya de abandonarla o disimularse su presencia (utilizándose la videoconferencia interna o doméstica, u otro mecanismo más rudimentario), constituye un problema serio **la garantía de comunicación continuada y reservada con su Defensor.**

La **utilización de medios de telefonía (emisores-receptores** de frecuencia reservada) puede ser una solución hoy disponible sin excesivo coste.

De otro modo, sólo podría orillarse el riesgo que representa la incomunicación para una efectiva defensa del acusado, **la suspensión, a instancia de éste o de su Defensor, para poder entrevistarse privada y brevemente, bien pasando a un lugar separado de la Sala o bien haciendo salir entretanto a la persona que declara o informa.**

Estas misma reglas se observarán en los casos de la llamada **videoconferencia interna o doméstica**, cuando el acusado haya de abandonar temporalmente la Sala de Justicia durante la declaración de algún testigo o el informe de algún perito.

La **identificación del imputado, testigo o perito** puede conseguirse de varios modos.

El secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida puede comprobar, desde la propia sede judicial, la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

Será, sin embargo, preferible que la videoconferencia se practique con intervención de un Secretario en cada uno de los lugares interconectados.

En tal caso, el testigo o perito declararán en la sede del Tribunal de Sentencia, Juzgado de Letras o de Paz del lugar donde se encuentren³², dando fe de su identidad

su secretario quien dará lectura del documento identificativo que presente y constancia de la correspondencia entre la fotografía inserta y la apariencia física del comparecido; aproximando el citado documento a la cámara instalada en la dependencia a fin de que pueda captarla con nitidez y transmitir la imagen al Tribunal de Sentencia³³.

La declaración del testigo o del perito quedará grabada videográficamente siempre que sea posible, sin perjuicio del registro de su contenido por el Secretario en el acta correspondiente.

[1.4.3] La disposición de la Sala de Justicia.

La Sala de Justicia es el escenario del proceso; es la «arquitectura de la verdad»³⁴.

El modelo tradicional, a partir de la generalización del modelo inquisitivo, organiza el espacio escénico procesal de un modo muy concreto, revelador de la ideología de las relaciones entre los intervinientes en el juicio.

Secretario	TRIBUNAL	
ACUSACIÓN		DEFENSA ACUSADO
	testigos/peritos	
	ACUSADO ³⁶	
PÚBLICO		

Los estrados constituyen el escenario y su disposición adopta una estructura triangular, que sitúa al Juez en un vértice³⁸.

Las partes quedan enfrentadas entre sí, en tanto que el acusado queda colocado frente a frente con su juzgador, completando aparentemente un cierre cuadrangular, pero, en realidad, su ubicación sugiere que el debate se configura triangularmente³⁹.



Pericot Canaleta, psicólogo, director de teatro y escenógrafo propone el siguiente esquema ideal (¿también utópico?) de una sala de justicia⁴⁰:

En primer lugar, es necesario un espacio que sea capaz de resolver la problemática diferencial de poderes en un juicio. El círculo.

El círculo es una forma de unidad, es popular, y el público está invitado a participar (oyente) como observador total del juicio. Al mismo tiempo se eliminan todos aquellos estímulos visuales que interfieren con la funcionalidad específica de un juicio. Cada punto del espacio, sea cual sea su ubicación, equidista del centro. Es la neutralidad casi completa; las diferencias vendrían dadas por la variedad de los juicios (como en el espacio de la tragedia clásica) que se desarrollen. El espacio juicio no puede ni debe condicionar el juicio, para que éste se exprese con todas sus características y especificidades propias.

La mesa del juicio de forma circular (corona circular), podría dividirse en cuatro segmentos separados, respondiendo a las cuatro funciones propias de cada juicio. Separados, pero sin perder el conjunto visual del círculo como unidad visual. Cada uno de estos segmentos sería igual, o con pequeñas diferencias, de acuerdo con las funciones propias de cada fragmento.

Cada fragmento tendrá acceso privado a la sala del tribunal por cuatro pasillos particulares, que partirán de cuatro dependencias propias e independientes, propias para cada una de las cuatro funciones específicas de que se compone un tribunal. El público también tendrá un acceso independiente.

En la parte central, pueden situarse los documentalistas que dan fe del juicio. La iluminación ha de ser repetida, con puntos de luz iguales, y cubriendo todo el espacio central.

Para terminar, creo necesaria la incorporación de una serie de elementos Técnicos audiovisuales, como por ejemplo proyectores de transparencias y Opacos, cámaras de vídeo, magnetoscopios y pantallas visionadoras. La amplificación de las voces dependerá de las dimensiones de la sala.

La posición del acusado mejora cuando, como ocurre en Honduras, se sienta junto a su Defensor⁴¹, ya que sugiere una incorporación al espacio escénico correspondiente a una de las partes, y facilita su comunicación en el curso del juicio.

Cuantas personas intervengan en el juicio oral (el acusado, durante su interrogatorio; los peritos y los testigos) deben situarse dando cara al Tribunal para facilitar su audición y la percepción de su lenguaje no verbal, tan importante para valorar la persuasividad de sus manifestaciones.

Su lateralización respecto de las partes reduce los riesgos de confrontación directa, de acuerdo con los resultados de las investigaciones de psicología aplicada, aunque serán inevitables movimientos automáticos de encaramiento con la parte procesal que interroge.

Es preferible que declaren sentados: contribuye a su mayor distensión y no supone señal alguna de falta de respeto hacia el tribunal.

Entre los estrados y el público no ha de haber tanto espacio que dificulte la audición de las personas que se encuentran en estrados, ni tan poco que impida el acceso de una persona que pretenda alterar el orden del debate.

Testigos y peritos deberían acceder por una puerta lateral, de modo que no tengan que atravesar el espacio reservado al público o por delante del acusado y de su Defensor, en prevención del riesgo de amenazas o intentos de agresión.

La preservación de testigos y peritos de la confrontación visual directa con la persona acusada puede plantear problemas al tener que compatibilizar intereses contrapuestos.

La disposición de la Sala de Justicia queda normalmente fuera del control del tribunal y del personal a sus órdenes. Ocasionalmente, sin embargo, podrá organizarlo con mayor libertad en los casos excepcionales en los que el juicio haya de tener lugar fuera de su sede.

Juicios complejos.

La extensión de la delincuencia organizada ha dado lugar a la aparición de juicios complejos (conocidos vulgarmente como *maxiprocesos* o *macrojuicios*) en los que son acusadas un número considerable de personas, y en los que, en ocasiones, pueden intervenir, junto al Ministerio Público, una pluralidad de acusadores privados.

Los problemas que plantean son de dos clases.

1. La organización del espacio escénico judicial.

Por una parte, no es fácil organizar la Sala de Justicia.

Los locales que habitualmente se destinan a este menester no están preparadas para acoger a partes numerosas y a un público que no ha de serlo menos, al que se suma la presencia de los medios de comunicación.

Será inevitable tener que habilitar un espacio de grandes dimensiones. Se suelen adaptar locales en los que ordinariamente se celebran espectáculos públicos, congresos o exposiciones. Otras veces, se prefiere construir para el caso un recinto que se divide y acondiciona para que pueda cumplir sus funciones.

Ha de tratarse, desde luego, de un espacio cerrado y techado.

El Tribunal expondrá la situación a la Corte Suprema y recabará la ayuda de las

Autoridades locales, reuniéndose con ellas, tal como se prevé en el tercer párrafo del artículo 127 CPP.

2. Acomodación de tribunal, partes y público.

La pluralidad de partes acusadoras o la de acusados (acompañados de sus Defensores) puede obligar simplemente a ampliar los espacios respectivamente destinados a ellas, añadiendo asientos y mesas auxiliares.

La misma prevención se tomará cuando se prevea la asistencia de un público numeroso. No obstante, es aconsejable que se limite, en todo caso, el número de personas que puedan tener acceso a la Sala de Justicia, para evitar que el desarrollo de los debates pueda verse interferido por intervenciones (de aprobación o desaprobación) de los presentes, siempre con el riesgo de degenerar en alteración del orden público⁴².

Pudiera reducirse la entrada a un número de personas equivalente al doble o triple del aforo promedio de las Salas ordinarias.

El Presidente del Tribunal, ejerciendo las funciones de policía de estrados que le atribuye el artículo 304 CPP, dará instrucciones sobre el número de asientos destinados a ser ocupados por el público. Por lo que se refiere a la presencia de medios de comunicación, tomará las medidas que considere más adecuadas, teniendo como orientación lo dispuesto por el artículo 309 CPP.

3. El acceso de los medios de comunicación.

Nada impide que se reserve un número de asientos a los profesionales de los medios de comunicación. Si se pretende la colocación y manejo de medios de grabación y transmisión audiovisual, habrá que tener en consideración tanto la perturbación que ello pueda significar en general (por el movimiento de máquinas y personas dentro de la Sala) como la que su presencia pueda producir en el ánimo de testigos y peritos. La publicidad es un principio del proceso en función de garantía de su limpieza, pero no es admisible que se lleve a extremos en los que resulte disfuncional para su eficacia.

En ciertos tribunales, las empresas de televisión quedan subordinadas a una *señal única* controlada por el Presidente del Tribunal.

De este modo, podrá restringir la grabación y transmisión de determinadas actuaciones o parte de ellas, cuando concurran los motivos que indica el artículo 309 CPP.

4. El control de una multiplicidad de acusados. Precauciones en caso de su peligrosidad.

Por otra parte, en casos de multiplicidad de acusados, cuando todos o un número

elevado de ellos se encuentren privados de libertad y haya razones atendibles para considerarlos peligrosos, el riesgo de alteración del orden público permitirá que se concentren en un espacio cerrado y vigilado aunque diseñado de forma que no padezca el respeto que merece su dignidad como personas y la vigencia de la presunción o estado de inocencia, funcionando, en este caso, como regla de tratamiento.

De los parámetros indicados dependerá que el espacio de reducción se configure como abierto o dividido en celdas unipersonales, de las que el acusado pueda salir exclusivamente cuando sea llamado a declarar o por otra causa justificada de las que se indican a efectos suspensión momentánea del debate.

N O T A S

¹ Por aplicación del principio de preclusión, las demás, anteriores y conocidas anteriormente, habrán quedado subsanadas.

² Tal es la función que desempeña el «*discovery of the evidence*» en el proceso norteamericano (reglas 12 y 16 de las «*Federal Rules of the Criminal Procedure*») complementario -porque es bidireccional- del deber de «*disclosure of the evidence*» en beneficio de la Defensa; trasplantado al Código italiano de Procedimiento Penal de 1988: Díaz Cabiale, loc. cit., pág. 195. En la Sentencia que, en 1970, resolvió el caso *Williams contra Florida*, el Tribunal Supremo norteamericano entendió que el proceso no era como el juego de poker, en que cada jugador puede reservarse el conocimiento de las propias cartas para jugarlas en el momento para él más conveniente.

³ En efecto, no se contiene en ella la pretensión punitiva, sino sólo una fundamentación de la razonabilidad de la apertura del debate (o lo que es igual, del proceso en sentido estricto), con base en la reconstrucción de los hechos a partir de los resultados de la investigación practicada hasta entonces y la calificación de su relevancia jurídicopenal. Estas conclusiones son sólo *provisionales*, aunque la acusación pueda resultar vinculada a ellas por conformidad de la parte acusada. En otro caso, en cambio, las partes acusadoras pueden, tras la práctica de la prueba y a la vista de su resultado (o, ciertamente, por otros motivos) modificar sus planteamientos iniciales, fijando los *definitivos*.

⁴ Ayarragaray, C.A., «El principio de inmaculación en el proceso», Buenos Aires, 1959, págs. 31 y ss.: véase Lozano-Higuero Pinto, M. y Marchena Gómez, M., «La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal», Comares, Granada, 1994, págs. 42 y ss.

⁵ Lozano-Higero y Marchena, loc. cit., págs. 48 a 54

⁶ Fortín, M.A., loc. cit., pág. 512

⁷ La expresión coincide -sin duda, no casualmente- con la utilizada por el artículo 793.2 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, a propósito del denominado por ella «Procedimiento Abreviado». Criticada por los especialistas, prefieren, éstos, hablar de «debate o audiencia preliminar» (Lozano-Higero y Marchena, loc. cit., págs. 25 y 26), a la usanza italiana. Como en el artículo 300 CPP ya se había empleado esta denominación, la terminología adoptada puede no significar más que una concesión estilística para no incurrir en repeticiones terminológicas que podrían prestarse a confusión en la práctica.

⁸ A menos que ambas partes ya hayan hecho uso de su oportunidad antes de su cumplimiento. Podría, aun en este caso, ser preciso aguardar a que transcurrieran los diez días, por si cualquiera de las partes quisiese ampliar las cuestiones ya propuestas. Parece sugerirlo así el artículo 317 CPP.

⁹ La razón es simple: una vez que el órgano jurisdiccional se declara incompetente, lo es para resolver las demás cuestiones que, en referencia a la excepción de incompetencia, son secundarias o subsidiarias.

¹⁰ El artículo 412 CPP dispone asimismo que la concurrencia de cualquier causa de extinción de la acción penal, cuando el proceso se encuentre en fase de ejecución dará lugar a la declaración del efecto extintivo y al sobreseimiento definitivo de la causa.

¹¹ En caso de subsanación del defecto de legitimación, habría que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 169 CPP- Alcance de la nulidad. Conservación de eficacia de los actos procesales. Declarada la nulidad, carecerán de valor y efecto alguno no sólo el acto viciado sino también todos los que hayan realizado con posterioridad, siempre que dependan directamente de aquél y sean determinados expresamente por el órgano jurisdiccional.

Cuando se declare la nulidad parcial de un acto, sus efectos no se extenderán a las partes no afectadas por aquélla.

La nulidad de un acto no lleva consigo la de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquél, ni la de aquéllas cuyo contenido habría permanecido, invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

¹² En el mismo sentido, Fortín, pág. 512

¹³ Lo anterior no significa que no pueda depurarse la eventual ilicitud de actividades preparatorias con trascendencia probatoria en la fase de debate, por ejemplo, la de

allanamientos o intervenciones de comunicaciones durante la investigación; pero se difiere a la audiencia de proposición de prueba.

¹⁴ El artículo 9 CPP (Saneamiento de irregularidades procesales) impone a los órganos judiciales un deber especial de velar por la regularidad del procedimiento pero también por el mantenimiento de su eficacia siempre que se descubra un defecto corregible, impidiendo especialmente lo que se denomina el «*abuso de nulidad por motivos formales*» (pretensiones de nulidad por vicios no sustanciales, planteadas con una finalidad meramente dilatoria) como una modalidad del abuso de derecho procesal: «... Los Jueces y magistrados adoptarán las providencias que sean precisas para corregir las irregularidades que adviertan en los procesos, a fin de impedir la nulidad de las actuaciones o la realización de cualquier acto que tenga como propósito, a dilatar indebidamente los procedimientos. En el cumplimiento de esta función, actuarán con estricto respeto de los derechos que corresponden a los sujetos procesales. ...».

¹⁵ Artículo 169 CPP .- Alcance de la nulidad. Conservación de eficacia de los actos procesales. Declarada la nulidad, carecerán de valor y efecto alguno no sólo el acto viciado sino también todos los que hayan realizado con posterioridad, siempre que dependan directamente de aquél y sean determinados expresamente por el órgano jurisdiccional.

Cuando se declare la nulidad parcial de un acto, sus efectos no se extenderán a las partes no afectadas por aquélla.

La nulidad de un acto no lleva consigo la de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquél, ni la de aquéllas cuyo contenido habría permanecido, invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

¹⁶ Como ya queda advertido, en caso de estimación de la propia incompetencia, una vez recibidas las actuaciones por el órgano competente, procederá éste a convocar una nueva audiencia saneadora, que se regirá por las reglas comunes.

¹⁷ Esto es, los puntos o extremos que integran el hecho enjuiciado.

¹⁸ Esta exigencia se cumple acotando los aspectos del total hecho enjuiciado que se pretende probar. No se obliga a la parte a poner al descubierto su estrategia procesal.

¹⁹ «Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 514

²⁰ Ha de tenerse, en cambio, por precluido, al concluir la audiencia, el momento procesal oportuno para proponer prueba.

²¹ «Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 361

²² En Derecho Procesal Norteamericano se cita el caso de una Defensa que propuso la práctica de una delicada intervención quirúrgica, para extraer del cuerpo de la víctima el proyectil que la había herido, a efectos de comprobación del arma que lo había disparado.

²³ Esta cuestión está estrechamente relacionada con la utilizabilidad de fuentes independientes de prueba o de otras que sólo se han limitado a acelerar el conocimiento de hechos que se hubiera logrado antes o después; lo que, en la terminología angloamericana se denomina excepción de descubrimiento inevitable («*inevitable discovery*»). Las enseñanzas de la experiencia de la vida pueden contribuir en gran medida a afrontar con realismo la valoración de cada caso particular.

²⁴ ¡No del árbol prohibido!, como se lee y escucha a veces, por sugestión inconsciente de la imagen del árbol bíblico.

²⁵ La prórroga ha de hacerse por auto en el que han de explicarse sus razones justificativas: cantidad de prueba cuya práctica hay que preparar; complejidad de la prueba; dificultades de citación de testigos y peritos.

²⁶ «Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 278.

Fortín Pavón recuerda lo dispuesto por la Sentencia 96/1987, de 10 de junio, del Tribunal Constitucional español, en un caso en que el Juzgado de Instrucción [equivalente a un Juzgado de Letras] de Manzanares, en la provincial de Ciudad Real, en La Mancha, decidió celebrar el juicio verbal de faltas, en que un preso acusaba de malos tratos a un funcionario, en el Centro penitenciario de Herrera de la Mancha, apoyándose para ello en lo previsto en el art. 268 LOPJ, que autoriza a los Tribunales a constituirse "en cualquier lugar de su jurisdicción (...) cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia".

Resulta de interés la lectura de los fundamentos de la sentencia, porque son extrapolables a nuestro Derecho.

El Tribunal Constitucional español comienza «... señalando que el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 CE, tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El art. 24.2 CE ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo.

En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público

en el art. 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiendo sostenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en idéntica dirección que la que acabamos de señalar, que "la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el art. 6.1 del referido Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; por lo que constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Jueces y Tribunales" (S 8 diciembre 1983 en el caso "Pretto y otros"; asimismo en la del caso "Axen", de la misma fecha). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia.

El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: el control público de la justicia y la confianza en los Tribunales.

Como establece, por último, el art. 120.1 CE, la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una Ley. Una primera excepción se encuentra en el art. 232 LOPJ, que en su pfo. 2º establece que "excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Otra es la del art. 680 LECr., según el cual las sesiones podrán tener lugar "a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia", y el Presidente, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, "consignando el acuerdo en auto motivado".

De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice, y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia. Por lo tanto, debe señalarse, como también lo ha hecho la sentencia recurrida, que el art. 268 LOPJ -a cuyo tenor, como se dijo, se autoriza la constitución del órgano judicial fuera de su sede-, contiene una norma encaminada a dotar de eficacia al procedimiento, cuya aplicación debe hacerse sin merma de las garantías constitucionales del proceso.

... Alega el demandante de amparo, en primer término, que la celebración de la vista en el recinto del Centro penitenciario de régimen cerrado de Herrera de la Mancha, ordenada por la providencia del Juez de Instrucción de Manzanares de 21 septiembre 1985, no ha respetado su derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Y forzoso es comprobar que tal derecho, dadas las circunstancias en las que tuvo lugar la vista, ha sido, de hecho, indebidamente restringido. No se cuestiona aquí en modo alguno la facultad que

tiene el Juzgador, por razones de seguridad, y para mejor tutela de los derechos, en relación con el contexto ambiental del proceso, de aplicar las medidas excepcionales que prevén los mencionados artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y fijar para la vista la fecha que estime más adecuada, pero es obvio, por lo que antes se dijo, que el uso de esa facultad ha de hacerse sin menoscabo de las garantías a las que se refiere el citado art. 24.2.

Prescindiendo de la posibilidad existente de celebrar la vista a puerta cerrada por las razones de orden público a las que alude el art. 680 LECr., el hecho es que en el presente caso la decisión de celebrarla en el Centro penitenciario donde se habían producido los hechos imputados a guardianes del mismo, y en presencia de un público compuesto por personas con vinculación funcional con los acusados, llevaba consigo una considerable limitación de las garantías que, como hemos señalado antes, conlleva la publicidad del juicio.

Aduce ciertamente la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial [como Corte de Apelación] de Ciudad Real, en su f. j. 2º, que no hubo conculcación de la publicidad, porque "no consta que ninguna persona interesada en la asistencia al acto no pudiese acceder hasta la dependencia donde el juicio se celebró, sin perjuicio de que hubiere de haberse sometido a los precisos controles destinados a salvaguardar la seguridad del establecimiento". Pero resulta evidente que se trata de un hecho sin relevancia suficiente en orden a la publicidad del acto, por cuanto lo que importa no es tanto la presencia efectiva de asistentes, cuanto la posibilidad de que, como se dijo en la S 30/1982 de 1 junio de este Tribunal, cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio mientras se disponga de espacio para ello; y desde luego, el derecho de las partes a que esta posibilidad sea real para que el juicio se haga con todas las garantías. En el presente caso, ya las medidas de control impuestas para el acceso -por lo demás justificadas, dada la naturaleza del establecimiento-, creaban una reducción fáctica del libre acceso al local en el que se celebraba el proceso, no compatible con el principio de publicidad. A ello cabe añadir, en relación con las garantías que este principio implica, que aquí las posibilidades concretas de acceso del público en general al lugar de la vista estaban al margen del poder de decisión del órgano jurisdiccional.

Por último, la limitación fáctica de la publicidad en el caso de autos tampoco queda compensada, como se sostiene en la sentencia recurrida y en las alegaciones del Mº Fiscal, por la presencia en el acto de periodistas que informaron en diversos medios del desarrollo de aquél; pues valen a este respecto las mismas consideraciones que acabamos de hacer.

La conclusión que se deduce de cuanto llevamos dicho no puede ser sino que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del hoy recurrente en amparo al proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Las disposiciones que rigen en materia de publicidad del proceso tienen, también,

la función de asegurar el derecho de las partes a que el Tribunal decida la causa sin estar sometido a influencias ajenas a la misma; derecho que las resoluciones impugnadas no han satisfecho adecuadamente.

... A mayor abundamiento, en lo tocante a la indefensión, alegada también por el recurrente, corresponde asimismo poner de manifiesto que la constitución del órgano judicial en el establecimiento carcelario en el que tuvieron lugar los hechos que se juzgaban, no sólo ha vulnerado el principio de publicidad, sino que además ha podido afectar a otros derechos del recurrente. En efecto, tratándose de enjuiciar hechos punibles imputados por un recluso a personal del establecimiento penitenciario en el que se celebró el juicio, es evidente que éste tuvo lugar en condiciones que, objetivamente consideradas, no son de suyo idóneas para garantizar debidamente la imparcialidad del Tribunal, que debió juzgar en la presencia de un público limitado y acaso predispuesto en favor de una de las partes, y para permitir, por consecuencia, un ejercicio sin perturbaciones del derecho de defensa.

... En cambio, debe considerarse que no se ha vulnerado el derecho de defensa (art. 24.2 CE) del recurrente como consecuencia de las medidas de seguridad a que se vio sometido su Letrado a la entrada en el establecimiento penitenciario. Estas medidas no han tenido, según se desprende de las actuaciones agregadas, ninguna repercusión en el comportamiento procesal del Abogado en el ejercicio de su función. ...».

En conclusión, el Tribunal Constitucional declaró (o, si se prefiere, reafirmó) el derecho del demandante a que sus pretensiones jurídicas sean vistas en un proceso público; anuló todo lo actuado a partir del inicio del juicio de faltas y ordenó que se celebrase uno nuevo en la sede del Juzgado de Instrucción.

²⁷ Lugar citado, pág. 278

²⁸ No parece, en cambio, posible la práctica del juicio en una Sala de Justicia ante un Tribunal *a distancia*, que lo presenciase por videoconferencia.

²⁹ Se discute si será preciso, además, que la interese la parte proponente. De exigirse este requisito, la parte que, pudiendo, no dé posibilidad al interrogatorio *a distancia* del perito o del testigo, no podrá interesar la lectura de su declaración durante la etapa preparatoria, porque constituiría un verdadero abuso de derecho, contrario al principio de lealtad procesal (artículo 12 CPP).

³⁰ Si el problema proviene de la imposibilidad del perito o del testigo de acudir a la sede del tribunal, por incapacidad física o enfermedad, siempre queda abierta la posibilidad que proporciona el artículo 314 CPP (Imposibilidad de asistencia a los debates): «... Los testigos o peritos que no puedan concurrir al debate por cualquier causas, serán examinados por el Tribunal en pleno en el lugar en que

aquellos se encuentren, con citación de las partes, para que puedan intervenir en la práctica de la prueba. ...».

El miedo a que la presencia de un testigo o de un perito pueda ser agredido por alguien del público puede conjurarse mediante la celebración de esa prueba concreta a puerta cerrada, de acuerdo con lo establecido por el artículo 308, numerales 2 y 4 CPP: a saber, cuando se «... ponga en peligro la vida o la integridad física de cualquiera de los miembros del Tribunal de Sentencia, de las partes o de alguna de las personas autorizadas para participar en el juicio ...»; o cuando «... pueda alterarse el orden público. ...».

³¹ El artículo 237 CPP (Protección de los testigos) dispone:

«... Cuando el órgano jurisdiccional, por propia iniciativa o por manifestación del testigo, aprecie que racionalmente existe un peligro grave para la persona o los bienes del testigo, de su cónyuge o compañero de vida, o de un ascendiente, descendiente o hermano de cualquiera de ellos, como consecuencia del testimonio que de prestar, deberá, oyendo a las partes, adoptar las medidas de protección que estime conveniente y, entre ellas, cualquier de las siguientes:

... 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el público ...».

La videoconferencia interna o externa puede proporcionar un medio adecuado para garantizar la seguridad del testigo, ya que puede instalarse una pantalla de modo que la imagen del testigo sólo pueda ser vista por el tribunal, el Secretario, la acusación y la Defensa.

El artículo 248 CPP extiende la protección del 237 CPP a los peritos. Vale para ellos lo ya expuesto para los testigos.

³² Nada impide la práctica de videoconferencia internacional, solicitando la asistencia del órgano judicial equivalente en el Estado donde se encuentre la persona que ha de declarar o peritar. Naturalmente, ello supone que el Derecho del país requerido admita este medio, acepte conducir coactivamente a la persona de que se trate al lugar donde haya de desarrollarse la declaración o el informe y no ponga obstáculos cuando se trate de un propio nacional. En determinadas situaciones en que el testigo o el perito aceptan intervenir mediante videoconferencia, pero el Estado requerido niega su colaboración (por cualesquiera razones), aquéllos podrían comparecer en la sede de la Embajada o Consulado de Honduras, llevándose a cabo la videoconferencia en presencia de quien ostente la fé pública, el cual se ocupará de identificar al comparecido.

³³ El Secretario puede dar fe de conocer a la persona comparecida y proporcionar

sus menciones de identidad; pero esta forma de identificación sólo debe considerarse como subsidiaria a falta de documentación identificativa o cuando la presentada suscite alguna duda de su autenticidad.

³⁴ Sobral, J., «El abogado como psicólogo intuitivo», «Anuario de Psicología Jurídica», 1, 1991.

³⁵ Colocación angloamericana y hondureña

³⁶ Colocación tradicional española

³⁷ Lugar sugerido de entrada de testigos y peritos

³⁸ Se ha propuesto una disposición semicircular (Salas, D., «Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès», Presses Universitaires de France, París, 1992) e incluso circular (Pericot Canaleta, I., «Análisis del espacio de un tribunal de justicia», en «El juicio oral», Consejo General del Poder Judicial, y Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1994, págs. 97 y ss.), formando dos coronas concéntricas, que correspondería a una concepción del *juicio de los iguales*.

³⁹ No es difícil ver el espacio procesal triangular como la traducción escénica de la relación jurídica también triangular construida por von Bülow y Wach para explicar la naturaleza jurídica del proceso.

La separación del público se ha considerado sintomática. La actividad jurisdiccional es cuestión que atañe únicamente a los juristas. Ellos conocen el habla y saben las reglas del juego.

⁴⁰ Si, como explica Hassemer, el proceso es el *marco escénico* para la producción y tratamiento del caso enjuiciado, no extrañará que se proponga el diseño de la Sala de Justicia como un escenario teatral.

⁴¹ Es la disposición adoptada desde siempre por el modelo angloamericano, del que la importó la Ley española del Tribunal del Jurado.

⁴² Del artículo 209 CPP se infiere que el Estado no está obligado a garantizar el acceso de cuantos quieran asistir a los debates a la Sala de Justicia.

LECCIÓN 10: RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PRELIMINARES. RECUSACIONES, EXCEPCIONES Y NULIDADES.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Ayarragaray, C.A., «El principio de inmaculación en el proceso», Buenos Aires, 1959 págs. 42 y ss.

Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L. (Autores Coordinadores), «Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004.

Fortín Aguilar, M.A., Comentarios a los artículos 304 a 334, en Palacios & Fernández, 2000, págs. 502 y ss.

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios & Fernández, 2000, páginas 490 y ss.

Lozano-Higuero Pinto, M. y Marchena Gómez, M., «La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal», Comares, Granada, 1994,

1. Actuaciones que sirven de nexo entre la etapa intermedia y la de debate.

En la audiencia preliminar las partes legitimadas como acusadoras (el Ministerio Público y, en su caso, el Acusador Privado) podrán, como alternativa al sobreseimiento provisional o definitivo, formular acusación; un acto procesal que recuerda la demanda en el proceso civil sin equivalerla¹. Si la Defensa muestra su oposición, el Juez de Letras -si considera que hay méritos para ello- dictará **auto de apertura del juicio oral**.

En el artículo 302 CPP se establece el contenido de esta resolución. En él se incluyen

[a] **el emplazamiento a las partes** para que, en el plazo común de cinco (5) días, contados a partir de la última notificación, más el que corresponda por la distancia, en su caso, se personen **ante el Tribunal de Sentencia** e indiquen la dirección exacta para hacer notificaciones; y

[b] **la orden de remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia** competente.

Con arreglo al artículo 303 CPP, notificado el auto de apertura a juicio, el Secretario remitirá a la sede del Tribunal de Sentencia, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, las actuaciones y la documentación.

[c] **Objetos secuestrados y piezas de convicción.**

En cuanto a los objetos secuestrados que las partes hayan designado en sus escritos de acusación y defensa como piezas de convicción, los pondrá a la orden del Tribunal, indicándole el lugar en que se encuentren, o la persona o institución que los tenga en depósito, a quienes también deberá hacerlo saber (artículo 303 CPP).

[c] **Paso de las personas privadas cautelarmente de libertad, a disposición del Tribunal de Sentencia.**

El Juez de Letras, en su caso, también pondrá a los detenidos (ha de entenderse: a los privados cautelarmente de libertad) a disposición del Tribunal de Sentencia (artículo 302 CPP).

2. Saneamiento del debate.

Ayarragaray se refiere al «principio de inmaculación» como al ideal de desarrollo del proceso libre de máculas y ficciones que podrían producir la ineficacia de todo lo actuado por vicios de procedibilidad, impidiendo resolver el fondo del conflicto².

El «principio de saneamiento» constituye una técnica de profilaxis de esas deficiencias. Lozan-Higero Pinto y Marchena Gómez lo definen como «... aquél que

postula que el proceso ha de desarrollarse libre de vicios, irregularidades, óbices, efectos, máculas o anomalías que impidan, obsten o dificulten su regular desenvolvimiento y el pronto y eficaz pronunciamiento judicial sobre el fondo y, atal fin, se configura como una pauta procesal constitutiva de una facultad-deber de dirección procesal para el juez y de carga-sanción para las partes en su quehacer procesal. ...».

Muy relacionado con los principios de economía procesal y de preclusión, actúa en un doble frente, pues permite, preventivamente, corregir el defecto al tiempo mismo de cometerse (perspectiva de inmaculación) y, sanatoriamente (de ahí, la denominación principio de saneamiento), purgar sus consecuencias una vez producido y evitar su propagación futura³.

2.1. Manifestaciones del saneamiento.

El principio de saneamiento se inserta al comienzo mismo de la etapa de preparación del debate, justificando la celebración de la audiencia saneadora prevista por el artículo 316 CPP⁴; y, más tarde, en ese turno de intervenciones, una vez abierto el debate, que, a modo de audiencia preliminar a él, establece el artículo 320 CPP⁵.

2.2. La audiencia saneadora.

El artículo 316 CPP (Preparación del debate) establece: «... Recibidas las actuaciones a que se refiere el artículo 303, el Tribunal citará a las partes a fin de que, dentro de los diez (10) días siguientes, examinen las diligencias y planteen, en su caso, las recusaciones, excepciones o nulidades basadas en hechos nuevos a que haya lugar. Tales cuestiones serán resueltas por el Tribunal en audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación. En dicha audiencia se presentarán y ejecutarán las pruebas que se relacionen con la recusación.

El recusado será sustituido con arreglo a las disposiciones de este Código. ...»

2.2.1. Objeto de la audiencia preparatoria saneadora. Recusaciones, excepciones y nulidades.

De acuerdo con lo previsto por el artículo transcrito, será el saneamiento de posibles obstáculos procesales referidos a

[a] recusaciones;

[b] excepciones;

[c] nulidades, siempre que se funden en hechos nuevos, esto es, sobrevenidos con posterioridad al auto de apertura del juicio oral, o con anterioridad a él, pero conocidos

con anterioridad (artículo 167.4 CPP).

2.2.2. Dinámica de la audiencia preparatoria saneadora.

[a] Presentación de las cuestiones a debatir en la audiencia.

Se podrá hacer por las partes, dentro de los diez días concedidos por el Tribunal de Sentencia para instrucción de las actuaciones remitidas por el Juez de Letras.

[b] Fecha de la audiencia saneadora.

La fijará el Tribunal dentro de los diez días siguientes a la fecha de presentación.

Puesto que, hasta que transcurran los diez días para instrucción, cualquiera de las partes podrá recusar, oponer excepciones o denunciar causas de nulidad, el término inicial de esos diez días dentro de los que ha fijarse la celebración de la audiencia coincidirá con el final del término de proposición de cuestiones.⁶

[d] Contenido de la audiencia saneadora.

De conformidad con el tenor de lo establecido en el artículo transcrito, en dicha audiencia se presentarán y ejecutarán las pruebas que se relacionen con la recusación.

Aunque el tenor literal del párrafo sólo se refiera (incomprensiblemente) a la recusación, lo dispuesto en él habrá de entenderse trasladable a los demás temas que pueden constituir objeto de debate en la audiencia saneadora. Tal vez inconscientemente, al redactar este párrafo se presuponía que ésta habría de ser la causa más frecuente de las de posible alegación y la que pudiera dar lugar a una prueba más abundante y compleja.

[e] Resolución de las cuestiones.

Aun cuando no se disponga expresamente en el artículo 316, las resolverá el Tribunal en la misma audiencia.

Conviene recordar que en la audiencia saneadora se pueden plantear:

[a] recusaciones;

[b] excepciones; o

[c] nulidades.

El artículo 46 CPP enumera, con carácter taxativo, las excepciones admisibles en el

procedimiento penal, a saber:

1) La incompetencia;

2) La falta de acción, cuando no haya debido promover o cuando no pueda proseguirse; y,

3) La extinción de la acción penal.

[e.1] La excepción de incompetencia.

En caso de admitirse la excepción de incompetencia, una vez firme la resolución que la declare, el órgano jurisdiccional -de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 CPP- «... remitirá de oficio los antecedentes al que se considere competente y pondrá a su disposición las correspondientes pruebas o piezas de convicción. Lo anterior, no obstará para que adopte las medidas que considere urgentes y necesarias para la buena marcha del juicio. En caso de existir múltiple y simultánea persecución penal, se actuará de acuerdo con las normas que regulan las cuestiones de competencia. ...».

Una vez establecido el tribunal competente y recibidas por éste las actuaciones, convocará a las partes para nueva audiencia saneadora, en la que podrán proponerse las demás cuestiones propias de este trámite⁷.

[e.2] La excepción de extinción de la acción penal.

La declaración de extinción de la acción penal provoca el sobreseimiento definitivo del procedimiento.

Así lo establece el artículo 296 CPP: «... Se dictará sobreseimiento definitivo cuando: ...

3) Se ha extinguido la acción penal. ...»⁸.

El procedimiento concluye definitivamente en este estado.

Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 43 CPP, si fueren varias las personas imputadas, la extinción de la acción penal producirá sus efectos en forma individualizada para cada una de ellas.

En estos casos puede ocurrir que la acción se declare extinguida sólo respecto de alguna de las partes acusadas, continuando el procedimiento para el resto.

La declaración de falta de legitimación del Ministerio Fiscal o de la persona física o jurídica que hasta entonces había intervenido como acusador particular, puede producir efectos distintos según los casos.

[e.3] La excepción de falta de legitimación.

La falta de legitimación del Ministerio Fiscal, por no haber instado la iniciación del procedimiento la parte ofendida cuando ésta sea requisito de procedibilidad de acuerdo con el artículo 26 CPP, o porque se de un delito de los llamados procesalmente «*de acción privada*», enumerados en el artículo 27 CPP, **dará lugar a la declaración de nulidad de las actuaciones precedentes** (tal como dispone el numeral 2 del artículo 166 CPP) y , a falta de disposición que regule expresamente el caso, **a que se acuerde el sobreseimiento provisional**, aplicando, por analogía, lo dispuesto por el artículo 295 CPP, ya que siempre cabrá la posibilidad de que la parte ofendida inste la persecución, en el primer caso, o ejercite la acción penal, en el segundo, siempre que el delito no haya prescrito⁹.

Si concurre una pluralidad de partes acusadoras, y sólo alguna de ellas carece de legitimación, se declarará así, excluyéndola del proceso, que continuará con intervención de las demás.

[e.4] La objeción de nulidad de actuaciones.

La declaración de nulidad tendrá diferentes efectos según los casos.

Si la nulidad afecta a la eficacia del procedimiento o de alguna de sus fases o etapas, se retrotraerá al momento procesal en que concurrió el vicio invalidante, para su posible subsanación¹⁰.

El artículo 171.2 CPP establece los límites de la retroacción por causa de nulidad: «... Salvo los casos expresamente previstos por este Código, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, bajo pretexto de renovación del acto, de rectificación del error o cumplimiento del acto omitido. ...».

Consecuentemente, **la declaración de nulidad de uno o más actos procesales no podrá extenderse a los practicados en períodos anteriores**. Teniendo en cuenta que el de debate se inicia precisamente con esta audiencia saneadora, el alcance de las denuncias de vicios determinantes de la ineficacia de los actos en que concurran será, en la práctica, muy limitada, al no poder extenderse a la etapa intermedia y menos aún a la preparatoria¹¹.

El artículo 171.1 CPP (Saneamiento) dispone: «... Los defectos deberán ser saneados de oficio¹² o a instancia del interesado siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido. ...».

Recuérdese que, si, subsanado el acto, el resto de la actividad procedimental posterior

se hubiera mantenido igual, el propio tribunal dispondrá lo oportuno para promover la subsanación, evitando una retroacción que sólo significaría un inútil rodeo («*circuitus inutilis*») para regresar al mismo punto del procedimiento¹³.

[e.5] La recusación.

El procedimiento se suspende en tanto se resuelve la recusación propuesta.

Si se admite la recusación, el recusado será sustituido por quien legalmente corresponda, integrándose de este modo el tribunal que conocerá del debate.

¹ En efecto, no se contiene en ella la pretensión punitiva, sino sólo una fundamentación de la razonabilidad de la apertura del debate (o lo que es igual, del proceso en sentido estricto), con base en la reconstrucción de los hechos a partir de los resultados de la investigación practicada hasta entonces y la calificación de su relevancia jurídicopenal. Estas conclusiones son sólo *provisionales*, aunque la acusación pueda resultar vinculada a ellas por conformidad de la parte acusada. En otro caso, en cambio, las partes acusadoras pueden, tras la práctica de la prueba y a la vista de su resultado (o, ciertamente, por otros motivos) modificar sus planteamientos iniciales, fijando los *definitivos*.

² Ayarragaray, C.A., «El principio de imaculación en el proceso», Buenos Aires, 1959, págs. 31 y ss.: véase Lozano-Higuero Pinto, M. y Marchena Gómez, M., «La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal», Comares, Granada, 1994, págs. 42 y ss.

³ Lozano-Higero y Marchena, loc. cit., págs. 48 a 54

⁴ Fortín, M.A., loc. cit., pág. 512

⁵ La expresión coincide -sin duda, no casualmente- con la utilizada por el artículo 793.2 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, a propósito del denominado por ella «Procedimiento Abreviado». Criticada por los especialistas, prefieren, éstos, hablar de «debate o audiencia preliminar» (Lozano-Higuero y Marchena, loc. cit., págs. 25 y 26), a la usanza italiana. Como en el artículo 300 CPP ya se había empleado esta denominación, la terminología adoptada puede no significar más que una concesión estilística para no incurrir en repeticiones terminológicas que podrían prestarse a confusión en la práctica.

⁶ A menos que ambas partes ya hayan hecho uso de su oportunidad antes de su cumplimiento. Podría, aun en este caso, ser preciso aguardar a que transcurrieran los diez días, por si cualquiera de las partes quisiese ampliar las cuestiones ya propuestas. Parece sugerirlo así el artículo 317 CPP.

⁷ La razón es simple: una vez que el órgano jurisdiccional se declara incompetente, lo es para resolver las demás cuestiones que, en referencia a la excepción de incompetencia, son secundarias o subsidiarias.

⁸ El artículo 412 CPP dispone asimismo que la concurrencia de cualquier causa de extinción de la acción penal, cuando el proceso se encuentre en fase de ejecución dará lugar a la declaración del efecto extintivo y al sobreseimiento definitivo de la causa.

⁹ En caso de subsanación del defecto de legitimación, habría que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 169 CPP- Alcance de la nulidad. Conservación de eficacia de los actos procesales. Declarada la nulidad, carecerán de valor y efecto alguno no sólo el acto viciado sino también todos los que hayan realizado con posterioridad, siempre que dependan directamente de aquél y sean determinados expresamente por el órgano jurisdiccional. Cuando se declare la nulidad parcial de un acto, sus efectos no se extenderán a las partes no afectadas por aquélla.

La nulidad de un acto no lleva consigo la de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquél, ni la de aquéllas cuyo contenido habría permanecido, invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

¹⁰ En el mismo sentido, Fortín, pág. 512

¹¹ Lo anterior no significa que no pueda depurarse la eventual ilicitud de actividades preparatorias con trascendencia probatoria en la fase de debate, por ejemplo, la de allanamientos o intervenciones de comunicaciones durante la investigación; pero se difiere a la audiencia de proposición de prueba.

¹² El artículo 9 CPP (Saneamiento de irregularidades procesales) impone a los órganos judiciales un deber especial de velar por la regularidad del procedimiento pero también por el mantenimiento de su eficacia siempre que se descubra un defecto corregible, impidiendo especialmente lo que se denomina el «*abuso de nulidad por motivos formales*» (pretensiones de nulidad por vicios no sustanciales, planteadas con una finalidad meramente dilatoria) como una modalidad del abuso de derecho procesal: «... Los Jueces y magistrados adoptarán las providencias que sean precisas para corregir las irregularidades que adviertan en los procesos, a fin de impedir la nulidad de las actuaciones o la realización de cualquier acto que tenga como propósito, a dilatar indebidamente los procedimientos. En el cumplimiento de esta función, actuarán con estricto respeto de los derechos que corresponden a los sujetos procesales. ...».

¹³ Artículo 169 CPP .- Alcance de la nulidad. Conservación de eficacia de los actos procesales. Declarada la nulidad, carecerán de valor y efecto alguno no sólo el acto viciado sino también todos los que hayan realizado con posterioridad, siempre que dependan directamente de aquél y sean determinados expresamente por el órgano jurisdiccional.

Cuando se declare la nulidad parcial de un acto, sus efectos no se extenderán a las partes no afectadas por aquélla.

La nulidad de un acto no lleva consigo la de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquél, ni la de aquéllas cuyo contenido habría permanecido, invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

LECCIÓN 11: DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA UTILIZABLE. ADMISIÓN Y RECHAZO DE PRUEBAS. UTILIDAD PROBATORIA Y JUICIO DE LICITUD.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

Bibliografía: véase la recogida en la Lección 10.

1. Determinación de la prueba utilizable. Audiencia para proposición de prueba.

En el artículo 317 CPP (Proposición de prueba para el debate) se lee:

«... Inmediatamente después de vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior o de quedar integrado el Tribunal después de que haya sido declarada con lugar una recusación o firme la resolución que deniegue las recusaciones, nulidades o excepciones que se hayan presentado, el Presidente del Tribunal señalará audiencia, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes, para que las partes presenten la lista de los testigos y peritos con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta y señalarán los hechos sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate.

En la misma audiencia propondrán, asimismo, los documentos y demás medios que sirvan para probar las pretensiones deducidas en el juicio y señalarán, en su caso, el lugar en que se encuentran.

Los medios de prueba serán propuestos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar.

Después de la proposición de las pruebas y de oír las alegaciones que al respecto hagan las partes, en la misma audiencia o dentro del plazo de tres (3) días, el Tribunal resolverá por auto motivado sobre la admisión de aquellas. Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

1.3.1. Plazo para la celebración de la audiencia.

Será de **diez días como máximo**.

1.3.2. Fecha del cómputo inicial para la celebración de la audiencia.

[a] Si las partes no han planteado ninguna cuestión que deba resolverse en la audiencia saneadora, inmediatamente después de vencido el plazo de diez días establecido legalmente para su proposición.

[b] Si se ha declarado procedente una recusación, a partir del día siguiente a aquél en que quede integrado el Tribunal.

[c] Si se ha declarado la ineficacia subsanable de un acto procesal, desde el día inmediatamente siguiente a aquél en que quede subsanada.

[d] Si no se estima ninguna de las objeciones planteadas, a partir del día inmediatamente siguiente a aquél en que quedó firme la resolución que deniegue las recusaciones, nulidades o excepciones que se hayan presentado¹.

1.3.3. Proposición de prueba.

[a] Proposición en la audiencia.

[a.1] Proposición en sentido estricto.

Las partes, en la audiencia, propondrán las pruebas que consideren oportunas para sustentar sus respectivas versiones de los hechos y la procedencia del tratamiento jurídico que estimen procedente.

Si propusieren prueba testifical o pericial, deberán presentar la lista de los testigos y peritos con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta.

La exigencia de estos requisitos persigue la certidumbre de la identidad de los testigos y peritos propuestos así como la posibilidad de su rápida localización para proceder a su citación. Ha de interpretarse de acuerdo con la realidad social del país. En ocasiones, puede ser más fácil la comunicación con una persona proporcionando el apodo por el que es conocido en el lugar de su residencia. La profesión u oficio pueden ser, en ocasiones, el único dato que permita la identificación (por ejemplo, el Médico Director de un concreto centro hospitalario en el que fue atendida la víctima) y, en otras, absolutamente prescindible. La *exactitud* de la dirección del citando ha de entenderse en términos flexibles. Se comprende fácilmente que no puede ser el mismo el grado de concreción de la residencia de una persona que vive en una colonia urbana, cuyas viviendas están numeradas, que el de otra que habita en una zona urbana desorganizada o en un medio rural. En definitiva, sobre la parte proponente pesa la carga de facilitar las indicaciones precisas para que el testigo o el perito puedan ser oportunamente citados a juicio.

Señalarán, además, los hechos² sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate. De este modo se evitará que sean citados peritos y, sobre todo, testigos

innecesarios, que sólo sirvan para incrementar el costo del proceso y dilatar su conclusión.

En la misma audiencia propondrán, asimismo, los documentos y demás medios que sirvan para probar las pretensiones deducidas en el juicio y señalarán, en su caso, el lugar en que se encuentran.

Los medios de prueba serán propuestos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar³.

Como hacer ver Fortín Aguilar⁴, los requisitos exigidos para la proposición de la prueba facilitarán considerablemente la labor crítica del Tribunal de Sentencia.

[a.2] Alegaciones de las partes.

Después de la proposición de las pruebas, las partes tendrán, dentro de la misma audiencia, la oportunidad de explicar la pertinencia, utilidad y proporcionalidad de los medios probatorios respectivamente propuestos así como su relación con los hechos debatidos.

[b] Plazo complementario para hacer alegaciones.

Concluida la audiencia, las partes tendrán todavía un plazo de tres días para hacer alegaciones y nada impide que lo aprovechen para subsanar omisiones padecidas al proponer los medios de prueba. Podrán, pues, completar las menciones de identidad y domicilio de testigos y peritos; o designar el lugar donde se encuentran los documentos propuestos en la audiencia que pretenden utilizar como prueba⁵.

2. Admisión y rechazo de las prueba. Fijación judicial de las pruebas admisibles.

Transcurrido ese plazo de tres días, el Tribunal resolverá por auto motivado sobre la admisión de aquellas. Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

5.2.4.1. Forma de la resolución.

Habrá de adoptar la de **auto motivado**.

Todo auto ha de serlo, de manera que el adjetivo sugiere que el tribunal ha de explicar no tanto las razones por las que admite una prueba determinada (a menos que se haya suscitado discrepancia entre las partes) sino las que justifican su inadmisión, indicando su causa en el caso concreto, de modo que no basta disponer que se rechaza una prueba «por impertinente», «por inútil», «por

desproporcionada», «por ilícitamente obtenida», sino que habrá que explicar el motivo de su descalificación como tales.

3. Los parámetros del juicio de admisibilidad de la prueba. Utilidad probatoria y juicio de licitud.

Hay que distinguir dos tipos de problemas. En primer lugar, si el medio de prueba propuesto es admisible en nuestro sistema procesal penal. En caso afirmativo, habrá que discernir si, desde el punto de vista del caso enjuiciado, es también admisible porque ha sido legítimamente obtenido y es funcional para probar los hechos debatidos.

El tribunal ha de ser muy prudente a la hora de rechazar medios de prueba propuestos por las partes, porque su inadmisión compromete el derecho constitucional a la defensa que es «*inviolable*» (artículos 82 CH y 14 CPP).

En muchas ocasiones, sólo se podrá demostrar la utilidad de una prueba después de que haya tenido lugar el debate, y sólo entonces se tendrá información cumplida de las circunstancias en que se obtuvo, permitiendo concluir si lo fue legítima o ilegítimamente.

El artículo 199 CPP exige que el rechazo de una prueba por desproporcionalidad sólo proceda cuando sea «*manifiestamente*» excesiva para la consecución de su finalidad procesal; y, más radicalmente aún, el último párrafo del artículo 317 CPP exige, para que el tribunal pueda inadmitir las pruebas, han de ser éstas «... *manifiestamente* impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...». Por todo ello, **en caso de duda, el tribunal admitirá la prueba propuesta, sin perjuicio del valor que pueda atribuirle en su sentencia.**

[a] Admisibilidad del medio de prueba genérico. El principio de irrestrictividad de los medios de prueba utilizables y el canon de la confiabilidad científica de los atípicos.

A estos efectos resulta fundamental el artículo 199 CPP (epigrafiado *Medios de prueba permitidos*).

Frente al principio de taxatividad de los medios utilizables para probar las alegaciones de las partes, el primer párrafo del artículo citado establece que los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso, «... podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables.

«En lo no previsto en este Código se estará a lo dispuesto en las normas que regulen el medio de prueba que más se asemeje...».

Por tanto, cabrá proponer un medio de prueba *atípico*, no específicamente mencionado y regulado como tal en el Código Procesal Penal, siempre que sea objetivamente confiable, o lo que es lo mismo, que reúna condiciones para lograr una certidumbre científica sobre la realidad o irrealidad del hecho litigioso o sobre alguno de sus extremos.

En el Código Procesal Penal se regulan la prueba pericial, la testifical (con posibilidad de la práctica de careos), la documental (por su examen y lectura directos, o por la reproducción del contenidos de soportes de imagen, de sonido o mixtos: grabaciones y otros medios audiovisuales), el de percepción (o inspección) judicial directa de las piezas de convicción o de otros objetos o lugares y la reconstrucción de hechos. Realmente resulta difícil imaginar otros medios de prueba diferentes, que no se reduzcan a modalidades de los anteriores. En su caso, la laguna legal (falta de regulación específica) se colmará mediante la aplicación de las normas referidas al medio de prueba con el que guarde mayor analogía.

[b] Admisibilidad de un medio de prueba específico. Las pautas de legalidad y de funcionalidad.

«... Los medios de prueba serán admitidos sólo si son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación; resultan útiles para la averiguación de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir. ...». Así se dispone en el párrafo tercero del artículo 199 CPP, a propósito de la fase o etapa preparatoria.

Coincide con él lo establecido en el inciso segundo del artículo 317.4 CPP: «...Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ...».

Se prevé, además, especialmente, que, «... [existiendo] testigos presenciales, y siendo posible su citación a juicio, su testimonio no podrá ser discutido por testigos de referencia. ...» (Artículo 317.5 CPP). Esta regla se corresponde con la explicable aprensión con que se mira el testimonio de referencia, en realidad testimonio de la información proporcionada por un testigo presencial.

[b.1] El juicio de pertinencia en sentido estricto.

El juicio de pertinencia -explica Fenech- tiene una doble dimensión.

En primer lugar, se ha de valorar la relación que guarda la prueba con el tema que es objeto del juicio; pero también habrá que tener en cuenta su capacidad o

habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo.

Desde un primer punto de vista reclama lo que se denominaría pertinencia en sentido estricto, esto es, la relación del medio de prueba y de su objeto con el del debate en curso. Esta pertinencia en sentido estricto deriva, pues, de venir la prueba a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio.

En suma, **son impertinentes aquellos medios de prueba que no tengan relación con los hechos debatidos.**

[b.2] El juicio de utilidad o de pertinencia en sentido amplio.

La relevancia o utilidad, esto es, su capacidad para contribuir a averiguar los hechos investigados y las personas que hayan podido participar en ellos, es tratada como una dimensión de la pertinencia en sentido amplio.

Las partes -explica De Diego Díez- «... tienen la carga de indicar, al proponer los medios de prueba de que van a valerse, los hechos o circunstancias que con ellos pretenden probar (art. 309 [más exactamente, 317] CPP). Es decir, tienen la carga de argumentar ante el Tribunal de Sentencia la pertinencia de la prueba...».⁶

Son inútiles las que carecen de funcionalidad probatoria, ya sea porque no son aptas para verificar o desacreditar los hechos controvertidos, ya porque aquellos a que se refieren no precisan ser probados, como ocurre con los admitidos o los notorios.

[b.3] El juicio de proporcionalidad.

Más delicado es el juicio sobre la proporcionalidad de una prueba.

Puede ser descartada por desproporcionada aquella que no resulta imprescindible y puede ser sustituida por otra distinta, menos costosa o agresiva⁷ o dilatoria, e igualmente eficaz.

En caso de objeción de una prueba por protesta de su ilicitud, el tribunal tendrá que valorar si la declaración de su inutilizabilidad procesal ha de implicar la de aquellas otras que se deriven necesariamente de ella⁸.

[b.4] El juicio de licitud.

El artículo 200 CPP establece: «... Pruebas prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible

su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información. ...».

Este juicio es de gran trascendencia porque puede determinar la inutilizabilidad procesal no sólo de la prueba viciada sino de aquellas que se deriven necesariamente de ella, de acuerdo con la denominada plásticamente doctrina «*de los frutos del árbol envenenado*»⁹.

LECTURA COMPLEMENTARIA.

LA PRUEBA PROHIBIDA.¹⁰

1. Planteamiento general y soluciones en Derecho Comparado

El artículo 200 CPP establece: «... Pruebas prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información. ...».

El proceso es, en definitiva, una contienda, una lucha ritualizadas. Como la guerra, como el juego (Calamandrei, Carreras), tiene sus reglas, que no deben ser traspasadas.

Cuando se infringen las reglas del «juego limpio procesal», y, como consecuencia de esa infracción, se descubre un delito o la participación culpable que en él tuvo una persona determinada, caben dos soluciones:

[a] La regla de la doble sanción.

La respuesta tradicional a esta delicada situación consistió en sancionar al responsable del delito descubierto por procedimiento tan heterodoxo, sancionando, además, a quien hubiese incurrido en la irregularidad procesal que permitió el descubrimiento del delito o de su autor.

Se aplica la regla «*male captum, bene retentum*»: la fuente de prueba (en el sentido de fuente de información sobre los hechos litigiosos) ilegítimamente obtenida podía, sin embargo, incorporarse al proceso mediante su aportación con arreglo a la ley, y servir, consecuentemente, para formar la convicción judicial.

[b] La regla de la inutilizabilidad procesal del material probatorio ilegítimamente obtenido.

Tal es la solución que viene imponiéndose, tanto en el Derecho anglosajón como en

el continental, desde mediados del siglo XX.
[b.1] Las exigencias de *limpieza* del proceso.

En el Reino Unido, esta inutilizabilidad se fundamenta en la vulneración del principio de «juego limpio procesal» («*fairness*»), proclamado en la sentencia dictada, en 1963, en el «caso *Payne*». El triunfo (relativo) de este punto de vista llegaría de la mano de la «*Police and Criminal Evidence Act*», de 1984. Su artículo 78 establece, con claridad, que el Tribunal podrá rechazar una prueba de cargo cuando, «...teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas aquéllas en que fue obtenida, su admisión produciría un efecto tan negativo sobre la limpieza («*fairness*») del procedimiento, que el Tribunal no debería admitirla...».

[b.2] El punto de vista de la intachabilidad de la actuación de los Agentes del Gobierno del Estado.

En Estados Unidos de Norteamérica, la primera mitad del presente siglo fue testigo de la polémica que enfrentó a dos auténticos mitos de la Magistratura norteamericana. Benjamin Natham Cardozo abrazó la opinión tradicional. Según ella, cuando se llegaba a acreditar la existencia y autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, deberían ser castigados los dos ilícitos: tanto el crimen descubierto como la ilegal obtención de la prueba que condujo a su descubrimiento. Así lo sostuvo en 1928, al resolver el caso «*The People v. Defoe*».

En ese mismo año se dictó sentencia en el caso «*Olmstead vs. U.S.*». Siguió el tradicional criterio de la doble sanción, pero el Magistrado Oliver Wendell Holmes discrepó de la mayoría. A su juicio, se hacía preciso elegir entre dos cosas igualmente deseables, pero que, por desgracia, no son compatibles. «...Es en verdad deseable -argumenta- que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente ... Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno (*an ignoble part*) ...».

Esta perspectiva del mal menor («*less evil*») iba a acabar por imponerse totalmente, a partir de la Sentencia dictada en el caso «*Mapp vs. Ohio*», en 1961. Con ella se consolidó el criterio que proclamaba la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de la IV Enmienda a la Constitución (que consagraba la inviolabilidad del domicilio); y la sentencia, además, declaró aplicable esta doctrina a las jurisdicciones estatales.

El argumento tópico, sobre el que se sustenta la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente, se centra en el propósito de disuadir al aparato policial de acudir a tales métodos investigadores prohibidos, so pena de ver condenados al fracaso sus esfuerzos, y al margen las responsabilidades (civiles, penales o

administrativas) en que puedan incurrir los funcionarios que hicieron uso de aquéllos.

El radio de acción de esta prohibición probatoria no se restringe a los hechos directamente conocidos mediante la prueba prohibida («*original evidence*»), sino que llega a las adquiridas de forma derivada («*derivative evidence*») a partir de aquélla, con arreglo a la doctrina plásticamente conocida como de los frutos del árbol envenenado («*taint o fruit of poisonous tree doctrine*»), así bautizada en la sentencia decisora del caso «*Nardone*», en 1939.

Naturalmente, toda la construcción doctrinal garantista, tan trabajosamente elaborada, y marcadamente empírica, tiene sus límites. Ante todo, si el objetivo es el control de los agentes policiales, no se extenderá a la obtenida ilegalmente por particulares (no aludidos, además, por la IV Enmienda), según reitera la sentencia «*U.S. v. Jacobsen*», en 1984; e incluso -aunque haya dado lugar a severas críticas, y existan fallos discrepantes- por oficiales de policía extranjeros. Tampoco juega la regla de exclusión cuando un particular entrega a la Policía pruebas conseguidas indebidamente. El caso típico es el de piezas de convicción obtenidas mediante registros privados; excepción que, en los últimos años, ha constituido un incentivo para la proliferación de verdaderos cazadores de supuestos delincuentes, y, de paso, de recompensas. La comprensión de los tribunales quiebra, sin embargo, cuando la acción del particular ha sido provocada por un requerimiento policial.

Por otra parte, para declarar la inadmisibilidad del material probatorio es preciso, no sólo demostrar la vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente, sino, además, la relación de causalidad que la ligaba a la obtención de aquél. Aquellas fuentes de prueba obtenidas de forma que nada tenga que ver con aquella vulneración, con utilizable como «*fuentes independientes*» de aquella vulneración, y, por tanto, no contaminadas por ella.

Tampoco pesa la prohibición de aprovechamiento sobre aquellos datos que habrían sido inevitablemente conocidos, por otras vías, en el curso de la investigación. Este criterio de la «*inevitable discovery*», consagrado por la sentencia «*Nix vs. Williams*», en 1984, cuya aplicación práctica puede obligar a complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos, constituye un intento de recortar el alcance de la Jurisprudencia precedente.

[b.3] La prevalencia a ultranza del respeto de los derechos de la persona.

El planteamiento en el Derecho continental ha sido muy diferente. Tradicionalmente se viene afirmando que el proceso penal constituye un marco de comprensión escénica, que tiende a la producción del caso de tal forma que, los hechos que la sentencia fija como probados, se aproximen lo más posible a los efectivamente ocurridos. Este ideal se sintetiza en el llamado principio de la verdad material.

Sin embargo, semejante aspiración no puede conseguirse por no importa qué

medios. Se ha convertido en un lugar común en la bibliografía procesal, la cita de estas palabras del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana, en su Sentencia de 14 de Junio de 1960, en el caso conocido como «de la cinta magnetofónica»: «...No es...un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio [*«Es ist kein Grundsatz der StPO, daß die Wahrheit um jeden Preis erforcht werden müßte»*]. En efecto, esta opinión jurídica tiene como consecuencia que importantes medios, en determinadas circunstancias los únicos, para el esclarecimiento de los hechos punibles, queden inservibles. Sin embargo, esto tiene que ser aceptado...».

Vives Antón ha conectado sabiamente los planos deontológico y epistemológico del problema:

«...En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta; pero "correcta" no es sólo materialmente "verdadera". El problema del proceso penal no es sólo el de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el de que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes que coloquen a la otra en situación de desventaja.

«Sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo.

«Si ello es así -y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su "verdad" resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración».

[b.3.1] Las prohibiciones probatorias.

A comienzos de siglo, en 1903, Ernst Beling publicó una obra precursora, con el largo título *«Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Derecho Penal»*. En él se compendia el método de aproximación al tema que le servía de objeto. Los órganos de la Justicia penal tienen el deber de averiguar lo realmente acaecido, y el poder de tomar cuantas medidas conduzcan, con éxito, al logro de tal objetivo. Sin embargo, semejante poder no es ilimitado, sino que se detiene ante aquellas prohibiciones de actuar, que expresamente señala la Ley. Hoy, es verdad, se cuestiona este planteamiento, empezando por la misma terminología. Se destaca, más que la sujeción a prohibiciones expresas, la vinculación de cuantos -particulares u órganos públicos- resulten implicados en la investigación, persecución y castigo de una infracción penal, a todo el

Ordenamiento, del que emanan los límites de actuación de aquéllos. Los especialistas han elaborado minuciosamente catálogos y clasificaciones de prohibiciones probatorias, y se han esforzado por determinar los efectos que produce la infracción de cada una de ellas.

Gómez Colomer reprodujo y difundió en España la muy generalizada sistemática de Roxin, diferenciando:

1. Prohibiciones relativas a la práctica de la prueba (*Beweiserhebungsverbote*), clasificadas, a su vez, en las subcategorías siguientes:

1.1. Prohibiciones de temas de prueba (*Beweisthemaverbote*): así, en caso de calificación de una materia como secreto estatal u oficial, queda excluida cualquier declaración sobre ella;

1.2. Prohibiciones de medios de prueba (*Beweismittelverbote*): así, el testimonio de personas que hacen uso de su privilegio de no declarar, o rechazan ser sometidos a una investigación corporal a la que pueden negarse, en cuyos casos se prohíbe la utilización de ese concreto medio de prueba, que no puede realizarse de ninguna forma;

1.3. Prohibiciones de métodos de prueba (*Beweismethodenverbote*): el medio de prueba no está prohibido en absoluto, pero sí cierto modo de practicarlo, como sería la tortura -u otros métodos proscritos por el artículo 136 a) de la Ley Procesal Penal alemana- infligida durante el interrogatorio de una persona;

1.4. Prohibiciones probatorias relativas (*relative Beweisverbote*), en la medida en que la prueba sólo puede ser ordenada o practicada por determinadas personas; así, la investigación corporal a que alude el artículo 81 a) StPO únicamente podrá ser dispuesta por el Juez, el Fiscal o Ayudantes (*Hilfsbeamten*) de éste, y efectuada por un médico.

2. Prohibiciones de aprovechamiento -o de valoración- de resultados probatorios (*Beweisverwertungsverbote*): ya no se trata de saber si se puede practicar una prueba, sino si, llevada a cabo en ausencia de sus presupuestos legitimadores, cabe aprovechar sus resultados.

Por su parte, la profesora Pastor Borgoñón separa:

(a) materias excluidas de investigación;

(b) métodos de investigación totalmente excluidos; y

(c) métodos de investigación admisibles si se respetan las condiciones y requisitos que la Ley exige.

Ante todo, es preciso distinguir dos tipos de problemas muy distintos.

En primer lugar, se puede aislar una serie de materias excluidas como objeto de cualquier actividad investigadora o probatoria. La eventual prohibición recae sobre el mismo tema de la prueba. Son ejemplos tópicos, el ámbito cubierto por la legislación de secretos oficiales. La invocación del privilegio de no declarar, conferido a ciertas personas, en atención a su actividad (secreto profesional) o a su relación familiar con el imputado, y que puede vincularla con un auténtico deber de no revelación, dificulta, sin duda, la investigación y prueba de un hecho, pero no entraña necesariamente su clausura como tema de prueba, ya que puede ser acreditado por otros medios.

El segundo nivel consiste en la introducción de material probatorio en el proceso, a través de los correspondientes medios de prueba. Es una actividad siempre legalmente formalizada. Normas materiales y procesales convergen para delimitar las condiciones de incorporación de aquel material y de la práctica de estos medios, y las prohibiciones probatorias consiguientes.

[b.3.2] Panorama comparatista europeo.

El tratamiento que reciben estos problemas en el Derecho continental varía sensiblemente de un Ordenamiento a otro.

En la República Federal Alemana, desde mediados del presente siglo, se adopta el punto de vista de la ponderación de intereses en juego. La búsqueda de la verdad material no es un valor absoluto, que haya de sobreponerse incluso a la tutela efectiva de derechos y libertades fundamentales. Antes bien -explica el profesor Tiedemann- y de acuerdo con el nuevo rumbo jurisprudencial, el objetivo del proceso penal propio de un Estado de Derecho es proceder contra el inculcado sólo de forma respetuosa con su dignidad humana, garantizando, por tanto, aquellos derechos y libertades, y respetando su personalidad.

Se diferencian dos áreas objeto de protección de distinta intensidad, siguiendo los criterios de la denominada teoría del entorno («círculo») jurídico (*Rechtskreis*theorie).

Hay un núcleo totalmente intangible, cuya vulneración comporta la absoluta imposibilidad de aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse. Así acontece con las declaraciones obtenidas mediante los métodos de interrogatorio prohibidos por el artículo 136 a) de la Ley Procesal Penal (malos tratos, agotamiento, violencias corporales, administración de fármacos, tortura, engaño o hipnosis, o que menoscaban la memoria o capacidad de comprensión), independientemente del consentimiento del inculcado.

Resta, luego, una esfera de menor protección, en la que hay que considerar si la violación de la prohibición probatoria afecta esencialmente al entorno jurídico del

recurrente, o si esa violación ha sido para él algo secundario o sin importancia. La búsqueda del equilibrio de intereses y la consideración de la proporcionalidad entre el medio empleado y la finalidad perseguida fueron los principales -que no únicos- criterios manejados por una Jurisprudencia que vivió momentos de tensión, hasta que se impuso la opinión del Tribunal Supremo federal, favorable a la inutilizabilidad de los datos obtenidos mediante la grabación clandestina de una discusión conyugal o por la revelación de la información contenida en un diario íntimo sustraído a su titular. Fueron las resoluciones conocidas como «del diario y de la cinta magnetofónica» (*Tagebuch- und Tonbandentscheidung*), en 1964 y 1960, respectivamente.

Los procesalistas franceses concuerdan en admitir -en términos que coinciden casi a la letra con la doctrina del Tribunal Supremo federal alemán- en que «...aunque el objetivo capital del proceso represivo sea el descubrimiento de la verdad, ésta no puede investigarse por no importa qué medios. A la dignidad de la Justicia y al respeto que debe inspirar, importa que no se admita ningún medio de prueba que atente a los valores fundamentales de la civilización...». Sin embargo, falta una construcción doctrinal elaborada sobre las consecuencias de este principio, y la jurisprudencia es contradictoria.

La discusión doctrinal acerca de la admisibilidad de las pruebas de origen ilegítimo enfrenta, en Italia, tres opiniones.

Están, de un lado, quienes entienden que las pruebas ilícitamente obtenidas son radicalmente nulas, e inutilizables en el proceso. Algunas sentencias antiguas parecen haber aplicado este criterio.

Para un sector de la procesalística italiana, en cambio, a salvo casos de extraordinaria gravedad, la prueba ilegítimamente obtenida debía ser admitida en juicio. Este criterio fue igualmente refrendado por alguna resolución jurisprudencial.

Entre ambos extremos, encuentra creciente aceptación el criterio con arreglo al cual la inadmisibilidad sólo es predicable cuando la fuente de prueba se obtiene mediante violación de un derecho fundamental. La Sentencia número 34, de 6 de Abril de 1973, a propósito de interceptaciones telefónicas clandestinas (y que dio lugar a la introducción de los artículos 226 bis y siguientes en el Código de Procedimiento Penal, por Ley número 98, de 8 de Abril de 1974), proclamó el principio general según el cual actos ejecutados con desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano, no pueden ser aceptados como justificación y fundamento de actos procesales de quien haya padecido aquella actividad constitucionalmente ilegítima.

La Sentencia de 14 de Diciembre de 1957, del Tribunal Supremo, cortó el paso a la extensión de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, al permitir la utilización de datos conseguidos regularmente a partir de informaciones obtenidas durante una detención ilegalmente prorrogada.

El artículo 191.1 del Código de Procedimiento Penal, de 1988, dispone que «las pruebas adquiridas con violación de prohibiciones establecidas por las leyes no pueden ser utilizadas». Su ambiguo tenor literal no resuelve expresamente este punto.

El artículo 129 del vigente Código de Procedimiento Penal portugués, de 1987 es de tenor parecido al italiano. Su artículo 126 acota los métodos prohibidos de prueba, en sintonía con lo establecido por el 32.6 de la Constitución de la República de Portugal (de 2 de abril de 1976), a cuyo tenor «... [serán] nulas cualesquiera pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona, o intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones ...».

La nulidad deriva, pues, de la vulneración de determinados derechos fundamentales de la persona: su integridad física, su integridad moral, el ámbito de su intimidad: vida privada, domicilio, comunicaciones.

Sin embargo, los aludidos preceptos de la Constitución y del Código de Procedimiento Penal de Portugal no permiten extraer un criterio sólido a propósito de la validez o nulidad de la indirectamente obtenida de una prueba adquirida ilegítimamente.

En España, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 114/1984, de 29 de Noviembre, estableció las bases de lo que se convirtió finalmente en Derecho positivo, al disponer, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, que «...[en] todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales...».

Desarrollando este precepto, tanto la doctrina jurisprudencial como la constitucional introdujeron -no sin crítica de un sector de la bibliografía especializada- la doctrina de «los frutos del árbol envenenado», matizada, como en la jurisprudencia estadounidense, por las doctrinas de la admisibilidad de las fuentes independientes de prueba y del descubrimiento inevitable, construidas sobre la base de la exigencia de lo que se denomina la «conexión de antijuridicidad» entre la irregularidad apreciada y el fin de protección de la norma que consagra el derecho fundamental comprometido.

[b.3.2] Panorama comparatista iberoamericano.

El apartado LVI del artículo 5 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 5 de octubre de 1988, dispone: «... No serán admisibles en juicio las pruebas obtenidas por medios ilícitos».

El artículo 29.V de la Constitución Política de la República de Colombia, de 5 de

julio de 1991, establece, por su parte, que «... [es] nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso ...».

Ya en el nivel de la legalidad ordinaria, el artículo 194 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia argentina de Córdoba, bajo el epígrafe «Exclusiones probatorias», dispone tajantemente: «... Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas si su violación, y fueran consecuencia necesaria de ella ...», lo que significa la recepción expresa de la doctrina jurisprudencial norteamericana de «los frutos del árbol envenenado».

Sin salir del espacio jurídico iberoamericano, el artículo 175 del Código Procesal Penal de Costa Rica, de 1996, dispone que «... [no] podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales. ...».

A propósito de los medios de prueba, y tras proclamar, en su artículo 180, que «... [el] Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación. ...», su artículo 181, dedicado a la «legalidad de la prueba», establece de este modo la exigencia tanto del «bene captum» como del «bene retentum»: «... Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código ...»; y el párrafo segundo concreta: «... A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.»

En términos muy similares se pronuncia el artículo 183 del Código Procesal Penal de Guatemala.

2. El tratamiento de las pruebas prohibidas o ilícitas en el Código Procesal Penal hondureño.

El artículo 200 CPP establece: «... Pruebas prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible

su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información. ...».

[a] El concepto de prueba prohibida o ilícita.

Lo es, con arreglo al artículo 200 CPP aquella que vulnera las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los Convenios Internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte.

Tiene sobrada razón De Diego Díez cuando denuncia la confusión que se padece en este artículo entre prueba prohibida y prueba ilícita. La prueba ilícita -explica Gimeno Sendra- lo es por vulnerar un precepto legal (constitucional u ordinario), mientras que la prohibida es aquella que vulnera derechos de la persona. Claro que, advierte De Diego, en seguida se comprende que el artículo 200 CPP se contrae a la segunda, esto es, a la prueba prohibida.

Las garantías procesales son aquellas que aparecen configuradas como tales en la Constitución de la República o en los Tratados suscritos por Honduras. Estas garantías comprometen derechos fundamentales de la persona, cuya prevalencia es tan absoluta que puede sobreponerse al objetivo procesal del descubrimiento de la verdad. El Código Procesal Penal hondureño se alinea así con los más modernos del Derecho continental europeo.

[b] El efecto del quebrantamiento de la prohibición probatoria.

Las pruebas ilegítimamente obtenidas «carecerán de eficacia probatoria». La sanción del quebrantamiento de la prohibición probatoria es la ineficacia de la información obtenida; su «inutilizabilidad procesal», por utilizar una terminología utilizada -no sin críticas- por el Código italiano de Procedimiento Penal, y por alguna jurisprudencia española y norteamericana.

La inutilizabilidad significa, para empezar, inadmisibilidad. La prueba prohibida propuesta por una parte será rechazada por el Tribunal de Sentencia en cuanto le conste el vicio padecido en su obtención. La denuncia de ilegitimidad puede hacerse ya en la fase incidental de la preparación del debate (artículo 316 CPP), y en la audiencia para proposición de prueba en juicio (artículo 317 CPP); pero también en la fase preliminar saneadora del debate (artículo 320 CPP). En este último caso, la prueba prohibida indebidamente admitida en principio, quedará excluida de las que pueden practicarse en el acto del juicio.

Si la irregularidad se descubre en el curso del juicio, las partes podrán denunciarla en sus informes finales (artículos 167.1.5 y 334 CPP), a fin de que el Tribunal de Sentencia no la tome en consideración para formar su convicción.

En cualquier caso, la inutilizabilidad de la prueba significa que el Tribunal de Sentencia nunca podrá fundar su convicción sobre ella (De Diego Díaz); pero si

ninguna parte ha objetado la prueba por esta razón, el Tribunal debería plantear la cuestión a fin de respetar la exigencia de previa audiencia, de conformidad con lo prevenido por el artículo 168 CPP.

La sentencia fundada en prueba prohibida justificaría la interposición de recurso de casación por infracción de precepto constitucional (artículo 361 CPP), como sostiene De Diego Díez, y posiblemente por quebrantamiento de forma, a tenor del artículo 362.2) CPP. Como motivos de la primera modalidad recursiva, podrían invocarse, a título de ejemplo (explica De Diego Díez), el quebrantamiento de los derechos a la dignidad de la persona (artículo 59 CH), a su integridad física, psíquica y moral (artículo 68 CH), a la intimidad personal y familiar (artículo 76 CH), al derecho a no declarar (artículo 88 CH), a la inviolabilidad del domicilio (artículo 99 CH) o el secreto de las comunicaciones (artículo 100 CH).

La ineficacia de la prueba ilegítimamente obtenida se predicó, durante mucho tiempo, exclusivamente de la de cargo. Un clásico de los estudios probatorios, Silva Melero, opta claramente por su inadmisibilidad *in bonam partem*, «...es decir, si las conclusiones son favorables al reo, pues, como dice FRANCO CORDERO, la declaración de inocencia de un inculpado es demasiado importante para ser sacrificada a los ídolos del procedimiento...». El Código Procesal Penal de Costa Rica participa de este criterio.

Pero el artículo 200 CPP no hace salvedad alguna. Partiendo de un texto legal igualmente tajante, la Magistrada Fernández Prado no descarta que la prohibición alcance a cualesquiera pruebas ilegítimas, sean de cargo o de descargo; y Asencio Mellado, siguiendo a Peters, afirma que «... la inutilizabilidad ... lo es tanto en contra del acusado como a su favor ...».

Sin embargo, si es comprensible un movimiento social de rechazo frente a la inocuización de la prueba ilegítimamente obtenida, *ex post facto*, cuando ha revelado la culpabilidad del acusado, mucho más fuerte habrá de ser cuando ha demostrado su inocencia. La técnica del *balancing* o equilibrio de intereses en juego tendría que ser, por fuerza, aún más rigurosa en tales casos.

Por eso, el profesor Lozano-Higuero propuso, en su momento, aplicar, como correctivos, los criterios de fragmentación y de razonabilidad que permitirían eliminar los inconvenientes de la exclusión indiscriminada de la prueba ilegalmente obtenida, y utilizarla «... para exculpar a un inocente sujeto a proceso, nunca para constituir o fundar un cargo respecto a un eventual culpable o inculpado ...».

Si se acepta, sin reparo, el argumento tópico que afirma ser preferible arriesgarse a dejar impune a un posible culpable, antes que exponerse a castigar a un no menos posible inocente, esa disparidad de trato debería conducir a un solución igualmente diferente según la prueba prohibida favorezca o perjudique al acusado. En aras del mantenimiento de la vigencia efectiva de la tutela de los derechos y libertades fundamentales, puede ser razonable absolver a quien se tiene la conciencia de ser

culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ilegítimamente. Repugna, en cambio, condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento. En tales casos, parece preferible la opción tradicional: atenerse a la inocencia probada incluso por un medio prohibido, y depurar las eventuales responsabilidades derivadas del ilícito procedimiento de obtención de la fuente de prueba.

Así, por ejemplo, excepcionalmente, una Defensa podrá -como consecuencia del antedicho principio de fragmentación- invocar un eventual resultado negativo de un registro policial practicado cuya legitimidad se impugne, como argumento pretendidamente enervante del resultado de otras eventuales fuentes independientes de prueba, no contaminadas por aquella ilegitimidad.

[c] La propagación de la ineficacia de la prueba prohibida a los actos directamente derivados de ella.

No sólo es inutilizable el material obtenido ilegítimamente, sino también cualquier otro que sea «... consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos ...». Lo dispuesto por el artículo 200 CPP coincide con lo prescrito a propósito de la nulidad por el 169.1 CPP.

Ello supone la recepción de la doctrina de los «frutos del árbol envenenado», pero la exigencia de una relación de dependencia directa entre la prueba ilegítimamente obtenida y la lograda con base en ella, pero, esta vez, con observancia de todas las garantías, conduce a aceptar la utilizabilidad de la fuente independiente de prueba (aquella que no guarda relación con la prohibida) y aun de la utilizabilidad en caso de inevitabilidad del descubrimiento, por otras vías siempre independientes, de la información ilegítimamente adquirida.

Así, la información obtenida mediante tortura acerca de la localización de una determinada cantidad de droga prohibida sería inutilizable procesalmente, pero no impediría tener en cuenta la conseguida, independientemente de aquélla, a través de una intervención de comunicaciones telefónicas autorizada judicialmente, concurriendo todos los requisitos legales exigidos para ello. En cambio, si la información sólo pudo conseguirse mediante el empleo de aquellos malos tratos, aunque el descubrimiento de la sustancia prohibida se haya efectuado como consecuencia de un allanamiento policial autorizado judicialmente, no podrá utilizarse este material porque tal allanamiento nunca habría sido posible sin los conocimientos obtenidos por aquel procedimiento ilícito.

[d] La sanción de la infracción cometida.

Lo inutilizabilidad procesal de lo descubierto a través de una fuente de prueba ilegítimamente obtenida no impide, por supuesto, que se exija la responsabilidad correspondiente a quien la haya conseguido ilegítimamente, incluida la penal, con base, por ejemplo, en los artículos 203, 299, 214 y 334, todos ellos, del Código

Penal.

¹ Como ya queda advertido, en caso de estimación de la propia incompetencia, una vez recibidas las actuaciones por el órgano competente, procederá éste a convocar una nueva audiencia saneadora, que se regirá por las reglas comunes.

² Esto es, los puntos o extremos que integran el hecho enjuiciado.

³ Esta exigencia se cumple acotando los aspectos del total hecho enjuiciado que se pretende probar. No se obliga a la parte a poner al descubierto su estrategia procesal.

⁴ «Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 514

⁵ Ha de tenerse, en cambio, por precluído, al concluir la audiencia, el momento procesal oportuno para proponer prueba.

⁶ «Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 361

⁷ En Derecho Procesal Norteamericano se cita el caso de una Defensa que propuso la práctica de una delicada intervención quirúrgica, para extraer del cuerpo de la víctima el proyectil que la había herido, a efectos de comprobación del arma que lo había disparado.

⁸ Esta cuestión está estrechamente relacionada con la utilizabilidad de fuentes independientes de prueba o de otras que sólo se han limitado a acelerar el conocimiento de hechos que se hubiera logrado antes o después; lo que, en la terminología angloamericana se denomina excepción de descubrimiento inevitable («*inevitable discovery*»). Las enseñanzas de la experiencia de la vida pueden contribuir en gran medida a afrontar con realismo la valoración de cada caso particular.

⁹ ¡No del árbol prohibido!, como se lee y escucha a veces, por sugestión inconsciente de la imagen del árbol bíblico.

¹⁰ Tomado de Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L. (Autores Coordinadores), «Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004. Redactado por Jesús Fernández Entralgo.

LECCIÓN 12: EL SEÑALAMIENTO. LA CONFORMIDAD. LA DEPURACIÓN DEL FRAUDE. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO PROCESAL

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

1. Señalamiento de fecha y hora para el debate.

Esta materia aparece regulada por el artículo 310 CPP (Señalamiento de fecha y hora para el debate): «... Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución relativa a la admisión de las pruebas presentadas el Presidente del Tribunal de Sentencia fijará la fecha y la hora en que se iniciará el juicio oral y público. Dicha fecha deberá estar comprendida entre los diez (10) y los treinta (30) días siguientes. Excepcionalmente el Tribunal podrá prorrogar este plazo por auto motivado, por hasta quince (15) días más.

Instruirá, asimismo, al Secretario del Tribunal para que convoque a las partes a fin de que se hagan presentes en la correspondiente audiencia, cite a los testigos y peritos, en su caso, y adopte las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público. ...».

Consecuentemente, la sucesión procedimental será la siguiente:

[a] **Auto de admisión y rechazo de pruebas.**

[b] **Notificación a las partes**

[c] (Dentro de los tres días siguientes a la última de ellas)

1.1. Señalamiento de día y hora del inicio del debate:

[c.1] plazo:

[c.1.1] ordinario: entre los diez días y los treinta días siguientes

[c.1.2] extraordinario: prorrogable hasta cuarenta días (diez días más)¹.

[d] **Instrucciones complementarias al Secretario del Tribunal.**

[d.1] **Citación de las partes y de sus Defensores** (cuyo control le corresponde a tenor del artículo 137 CPP).

Será aplicable lo dispuesto por el artículo 154 CPP (Citaciones y emplazamientos):

«... Las partes en un proceso, así como, los testigos y peritos, serán citados y

emplazados personalmente por el Receptor del órgano jurisdiccional y en su defecto, por el empleado a quien se le asigne esa función, la cual deberá desempeñar previa promesa de ley, adquiriendo uno a otro el carácter de ministro de fe público. Tales diligencias, excepto la notificación personal, se practicarán por medio de cédulas, a las que acompañarán la copia de la acusación o querella en su caso. Inmediatamente después de efectuadas, pondrá razón de las mismas en los autos el funcionario judicial competente.

Cuando la citación o emplazamiento haya de hacerse por medio de comunicación, se acompañará la cédula correspondiente. ...».

[d.2] Adopción de las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público.

1.2. El lugar de la celebración del juicio oral y público.

El **artículo 127 CPP** dispone:

«... Las audiencias se llevarán a cabo ... en los lugares habilitados para tal fin por la Corte Suprema de Justicia o en los que señale el Tribunal de Sentencia, siempre que se hallen situados dentro de su jurisdicción, salvo si existe la posibilidad de que se provoque una grave alteración del orden público no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presente obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el tribunal lo estime prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometió el delito. En estos casos, el tribunal acondicionará una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio. ...».

1.2.1. El principio general de celebración del juicio oral en la sede del órgano jurisdiccional.

[a] El juicio oral se celebrará, como regla general, en la sede del Tribunal de Sentencia, y **en el lugar habilitado para tal fin por la Corte Suprema de Justicia.**

[b] Podrá tener lugar **en otro punto, que designe el Tribunal de Sentencia, dentro o fuera de la localidad donde tiene su sede, pero siempre** que se encuentre **dentro del espacio geográfico de su competencia territorial.**

Esta decisión se incluirá en la resolución en que se señale fecha y hora para el inicio de los debates, y deberá ser debidamente motivada.

Ha de tratarse de un local jurisdiccional o habilitado al efecto.

Fortín Pavón² entiende que, a diferencia de lo que se permite en algunos sistemas procesales penales centroamericanos (como el de Costa Rica), no es posible legalmente celebrar el juicio dentro de un recinto penitenciario, sin perjuicio de las medidas de seguridad que puedan adoptarse para evitar la fuga de la persona acusada o la producción de alteraciones del orden dentro o fuera de la Sala de Justicia.

1.2.2. La excepción por riesgo de alteración del orden público.

En el artículo 127 CPP se excepciona, a la regla general de celebración en la sede del Tribunal de Sentencia, el caso de que exista la posibilidad de que se provoque una grave alteración del orden público o no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presenten obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

1.2.3. La excepción por razones de ejemplaridad.

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el tribunal lo estime prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometió el delito. En estos casos, el Tribunal acondicionará una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.

Nótese que, en este caso, la determinación del lugar del juicio y de su acondicionamiento no se encomienda al Secretario, sino al Tribunal de Sentencia, el cual tomará las medidas oportunas recabando de las autoridades locales el auxilio interinstitucional que precisen.

El tribunal tendrá que extremar la prudencia a la hora de tomar la decisión de trasladar la celebración del juicio al lugar de los hechos por razones de ejemplaridad, ponderando el incremento del peligro de trastorno del orden público que pueda llevar consigo.

Binder ha insistido en la función reductora de la violencia del conflicto que el proceso lleva consigo. Sería perturbador que la celebración del juicio neutralizara esa importante función social. En la actualidad, una difusión intensificada de esa celebración y de una eventual sentencia condenatoria pueden producir un efecto equivalente de prevención general positiva (demostración de que el sistema penal funciona) y de intimidación o disuasión (*deterrence*) general.

2. La conformidad del acusado. La depuración del fraude.

2.1. Concepto y efectos de la conformidad del acusado.

En su estudio sobre la conformidad, el profesor Gimeno Sendra la define como «...un acto unilateral de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio "puro" de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada...»³.

Los procesalistas siguen discutiendo sobre su naturaleza. Para unos, será una modalidad de transacción; para otros, de confesión⁴. Goza, sin embargo, de gran predicamento, la configuración de la conformidad como allanamiento, propuesta por el profesor Alcalá-Zamora y Castillo⁵.

La conexión con el principio de oportunidad y el sistema angloamericano es constante⁶. No es extraño. El modelo procesal inglés configura, desde antiguo, la admisión de culpabilidad por el imputado (*guilty plea*) como forma de conclusión -por truncamiento- del procedimiento penal. En síntesis, formulados los cargos contra el acusado, puede, éste, al principio de la audiencia principal, y a requerimiento del Juez, declararse culpable, quedando el caso visto para sentencia.

En principio, se presupone que el confeso ha actuado a impulsos de su arrepentimiento por el delito cometido. La doctrina jurisprudencial viene tradicionalmente fingiendo que así es en realidad⁷. Los especialistas, empero, se encargan de advertir que todo eso es no más que pura teoría⁸. Y los propios Tribunales ingleses han llegado a reconocer que hasta el menos avisado sabe que la confesión significa una reducción de la pena o alguna otra ventaja para el acusado⁹. Sin embargo, el Juez no puede jugar explícitamente esa baza, y menos aún amonestar al acusado con la posibilidad de *apretarle las clavijas* (*throw the book*), esto es, con una posible agravación de la pena en caso de protestas de inocencia, que obligaran a la prosecución del juicio. Al resolver el caso *Turner*, en 1970, se dejó sin efecto una condena pronunciada únicamente con base en una confesión, porque el Abogado había dejado entrever a su cliente que, en caso de reconocimiento de culpabilidad, la pena sería menos severa¹⁰. El código deontológico de la Abogacía inglesa, por su parte, exhorta a los Defensores a recomendar a sus patrocinados que sólo se confiesen culpables cuando lo sean en realidad¹¹.

Precisamente, al decidir el caso «*Turner*», Lord Parker fijó las reglas del juego de la negociación procesal en los siguientes términos:

a) El Abogado debe proporcionar el mejor asesoramiento que pueda, enfáticamente («*in strong terms*») si fuere preciso, incluyendo la advertencia de que una confesión de culpabilidad es un factor atenuante («*mitigating factor*») que quizá permita que el Tribunal imponga una pena menor. Es obligado decir al acusado que no se confiese culpable a menos que haya cometido la infracción imputada.

b) El acusado debe ser libre para decidir si se confiesa culpable.

c) Debe existir un libre acceso entre el Abogado defensor y el juez para tratar asuntos

que no podrían tocarse en el debate público. Deben estar presentes tanto el Abogado de la acusación como el de la defensa, y el procurador («*solicitor*») de esta última, si lo desea. Estas reuniones sólo tendrán lugar cuando sea necesario, y el juez sólo las celebrará en privado cuando sea imprescindible.

d) Un juez nunca debería sugerir la pena que tiene pensado imponer, a menos que deba advertir al Abogado defensor que, en caso de confesión, tiene en mente un tipo particular de pena, como, por ejemplo, la condena condicional («*probation*»). Un juez nunca debiera decir abiertamente o sugerir que, en caso de ser declarado culpable el acusado, impondrá una pena más severa. Cualquier discusión sobre la pena debe ser comunicada por el Abogado defensor a su cliente.

El margen de reducción de pena, como premio a la confesión, no conoce, en principio, límites. En alguna sentencia aislada, se sugirió que no rebasara un treinta por ciento, pero los comentaristas dejan constancia de lo excepcional de este pronunciamiento¹².

La institución se exportó, como era de esperar, a las un día colonias de Ultramar; y en ellas desarrolló una nueva vida, y un extraordinario auge, proporcional al declive de los juicios con jurado. En el mundo pragmático norteamericano, la negociación de una confesión de culpabilidad (en sus variedades de *plea of guilty*, o confesión de culpabilidad, y de *plea of Nolo contendere*, o de renuncia a la defensa) ha terminado por convertirse en el sustituto habitual del juicio¹³. En 1984, un estudio del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, concluía que la relación entre casos resueltos transaccionalmente y casos decididos previa celebración de juicio era de once a uno¹⁴. Dos años antes, una investigación no oficial calculaba que el noventa y ocho por ciento de la totalidad de los procedimientos penales finalizaba mediante negociación¹⁵. Weinreb, destacado especialista, concluye críticamente que «...En un examen ajustado de la realidad, la conformidad es lo normal, y el paso a juicio, lo excepcional Esta contradicción de los modelos teórico y real del proceso penal es de lo más chocante, porque nos vanagloriamos de ser un signo de nuestra cultura que el gobierno esté emplazado a probar la culpabilidad de una persona exclusivamente por sus propios medios. De hecho, llevamos la admisión formal de culpabilidad del acusado bastante más allá que otros países cuyos procedimientos criticamos porque no están tan plenamente basados en el modelo acusatorio. A la vista de la escasa frecuencia de los juicios en nuestro país, nuestra insistencia en nuestra superioridad deja mucho que desear. ...»¹⁶. Otro monografista, de cita tópica, Alschuler, reconoce que, en realidad, todo, en el actual sistema procesal penal norteamericano, para preconcebido para conducir a los Abogados defensores a adoptar como lema: «En caso de duda, échate atrás»... y negocia¹⁷.

Aunque fórmulas transaccionales de Justicia penal son conocidas desde comienzos del siglo XIX, su práctica fue un tanto clandestina, hasta que, en la segunda mitad del actual, se suscitó en torno a ellas una discusión que desembocó en la conocida sentencia *Brady v. United States* (379, US 742, 1970)¹⁸.

En la gran mayoría de los casos, la confesión de culpabilidad forma parte de un trato, de una práctica, llamada confesión convenida o confesión obtenida. Para el profesor Fairén Guillén, «...nos hallamos ante un caso de autocomposición procesalizada e incompleta, dada la intervención judicial al fin. Pero autocomposición de gran entidad: es un contrato»¹⁹.

A cambio de que el imputado se declare culpable, unas veces, la acusación se aviene a interesar una pena más benigna, a través de una *recommendation* del Ministerio Fiscal. Esta es la modalidad conocida como *sentence bargaining* o *sentence reduction*. En otras ocasiones, la acusación ofrece, en contrapartida, retirar algunos cargos (la *charge bargaining* o *charge reduction*), bien sea no formulándolos (*dismissal of charges*), bien calificando los hechos menos severamente (*softer label*) o dar alguna otra ventaja al acusado (como la posibilidad de conformarse con la acusación menos grave, o *the plea to a lesser included offense*)²⁰. Así se evita tener que afrontar un juicio oral con jurado²¹, aunque sea a cambio de resignarse a la imposición de lo que, no sin sentido del humor, han llamado, Newman y Anderson, una condena *light*²². Así, hoy día, tal como hace notar Herbert Jacobs, las decisiones más importantes se toman, en general, en la oficina del Fiscal o en el despacho del Juez²³. Por supuesto, esta extraordinaria libertad de negociación tiene como presupuesto la vigencia del principio de oportunidad o de discrecionalidad como rector de la actividad del Ministerio Fiscal²⁴. Nadie mejor que él, se dice, con crudeza, en la sentencia que resolvió el caso *Ammidown*, en 1973²⁵, para evaluar los medios de que dispone el Gobierno para la persecución de los delitos, y el número de casos en que, con arreglo a ellos, es capaz de sostener la acusación.

El Juez tiene, teóricamente, de acuerdo con con la regla 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, el control sobre la voluntariedad y corrección (*voluntariness* y *accuracy*) de la confesión (concreción del *Knowing and intelligent Standard*²⁶), y hasta se requiere la comprobación de una cierta base fáctica (*factual basis*) que la sustente. Incluso, al decidir el caso *Ammidown*, ya citado, el *Circuit Judge* Leventhall no tuvo empacho en afirmar que el Tribunal no podía convertirse en un mero sello (*rubber stamp*) convalidante de cualquier transacción, sino que podía, y debía, homologar la adecuación del acuerdo a las exigencias del interés público. Pero la propia procesalística norteamericana reconoce que, en muchos casos, ese control es puramente formulario. Más aún, la intervención del Juez en la negociación es objeto de polémica y sólo algunos Estados (entre los que merece singular mención el de Carolina del Norte) la admiten y regulan expresamente²⁷.

Vale la pena volver a Weinreb para conocer en qué se han quedado todas estas bienintencionadas prevenciones. «...El verdadero *plea of guilty* -escribe- es un ejercicio rutinario (*perfunctory*) en el que las formas triunfan sobre la sustancia. Se reclama del acusado que responda a un catecismo (*catechism*) dispuesto para asegurar que su decisión de renunciar al juicio es voluntaria y que comprende sus consecuencias...»²⁸. «...El resultado es, demasiado a menudo, un procedimiento que está patentemente escenificado (*staged*). El juez puede dejar el interrogatorio en manos de su secretario, quien pregunta al acusado en tono monocorde. El acusado contesta mecánicamente, quizás diciendo "sí" cuando debería decir "no" ("¿le han hecho promesas?"), o al revés ("¿Se declara Vd. culpable porque es culpable, y no por otra razón?")...»²⁹.

En 1983, una reforma de las *Federal Rules of Criminal Procedure* introdujo la modalidad del *conditional plea*, esto es, una forma de confesión que dejaba a salvo la posibilidad de denunciar eventuales infracciones de las Enmiendas IV y V, que consagran las garantías procesales básicas³⁰.

Y el Tribunal Supremo federal no puso reparos constitucionales a las llamadas

confesiones estructuralmente inducidas (*structurally induced*) por el cálculo de la posibilidad de una grave condena (fundamentalmente, la capital), hubiera, o no, precedido negociación entre las partes.

No la hubo en el caso *Brady*, en 1970. Brady se exponía a la pena capital, en caso de proseguir el juicio. El Tribunal Supremo entendió, por mayoría (ya que los Jueces Brennan, Stevens y Marshall suscribieron un jugoso voto disidente) que «...un *plea guilty* ratificado por el acusado plenamente consciente de todas sus consecuencias ... debe ser estimado válido y eficaz, salvo que haya sido arrancado con amenaza (o promesa de hacer cesar vejaciones ilícitas), declaraciones falsas (incluidas promesas no mantenidas o que no se puedan mantener) o que por su naturaleza sean ilegítimas...»³¹. En consecuencia, la condena fue confirmada.

Como lo fue, ese mismo año, en el caso *Alford*³². Su singularidad estriba en que el acusado, a la vez que manifestaba su conformidad con las pretensiones de la acusación, no dejaba, por ello, de hacer protestas de inocencia. De su protagonista tomó el nombre esta singular modalidad de confesión, denominada *Alford plea* o *guilty-but plea*.

El Tribunal Supremo estadounidense argumentó: «...El Estado y los tribunales federales inferiores están divididos acerca de si una conformidad puede ser aceptada cuando va acompañada por protestas de inocencia, y por tanto contiene sólo una renuncia al juicio oral, pero no una admisión de culpabilidad. Algunos tribunales, destacando el principio conforme al cual "nuestro Derecho sólo autoriza a condenar cuando la culpabilidad está demostrada", exigen que los juzgadores rechacen semejantes arreglos. Pero otros, han concluido que no podían "forzar a un Defensor, ni a un acusado, en un proceso penal", sobre todo cuando cabía abandonar la defensa y desistir. Argumentaron que ...un acusado, aunque crea en su inocencia, o al menos no tenga una clara conciencia de su culpabilidad, podría llegar a la razonable conclusión de que un jurado quizá se convenciese de su culpabilidad, y que él actuaría mejor negociando la condena ...».

Las corruptelas de todo tipo a que dio lugar la desmesurada generalización de la negociación en materia procesal penal obligaron a tratar de ponerle freno, o establecer limitaciones.

En 1973, la *National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals* (llamada *Comisión Criminal Nixon*) emitió un informe recomendando la progresiva limitación de las negociaciones penales, hasta su total abolición en 1978³³. No hay que decir que la recomendación no fue atendida. Incluso, paradójicamente, la negociación sirvió de telón de fondo de la solución de los casos Agnew y Nixon³⁴.

La «Ley de Derechos de la Víctima», aprobada, por referéndum, en California, en Junio de 1982, restringió el uso de la negociación de las confesiones cuando se tratase de delitos graves (*felonies*). En 1975, el Fiscal del Estado de Alaska la había prohibido por completo, alentado por las propuestas de la «Comisión Nixon», aduciendo que significaban un duro golpe a todo el sistema penal. Sin embargo, como han estudiado críticamente Heumann y Loftin, en seguida entraron en juego mecanismos de recambio, funcionalmente equivalentes³⁵. Y, en las grandes ciudades (Nueva York, Chicago o Washington, por ejemplo) donde se introdujeron restricciones,

se produjeron desastrosos atascos en el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, insuficientes y mal preparados para hacer frente al súbito incremento de asuntos. En consecuencia, estos experimentos fueron abandonados, y sustituidos por otros, tendentes a mantener la vía transaccional como forma de conclusión del procedimiento penal, pero rodeándola de mayores cautelas y garantías.

En la Europa continental se conocen, igualmente, vías procesales para conseguir el archivo de las actuaciones, a instancia conjunta de la acusación y de la Defensa. El profesor Amodio ha llegado a predecir que el cuadro del modelo del proceso penal del futuro, de este lado del Atlántico, estará pintado con los colores de la bandera americana³⁶.

El artículo 153 de la Ley Procesal Penal Federal alemana regula la abstención de persecución de delitos menores (*Bagatellsachen*). Este precepto establece, ante todo, que, si el proceso tuviera por objeto un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, podrá la Fiscalía prescindir de la persecución, con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima, y no existiera interés público en la persecución. No se requerirá la aprobación del Tribunal, en caso de delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, que se hubiera dirigido contra un patrimonio ajeno, y no estuviera amenazado con una pena elevada al mínimo, cuando los daños causados por el hecho fueran también mínimos.

El Tribunal podrá archivar la causa, en cualquier fase del proceso, cuando ya se hubiera ejercitado la acción, si concurren los presupuestos ya dichos, y prestan su aprobación la Fiscalía y el imputado.

En realidad, se trata de manifestaciones del principio de oportunidad reglada, más que del de consenso.

Más próximo a las soluciones paccionadas está la figura del archivo de la causa -con aprobación del Tribunal- en caso de transacción con cumplimiento de determinadas órdenes o mandatos, que contempla el artículo 153, a) de la Ley Procesal Penal³⁷.

Al margen de estas previsiones legales, los procesalistas alemanes admiten que, a lo largo del procedimiento, las partes pueden llegar a arreglos informales (*informelle Absprechen, Vereinbarungen* u otras denominaciones similares), que, por su propia naturaleza, carecen de vinculatoriedad procesal, y, cualquiera que sea su eficacia en la práctica, no se consideran más que acuerdos de caballeros (*gentlemen agreements*)³⁸. El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana no los ha considerado contrarios a su Constitución³⁹, sin embargo ha recalcado que deben quedar siempre a salvo el principio de investigación de la verdad real, así como las garantías procesales fundamentales del imputado, y, muy especialmente, el derecho a no declarar contra sí mismo⁴⁰.

En estrecha relación con el artículo 153 a) de la Ley Procesal Penal alemana, el 281 del nuevo Código Procesal Penal portugués regula la «suspensión provisional del proceso». Si el delito fuera castigado con pena de prisión no superior a tres años, o con sanción diferente de la prisión, el Ministerio Fiscal puede, con conformidad del Juez, del acusado y de su Defensor, interesar la suspensión del proceso, mediante la

imposición de ciertos deberes o reglas de conducta. Transcurrido un plazo (no superior a dos años), y cumplidas las condiciones, se procederá al archivo definitivo de la causa.

Desde luego, este precepto es una patente manifestación del principio del consenso en el proceso penal, y así lo han destacado los especialistas más solventes⁴¹. Se ha seguido el ejemplo extranjero, y cabría descubrir algún resabio, por más que remoto, con el *plea bargaining*⁴².

Guarda gran similitud con el *guilty plea* anglosajón, la «confesión», regulada en el artículo 344, que, siendo «integral y sin reservas», lleva consigo la reducción de la pena legalmente prevista a la mitad⁴³. El profesor De Figueiredo Dias insiste en los puntos de aproximación que acercan esa confesión al *guilty plea* anglosajón. Sin embargo, advierte que, frente a la «lógica de la productividad» que inspira esta última práctica, aquélla se orienta hacia una «lógica de justicia», «...penetrada por la idea de llevar el discurso del consenso tan lejos como sea posible en el proceso penal y apoyada en el referente axiológico ofrecido por una imagen del imputado como ser dotado de una libre determinación y de una autorresponsabilidad que no pueden ser legítimamente tuteladas, de un imputado prefigurado, también él, en palabras de LUHMANN, como sistema *autopoyético*...»⁴⁴. Por lo demás, en ninguno de ambos casos se han previsto vías institucionalizadas de negociación entre las partes, que, sin duda, seguirán funcionando como *pactos de caballeros*, con todos los peligros que ello representa. Si, pues, una primera lectura conduciría a suscribir el diagnóstico de Langbein⁴⁵ para el caso alemán (hay confesión o *plea*, pero no negociación o *bargaining*), el análisis del *Law in action* seguramente descubrirá que también esta última se dará, en proporción variable, aunque siempre soterrada.

Por su parte, el artículo 444 del nuevo Código italiano de Procedimiento Penal, introduce una posibilidad de negociación de la pena (*patteggiamento sulla pena*) complementada por una reducción legal de ésta, dentro de lo que Giuseppe Riccio ha denominado *logica della premialità*, con una consiguiente extensión de los que se han llamado *riti collaborativi*⁴⁶. El precepto permite que el imputado y el Ministerio Fiscal puedan interesar del Juez la aplicación de una pena sustitutiva, o de una pena pecuniaria, disminuía en una tercera parte, o una pena privativa de libertad que, disminuía hasta una tercera parte, no supere dos años de duración. Esta auténtica transacción (que tiene su antecedente en la reforma italiana de 24 de noviembre de 1981) puede darse hasta la apertura de la audiencia principal. Los estudiosos de este cauce procedimental, no dudaron en relacionarlo con el *plea bargaining* anglosajón, del que lo distingue la conexión de este último con el principio de discrecionalidad de la acción penal, tan difícil de cohonestar con el artículo 112 de la Constitución italiana, y que explica la predeterminación legal de los márgenes dentro de los cuales podrá moverse la negociación⁴⁷. El *patteggiamento*, explica el Magistrado Lattanzi, es tratado por el nuevo Código italiano de Procedimiento Penal (de cuya comisión redactora formó parte aquél), como un modelo procedimental especial, cuyo único límite es la pena señalada al delito apreciado, y caracterizado por un acuerdo, entre imputado y Ministerio Público, sobre la sanción a aplicar. Este acuerdo -vinculante para el Juez, quien conserva, no obstante, facultades de control de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del modelo- determina una simplificación del procedimiento y una redacción peculiar de la sentencia que le pone fin⁴⁸.

En el ámbito internacional, la Recomendación número 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sugirió la conveniencia de introducir procedimientos transaccionales como los estudiados, así como el *guilty plea*. Respecto de este último, fijó las siguientes líneas directrices:

«...8.i. ... deberá tener lugar ante el Tribunal constituido en audiencia pública.

ii. Debiera requerir una respuesta positiva del delincuente a la acusación de que es objeto.

iii. Antes de pronunciar la sanción ...el Juez o Tribunal debiera tener la posibilidad de oír a las dos partes de la causa.»

Sin embargo, tampoco debe perderse de vista que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos advierte que las soluciones negociadas deben estar presididas por la espontaneidad y la libertad de negociación. El profesor Cabañas García⁴⁹ cita, al respecto, la Sentencia de 27 de febrero de 1980, resolutoria del caso «*Deweer*». En ella se admiten, es verdad, las fórmulas autocompositivas en materia penal, pero se insiste en que no han de estar determinadas por amenaza del actor. «... Así lo quiere un instrumento internacional fundado en las ideas de preeminencia del Derecho y la libertad ...»(párrafo 49). Con todo, «... El Tribunal constata que si la perspectiva de comparecer ante el juez es seguramente de tal naturaleza que incite a muchos "acusados" a mostrarse acomodaticios, la presión que crea sobre ellos no tiene nada de incompatible con el Convenio ... el interesado apenas temería la prosecución del procedimiento, ya que tenía oportunidades de terminar con la absolución ...» (párrafo 51, b).

2.2. El momento de la conformidad del acusado: la supuesta antinomia entre los artículos 319 y 322 CPP.

[a] La conformidad el inicio del debate.

Al regular la apertura de la audiencia, el artículo 319 CPP establece que el debate se abrirá «... a falta de conformidad del imputado con la acusación...».

Esta acusación tiene el contenido fijado en el párrafo primero del artículo 301 CPP, que incluye los hechos que se imputan al acusado, su calificación jurídica, la responsabilidad penal de aquél en función de su participación culpable en el delito, y la pretensión punitiva en términos relativos, pues, como se explica en el numeral 5), la acusación se extiende a fijar «... [el] mínimo y el máximo de las penas que [la parte acusadora] considere deben aplicarse al indiciado o indiciados ...».

La conformidad se aproxima, pues, aquí, a una forma de allanamiento unilateral del acusado, que incluye implícitamente una admisión de culpabilidad por su participación en el hecho delictivo que se le imputa⁵⁰.

Llorente Fernández de la Reguera hace notar que -a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español- no se establece tope alguno punitivo a la conformidad⁵¹.

En principio, no presupone un previo diálogo entre la parte o partes acusadoras y la Defensa. Basta con que el imputado se conforme con la acusación. Ni siquiera se precisa, de acuerdo con el tenor literal del precepto, la conformidad de su Abogado, como se exige en el artículo 322 CPP.

La experiencia enseña que este tipo de conformidad unilateral pura e incondicionada sólo se produce cuando el Ministerio Público ha tratado el caso erróneamente en forma beneficiosa para el acusado, para evitar que durante el juicio caiga en la cuenta del error; o cuando la Defensa pueda prever que el desarrollo de la prueba podría arrojar resultados que podrían determinar una modificación de las pretensiones de la acusación en perjuicio de su patrocinado. Fuera de estos casos, lo normal -salvo que se consiga un acuerdo *modificativo* con el Ministerio Público, a encauzar con arreglo al artículo 322 CPP- es arriesgarse a entrar en el debate.

Nada se dice acerca de las consecuencias de esta conformidad, ni del curso que ha de tomar el proceso.

Parece que, salvo que proceda rechazar la conformidad en el caso previsto por los párrafos segundo y tercero (éste, de más difícil aplicación) del artículo 322 CPP, el Tribunal de Sentencia no abrirá el debate sobre la culpabilidad del acusado, admitida implícitamente por éste. Como la sentencia habrá de ser condenatoria, el Tribunal de Sentencia podría abrir de inmediato la audiencia para determinar la pena, establecida en el artículo 343 CPP. Si las partes coincidieran en la pena pretendida, el Tribunal de Sentencia habría de dictar sentencia de estricta conformidad con lo solicitado por las partes, como previene el último párrafo del artículo 322 CPP, aplicado analógicamente.

[b] La hipótesis de conformidad en el curso de la audiencia preliminar.

Si, durante la celebración de la audiencia preliminar, al tocar el turno al Defensor, para contestación de cargos, éste mostrase su conformidad con la acusación, ratificándolo el acusado, descartado el truncamiento inmediato del procedimiento, a fin de que el Juez de Letras dicte sentencia de conformidad, el cauce previsible será la transformación del procedimiento en abreviado, procediéndose en la forma establecida por los artículos 403 y 404 CPP, siempre que se den los presupuestos exigidos en el primero.

La Defensa hará bien en interesar la transformación procedimental, dada la ventaja que, para el acusado, representaría esta actitud de admisión de culpabilidad, a la vista de las rebajas de pena establecidas por los dos últimos párrafos del artículo 404 CPP: un cuarto, en todo caso, y hasta la tercera parte cuando el imputado haya procedido a reparar las consecuencias del delito perjudiciales para la víctima.

De no ser posible esta transformación, no se encuentra otra salida que la continuación del procedimiento, pero tal vez sería defendible que el Tribunal de Sentencia prescindiese de las fases de preparación y proposición de prueba para el debate (artículos 316 y 317 CPP), señalando directamente fecha y hora, no tanto para el debate, sino para una audiencia en la que el imputado ratificaría su conformidad, procediéndose, seguidamente, en la forma expuesta a propósito del artículo 319.2 CPP.

Un grave problema se plantearía si el imputado no ratificase su conformidad. Cabría, en tal caso, retrotraer el procedimiento a la fase de preparación del debate, como sanción de la mala fe del imputado, a tenor de lo establecido en el artículo 12 CPP. De no admitirse esta solución, la conformidad del imputado en la audiencia preliminar no produciría efecto inmediato alguno, prosiguiendo el procedimiento su curso, hasta que la ratificase en el momento procesal previsto por el repetido artículo 319.s CPP.

[c] La *preconstitución* del consenso modificativo regulado en el artículo 322 CPP en la audiencia preliminar.

Nada parece impedir que la conformidad impropia pactada entre las partes, regulada en el artículo 322 CPP, pueda adelantarse a este primer momento de la audiencia⁵², o, más correctamente, prepararse o preconstituirse en él, presuponiendo que no existen cuestiones incidentales que resolver; de lo contrario, se contradirían las exigencias de las pautas de celeridad procedimental y economía de medios.

En tal caso, si, remitidas las actuaciones al Tribunal de Sentencia, las partes pusieren en conocimiento de éste el acuerdo conseguido, el Tribunal podría convocarlas directamente a debate -prescindiendo de las fases de preparación y proposición de prueba (artículos 316 y 317 CPP)- y, abierto éste formalmente, proseguirlo -quemando etapas innecesarias- en la forma establecida por el artículo 322 CPP.

[d] La conformidad en el curso del debate, inmediatamente anterior a la práctica de la prueba.

A tenor del artículo 323 CPP (epigrafiado «*Conformidad del imputado con la acusación*»), «... [antes] de iniciarse la práctica de la prueba, el acusador y la defensa, con la aquiescencia del acusado, podrán pedir al Tribunal que dice sentencia aplicando al imputado la pena que en ese momento sea solicitada, de acuerdo con el escrito de acusación inicial o con la modificación que en este momento se proponga, pena que en ningún caso podrá ser inferior al mínimo que señala el Código Penal para el delito o concurso de delitos de que se trate.

»No obstante, si el Tribunal estima que el hecho imputado pudiera no ser típico o estar cubierto por una eximente de responsabilidad penal, no estará vinculado por la conformidad manifestada por las partes y ordenará la prosecución del juicio.

»Lo mismo acordará motivadamente cuando la petición de las partes entrañe fraude de ley sustantiva o procesal.

»De lo contrario, el Tribunal procederá a dictar sentencia de estricta conformidad con lo solicitado por las partes.»

He aquí un caso en que tras la conformidad se oculta una previa negociación entre las partes acusadoras y la Defensa. Hace su aparición el denominado principio o paradigma del consenso, estrechamente vinculado al de oportunidad, pura o reglada⁵³. La influencia de los mecanismos de «*plea bargaining*» y equivalentes en el ámbito europeo continental. No se explica de otro modo el cambio de actitud de unas y

de otra. Desde la audiencia preliminar no se ha practicado nueva actividad probatoria (como no sea la anticipada), ni se exige que se haya tenido conocimiento de hechos no contemplados al celebrarse la primera⁵⁴. Parece razonable inferir que las partes procesales han establecido un diálogo y, fruto de él, ha sido una solución consensuada al conflicto, dentro de las posibilidades que permite la vigencia del principio general de legalidad.

La solución pactada tiene por objeto directo e inmediato la pretensión de que el Tribunal dice sentencia imponiendo al imputado una pena concreta y determinada que las partes han acordado previamente. El consenso recae, por tanto, sobre la pretensión punitiva; ésta, empero, habrá de ser acorde con el escrito de acusación inicial (propuesto en la audiencia preliminar) o con otro, producto de la modificación de aquél, que se propone al Tribunal de Instancia en este momento inmediatamente anterior a la práctica de la prueba.

Por tanto, las partes podrán modificar tanto el hecho enjuiciado como su calificación jurídica. La modificación del hecho no podrá, sin embargo, ser sustancial, sino meramente accidental, lo que no será siempre fácil de esclarecer⁵⁵.

Así, nada impediría que, por consenso, se acuerde «... la supresión de elementos fácticos que constituyan circunstancias agravantes, o la adición de aquellos otros que determinen la existencia de atenuantes siempre, claro es, que en este último supuesto, haya una base en las diligencias investigadoras ... y no sean exclusivamente fruto de la imaginación y el consenso ...»⁵⁶ pues, de otro modo, el Tribunal podría rechazar la modificación propuesta por fraudulenta.

Llorente Fernández de la Reguera explica: «... La negociación del defensor con el Fiscal y el ulterior pacto para que el imputado admita su culpabilidad es una posibilidad que puede brindar la acusación a este último para conseguir una atenuación de la pena, sin asumir el riesgo de que se le pueda imponer otra superior en caso de celebrarse el juicio y también una oportunidad para que el Fiscal se asegure la condena de un culpable eliminando la incertidumbre que todo juicio conlleva. ...»⁵⁷.

La pena pactada «... en ningún caso podrá ser inferior al mínimo que señala el Código Penal para el delito o concurso de delitos de que se trate. ...». Habrá que entender referido, este límite penológico, a la pena correspondiente al delito o concurso de delitos sobre los que las partes hayan conseguido el acuerdo, y que pueden ser distintos de los apreciados en el escrito de acusación.

No existen reglas sobre el modo en que puedan llevarse a cabo las negociaciones entre las partes, ni momento procesal institucionalizado para ello. Se presupone, por tanto, que se desarrollan por cauces informales, al margen del proceso.

Esta ausencia de un momento procesal establecido para la negociación entre las partes puede desembocar, de hecho, en la consagración de un uso forense que las relegue al instante anterior al comienzo de la audiencia⁵⁸. Esto puede dar lugar a consecuencias contrarias al principio de ahorro de tiempo y medios. En efecto, después de haberse seguido todos los trámites preparatorios del debate, y de haberse señalado el tiempo calculado para él dentro del calendario de actividad del Tribunal de Sentencia, la conformidad sobrevenida produciría *tiempos procesales en blanco*, que

habrían podido dedicarse a otros juicios.

La solución podría venir mediante una adaptación imaginativa de lo dispuesto por el artículo 316 CPP a propósito de la audiencia preparatoria del debate, añadiendo una exhortación extralegal del Tribunal a las partes comparecidas a fin de que, en el mismo plazo de diez días para instrucción, manifiesten si han podido llegar a algún acuerdo entre ellas, susceptible de ser tratado en la forma prevista por el artículo 322 CPP. En caso de respuesta positiva, se procedería como en el de acuerdo logrado en la audiencia preliminar.

La solución pactada del caso es sometida a control judicial en un doble sentido.

Por un lado, permitiendo que el Tribunal de Sentencia pueda disponer la continuación del juicio si estima que el hecho imputado pudiera no ser típico o estar cubierto por una eximente de responsabilidad penal.

El Tribunal de Sentencia deberá hacer un uso muy prudente y restrictivo de esta facultad, que podría redundar en perjuicio del acusado, ya que, en ese momento, se desconoce cuál pueda ser el resultado de la prueba; a menos que se interprete que semejante alternativa quedaría reservada a hipótesis de pura discusión sobre el tratamiento jurídico de los hechos asumidos consensuadamente por las partes, y presuponiendo que el resultado del debate nunca podría hacer al acusado de peor condición que la pactada por aquéllas⁵⁹.

Por otro lado, la adopción de esta decisión deja malparada la imparcialidad objetiva del Tribunal, que ha anticipado su propia apreciación jurídica (*pre-juicio*) del caso, que debería ser conocido, por ello, por un tribunal diferente.

Podrá, además, el Tribunal de Sentencia, oponerse a una solución pactada si entiende que aquélla pueda constituir fraude de ley sustantiva o procesal.

Sería, ésta, la réplica de la facultad antes examinada. El rechazo de la conformidad deberá hacerse motivadamente. En este caso, la imparcialidad objetiva del órgano sentenciador queda aún más comprometida, puesto que su decisión implica un anticipo de opinión (*pre-juicio*, otra vez) de procedencia de un tratamiento jurídico más gravoso para el acusado.

Si el Tribunal de Instancia no pone objeciones, dictará sentencia «... de estricta conformidad con lo solicitado por las partes ...». Aun que no falten opiniones discrepantes (incluso con acogida jurisprudencial), en España, un precepto análogo -el artículo 793.3.1 de su Ley de Enjuiciamiento Criminal- ha sido mayoritariamente⁶⁰ interpretado en sentido de no ser posible que el Tribunal imponga pena no ya superior (hipótesis rechazada unánimemente), sino inferior a la aceptada por ambas partes, y, menos aún, absolver al acusado⁶¹.

No existe previsión legal alguna para el caso de juzgamiento de más de un acusado. Fortín Aguilar⁶², confesadamente influido por la solución española, hace estas distinciones:

[a] «... Si los imputados son varios debe existir la conformidad de todos, de los

contrario el juicio continuará. ...». Se discute si, aun cuando el juicio continúe respecto de los disconformes, la conformidad prestada por otro u otros coimputados vincularía al órgano judicial y a las partes acusadoras, de modo que éstas no podrían modificar sus conclusiones (y el tribunal dictar sentencia) admitidas en perjuicio de los conformes⁶³.

Si se enjuician varios hechos punibles imputados a una pluralidad de personas, si alguna de éstas se conforma en relación con alguno de aquéllos, y es posible separarlo de los demás hechos objeto de acusación, la admisión de la eficacia de esta conformidad parcial encontrará menos resistencia⁶⁴.

[b] Cuando alguno de los imputados no comparece en juicio:

[b.1] «... Si el ausente ha sido citado correctamente o si ha sido declarado en rebeldía, debe ser aceptada la conformidad de los restantes acusados que comparecieron a juicio. ...»

[b.2] «... Si el ausente no fue citado o si citado existe una causa justificativa de su ausencia no debe ser concedida la conformidad de los demás acusados. ...». Se podría especular si la falta de citación y la ausencia justificada de un coimputado impedirán, ciertamente, el truncamiento del debate, sin perjuicio de tener a los conformes como tales, con consecuencias equivalente a la conformidad de sólo alguno o algunos de los coimputados presentes.

3. La ampliación del objeto procesal

El hecho litigioso y la pretensión punitiva propuesta con base en él y en su tratamiento jurídico quedan fijados en la audiencia preliminar. Sobre todo ello versará el debate que tiene lugar en el juicio oral.

Sin embargo, explica Fortín Aguilar, el artículo 321 CPP prevé la posibilidad de una ampliación de la acusación en los términos siguientes:

3.1. Conocimiento, durante el curso del juicio oral, de novedades relacionadas con el hecho enjuiciado no constitutivas de delito independiente.

«... Si durante el juicio se tienen noticias de circunstancias o hechos, relacionados con el hecho objeto del juicio, que no hayan sido mencionados en la acusación y que puedan modificar la calificación legal o la pena del delito, el Fiscal o el Acusador Privado podrá modificar su calificación o ampliar oralmente la acusación para que aquellos sean considerados durante el debate. ...».

Ha de tratarse de una información obtenida durante el juicio oral y de la que no se tuviera noticia con anterioridad («*nova reperta*»), de modo que la Acusación no haya podido tenerla en cuenta en el momento procesal oportuno.

La novedad puede consistir en «*hechos o circunstancias*». Esta enunciación alternativa sugiere que puede tratarse de un acontecimiento con entidad propia, distinto del hecho enjuiciado aunque conexo con él («*hecho*») y que no sea

constitutivo por sí solo de delito, o en un aspecto secundario del hecho enjuiciado («*circunstancia*»).

Es indiferente que hayan ocurrido con anterioridad al momento del proceso en que ha de concretarse el hecho enjuiciable o con posterioridad a él; pero, en el primer caso, la acusación proponente habrá de dar explicación satisfactoria de su efectivo desconocimiento; de otro modo, la ampliación de la acusación no podría admitirse por exigencia del principio de preclusión.

La información adquirida ha de tener relevancia para la configuración de la Acusación, desde el punto de vista de la calificación del hecho o de la individualización de la pena.

Por eso, a tenor del párrafo cuarto del artículo 321 CPP, «[la] corrección de simples errores materiales, o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación ni afecte el derecho de defensa, no tendrán el carácter de ampliación. ...».

El incidente puede producirse en cualquier momento «*durante el juicio*». La colocación sistemática del artículo 321 CPP parece presuponer que surgirá después de iniciadas las sesiones del debate; no obstante, si se tuviere noticia de la novedad con anterioridad, nada impediría sustanciarlo inmediatamente; pudiera, incluso, ser beneficioso para las partes, ya que no interrumpiría el desarrollo del juicio oral, contribuyendo a su «*saneamiento*».

Tampoco hay obstáculo en que se plantee aprovechando la fase de «*incidentes*», regulada por el artículo 320 CPP.

El «*supuesto tópico*» legal será -se insiste- el de su planteamiento una vez superada esa fase.

Lo sugiere claramente el párrafo segundo del artículo 321 CPP:

«Si las circunstancias o hechos señalados en la ampliación exigen nuevos elementos de prueba, cualquiera de las partes podrá pedir la suspensión del juicio y el imputado, por su parte, tendrá derecho a pedir se amplíe su declaración. ...».

Esta prueba se circunscribirá -como su tema- a las nuevas circunstancias o hechos, sin extenderse (para evitar inútiles repeticiones dilatorias) a los que inicialmente fueron objeto de acusación, a menos que las novedades descubiertas los hayan afectado en cualquier forma y medida.

La regulación legal de la ampliación de la acusación -explica Fortín Aguilar- busca equilibrar los intereses de Acusación y Defensa.

La ampliación de la acusación que lleve consigo la introducción de un nuevo material fáctico, pero no exija prueba específica, bastará con ponerlo en conocimiento del Tribunal y de la contraparte, por escrito u oralmente.

«... Aún no siendo necesaria la práctica de prueba, el Defensor del acusado podrá solicitar igualmente la suspensión del juicio por el tiempo preciso, para preparar la

defensa frente a la ampliación de la acusación. ...».

3.2. Conocimiento, durante el curso del juicio oral, de novedades relacionadas con el hecho enjuiciado y constitutivas de delito independiente.

«... En caso de descubrimiento de hechos nuevos, independientes, conexos o no con el hecho objeto del juicio que puedan constituir delito, se abrirá un procedimiento diferente para su investigación y enjuiciamiento separados. ...».

Aparentemente, este último párrafo del artículo 321 CPP entra en colisión con su artículo 67 (Competencia por conexión): «El órgano jurisdiccional competente para conocer de un delito, conocerá los demás que sean conexos con aquel.»

La norma establecida en el artículo 321 CPP ha de considerarse preferente, por especial. La excepción se justifica porque la suspensión del juicio en curso para la tramitación y acumulación del procedimiento por el hecho de nuevo descubrimiento produciría un indeseable efecto de demora en la resolución del conflicto inicial.

1

La prórroga ha de hacerse por auto en el que han de explicarse sus razones justificativas: cantidad de prueba cuya práctica hay que preparar; complejidad de la prueba; dificultades de citación de testigos y peritos.

2

«Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 278.

Fortín Pavón recuerda lo dispuesto por la Sentencia 96/1987, de 10 de junio, del Tribunal Constitucional español, en un caso en que el Juzgado de Instrucción [equivalente a un Juzgado de Letras] de Manzanares, en la provincial de Ciudad Real, en La Mancha, decidió celebrar el juicio verbal de faltas, en que un preso acusaba de malos tratos a un funcionario, en el Centro penitenciario de Herrera de la Mancha, apoyándose para ello en lo previsto en el art. 268 LOPJ, que autoriza a los Tribunales a constituirse "en cualquier lugar de su jurisdicción (...) cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia".

Resulta de interés la lectura de los fundamentos de la sentencia, porque son extrapolables a nuestro Derecho.

El Tribunal Constitucional español comienza «... señalando que el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 CE, tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El art. 24.2 CE ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo.

En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público en

el art. 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiendo sostenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en idéntica dirección que la que acabamos de señalar, que "la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el art. 6.1 del referido Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; por lo que constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Jueces y Tribunales" (S 8 diciembre 1983 en el caso "Pretto y otros"; asimismo en la del caso "Axen", de la misma fecha). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia.

El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: el control público de la justicia y la confianza en los Tribunales.

Como establece, por último, el art. 120.1 CE, la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una Ley. Una primera excepción se encuentra en el art. 232 LOPJ, que en su pfo. 2º establece que "excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Otra es la del art. 680 LECr., según el cual las sesiones podrán tener lugar "a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia", y el Presidente, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, "consignando el acuerdo en auto motivado".

De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice, y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia. Por lo tanto, debe señalarse, como también lo ha hecho la sentencia recurrida, que el art. 268 LOPJ -a cuyo tenor, como se dijo, se autoriza la constitución del órgano judicial fuera de su sede-, contiene una norma encaminada a dotar de eficacia al procedimiento, cuya aplicación debe hacerse sin merma de las garantías constitucionales del proceso.

... Alega el demandante de amparo, en primer término, que la celebración de la vista en el recinto del Centro penitenciario de régimen cerrado de Herrera de la Mancha, ordenada por la providencia del Juez de Instrucción de Manzanares de 21 septiembre 1985, no ha respetado su derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Y forzoso es comprobar que tal derecho, dadas las circunstancias en las que tuvo lugar la vista, ha sido, de hecho, indebidamente restringido. No se cuestiona aquí en modo alguno la facultad que tiene el Juzgador, por razones de seguridad, y para mejor tutela de los derechos, en relación con el contexto ambiental del proceso, de aplicar las medidas excepcionales que prevén los mencionados artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y fijar para la vista la fecha que estime más adecuada, pero

es obvio, por lo que antes se dijo, que el uso de esa facultad ha de hacerse sin menoscabo de las garantías a las que se refiere el citado art. 24.2.

Prescindiendo de la posibilidad existente de celebrar la vista a puerta cerrada por las razones de orden público a las que alude el art. 680 LECr., el hecho es que en el presente caso la decisión de celebrarla en el Centro penitenciario donde se habían producido los hechos imputados a guardianes del mismo, y en presencia de un público compuesto por personas con vinculación funcional con los acusados, llevaba consigo una considerable limitación de las garantías que, como hemos señalado antes, conlleva la publicidad del juicio.

Aduce ciertamente la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial [como Corte de Apelación] de Ciudad Real, en su f. j. 2º, que no hubo conculcación de la publicidad, porque "no consta que ninguna persona interesada en la asistencia al acto no pudiese acceder hasta la dependencia donde el juicio se celebró, sin perjuicio de que hubiere de haberse sometido a los precisos controles destinados a salvaguardar la seguridad del establecimiento". Pero resulta evidente que se trata de un hecho sin relevancia suficiente en orden a la publicidad del acto, por cuanto lo que importa no es tanto la presencia efectiva de asistentes, cuanto la posibilidad de que, como se dijo en la S 30/1982 de 1 junio de este Tribunal, cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio mientras se disponga de espacio para ello; y desde luego, el derecho de las partes a que esta posibilidad sea real para que el juicio se haga con todas las garantías. En el presente caso, ya las medidas de control impuestas para el acceso -por lo demás justificadas, dada la naturaleza del establecimiento-, creaban una reducción fáctica del libre acceso al local en el que se celebraba el proceso, no compatible con el principio de publicidad. A ello cabe añadir, en relación con las garantías que este principio implica, que aquí las posibilidades concretas de acceso del público en general al lugar de la vista estaban al margen del poder de decisión del órgano jurisdiccional.

Por último, la limitación fáctica de la publicidad en el caso de autos tampoco queda compensada, como se sostiene en la sentencia recurrida y en las alegaciones del Mº Fiscal, por la presencia en el acto de periodistas que informaron en diversos medios del desarrollo de aquél; pues valen a este respecto las mismas consideraciones que acabamos de hacer.

La conclusión que se deduce de cuanto llevamos dicho no puede ser sino que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del hoy recurrente en amparo al proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Las disposiciones que rigen en materia de publicidad del proceso tienen, también, la función de asegurar el derecho de las partes a que el Tribunal decida la causa sin estar sometido a influencias ajenas a la misma; derecho que las resoluciones impugnadas no han satisfecho adecuadamente.

... A mayor abundamiento, en lo tocante a la indefensión, alegada también por el recurrente, corresponde asimismo poner de manifiesto que la constitución del órgano judicial en el establecimiento carcelario en el que tuvieron lugar los hechos que se juzgaban, no sólo ha vulnerado el principio de publicidad, sino que además ha podido afectar a otros derechos del recurrente. En efecto, tratándose de enjuiciar hechos

punibles imputados por un recluso a personal del establecimiento penitenciario en el que se celebró el juicio, es evidente que éste tuvo lugar en condiciones que, objetivamente consideradas, no son de suyo idóneas para garantizar debidamente la imparcialidad del Tribunal, que debió juzgar en la presencia de un público limitado y acaso predispuesto en favor de una de las partes, y para permitir, por consecuencia, un ejercicio sin perturbaciones del derecho de defensa.

... En cambio, debe considerarse que no se ha vulnerado el derecho de defensa (art. 24.2 CE) del recurrente como consecuencia de las medidas de seguridad a que se vio sometido su Letrado a la entrada en el establecimiento penitenciario. Estas medidas no han tenido, según se desprende de las actuaciones agregadas, ninguna repercusión en el comportamiento procesal del Abogado en el ejercicio de su función. ...».

En conclusión, el Tribunal Constitucional declaró (o, si se prefiere, reafirmó) el derecho del demandante a que sus pretensiones jurídicas sean vistas en un proceso público; anuló todo lo actuado a partir del inicio del juicio de faltas y ordenó que se celebrase uno nuevo en la sede del Juzgado de Instrucción.

³ Gimeno Sendra, V., «La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)», en «La Ley», XI, núm. 2569 (7 de Septiembre de 1990), pág. 1

⁴ De la primera opinión, sería Dolz y Arango, R., «Juicio oral: consideraciones sobre el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en «Revista General de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de La Habana», VI, VI, 1889, págs. 400 y ss., cit. por Alcalá-Zamora, loc. cit., pág. 105. A la conformidad negociada entre Fiscal y defensor como transacción se refiere Llorente Fernández de la Reguera, loc. cit., pág. 500, pero no parece que haya que extraer mayores consecuencias de esta alusión, ya que el término *transacción* parece usado en término amplio.

Sostienen el segundo criterio Soler y Vélez Mariconde, cits. por Alcalá-Zamora en «Proceso, autocomposición y autodefensa», México, 1.947, pág. 81, así como De Pina, R., «Manual de Derecho Procesal Penal», Madrid, 1.934, págs. 108-109, y Jiménez Asenjo, E., «La confesión del reo o inculpado», en «Revista de Derecho Procesal», 1.945, págs. 359-360 (reproducido en su «Derecho Procesal Penal», Madrid, s/f., I, págs. 486-487), citados y criticados por De Diego Díez, L-A., «El procedimiento abreviado para determinados delitos: una puerta abierta a la transacción en el proceso penal», en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 41, 1.990, págs. 279-280.

⁵ En «El allanamiento...», cit., págs. 106 y ss.; «El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano», en «Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional», Edición Revista de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944, págs. 411-500; «La Teoría General del Proceso y la enseñanza del Derecho Procesal», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1968, 1, págs. 9-91; pero ya antes lo había sostenido Aguilera, loc. cit., pág. 67; también, Viada López-Puigcerver, C., «», I, pág. 257, II, pág. 298; Fairén, «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en «Temas del Ordenamiento Procesal», II, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 1232 y ss.; «Las “negociaciones” y “conformidades” del sujeto pasivo del proceso penal», en «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. III. La Reforma

Procesal Penal», EDESA, Madrid, 1992, pág. 399; Cortés Domínguez, V., «La cosa juzgada penal», Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 48; Moreno Catena, V., «La defensa en el proceso penal», Civitas, Madrid, 1982, págs. 104 y ss.; Gimeno Sendra, V., «La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)», LA LEY, III, pág. 979; De Diego, loc. cit., págs. 280 y ss.; Fortín Aguilar, M.A., «Código Procesal Penal (Honduras)» cit., pág. 517

6

Llorente Fernández de la Reguera, loc. cit., pág. 500

⁷ R. v. De Hahn, 1968, 2 Q.B., 108; y R. v. Turner, 1970, 2 Q.B., 321, 326, E

⁸ Smith, P.F., y Bailey, S.H., «The Modern English Legal System», Sweet & Maxwell, London, 1984, pág. 627

⁹ R. v. Cain, 1976, Q.B., 496

¹⁰ Vid., asimismo, los casos R. v. Barnes, 1970, 55, Cr. App. R. 100; R. v. Peace, 1979, Crim. L.R., 119, A, y Emmins, Ch. J., «A practical approach to Criminal Procedure», Blackstone, London, 1981, págs. 83-84, y Barnard, D., «The Criminal Court in Action», Butterworths, London, 1988, págs. 125-126

¹¹ «Code of Conduct for the Bar of England and Wales» 1983, apartado 150 (a); cfr. Smith y Bailey, loc. cit. págs. 629-630, quienes reproducen las observaciones de Lord Parker en el caso Turner, reproducidas igualmente por Fairén -quien las toma de Hampton- en «Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de Diciembre de 1988», en «Justicia», 1989, 1, pág. 21

¹² vid. caso R. v. Davis; cfr. Baldwin, J. y McCoinville, M., «Plea Bargaining and the Court of Appeal», en «British Journal of Law and Society», 1.979

¹³ Pugh, G., «An introductory analysis of characteristic aspects of American criminal justice with comparative comments as to the French system», en «Revue de la Recherche juridique», 1985-2, pág. 639, cit. por Cédras, J., «La justice pénale aux Etats-Unis», «Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille», Paris-Aix en Provence, 1990, pág. 249

¹⁴ Department of Justice, Bureau of Justice, «The Prevalence of guilty pleas», Washington, 1984; en 1983, Boland («The Prosecutions of Felony Arrests», en «Bureau of Justice Statistics») daba una relación de diez a uno para las infracciones graves («felonies»); vid., asimismo, Burger, «The State of the Judiciary», 56, «American Bar Association Journal» 929, 1970; en Agosto de este mismo año, en alocución a la Convención Anual de la «American Bar Association», Burger no dudaba en afirmar que «...el sistema de Tribunales...ha estado basado sobre la premisa de que aproximadamente el 90 % de todos los acusados se conformarán, dejando sólo un 10 %, más o menos, para juicio...» (en «New York Times», 11 de Agosto de 1970); el 24 de Marzo de 1972, el «New York Times» recogía unas palabras del comisario de policía Patrick Murphy, a los Abogados neoyorquinos, en las que se revelaba que, en 1971, se habían practicado, en la ciudad, 94.042 detenciones por delitos graves: sólo 552 casos

fueron llevados a juicio; Kamisar, Y., LaFave, W.R. e Israel, J.H., «Modern Criminal Procedure. Cases-Comments-Questions», West Publishing Co., Saint Paul, Minnessota, 1986, págs. 1172 y ss.

¹⁵ Newman, D., «Making a Deal», en Johnson, N. y Savitz, L.Sa., «Legal Process and Correction», J. Wiley, New York, 1982, pág. 93; en 1.984 se estimaba que un noventa por ciento de todos los casos graves concluían por negociación: Alpert, G.P., «The American System of Criminal Justice», Sage Publications, Beverly Hills, 1984, pág. 80.

¹⁶ Weinreb, LL.L. «Denial of Justice. Criminal Process in the United States», The Free Press/Collier Macmillan Publishers, New York-London, 1977, págs. 71-73

¹⁷ Alschuler, A. W., «The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining», «Yale Law Journal», 84, 1975, pág. 1206, cit. por Newman, D.J. y Anderson, P.R., «Introduction to Criminal Justice», Random House, New York, 1989, pág. 308

¹⁸ Kamisar y otros, loc. cit., págs. 1173-1174; Cédras, loc. cit., pág. 250; vid. caso Bordenkircher v. Hayes, 434 US 357, 98, S.Ct. 663, 54, L.Ed. 2d. 604, 1.978; vid. en España, Fairén Guillén, V., «Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso ("La defensa")», en «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. III. La reforma Procesal Penal 1988-1992», Madrid, EDERSA, 1992, pág. 79

¹⁹ «Autocomposición...» cit., pág. 82

²⁰ Friedman, L.M., «Introducción al Derecho Norteamericano», Librería Bosch, Barcelona, 1.987, pág. 197. De Diego Díaz, L.A., «Algunos apuntes sobre la plea bargaining de los U.S.A.», «Poder Judicial», número especial VI, págs. 37 y ss.

²¹ Kamisar y otros, loc. cit., pág. 1174

²² Newman y Anderson, loc. cit., pág. 271

²³ Jacob, H., «Urban Justice: Law and Order in American cities», 1973, cit. por Firedman, loc. cit., pág. 198

²⁴ Vigoritti, V., «Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America», en «Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma. A cura di Giovanni Conso», Zanichelli, Bologna, 1.979, págs. 261 y ss.; la sentencia del caso Bordenkirsch v. Hayes (438 US 357, 1978) no objetó la conducta de un Fiscal que, ante la disconformidad del acusado, agravó sensiblemente la acusación formulada inicialmente contra el

²⁵ U.S. v. Ammidown, 497 F.2d 615 (D.C. Cir. 1973)

²⁶ La Regla 11 d) dispone que el tribunal no aceptará una confesión con conformidad o un «*nolo contendere*» sin cerciorarse antes, mediante comparecencia, en audiencia pública, del imputado, de que una y otro son voluntarios y no el resultado de coacción,

amenazas o promesas al margen del acuerdo conseguido, y el tribunal indagará si la anuencia del imputado deriva de contactos previos entre el acusador y el abogado defensor. El apartado f) dispone que el tribunal no dictará su fallo sin haberse convencido antes de que existe una base fáctica para la conformidad. Además, antes de aceptarla, el apartado c) de esta misma regla 11 preve una audiencia pública en cuyo curso el tribunal informará al imputado de la acusación existente contra él, de la pena legalmente establecida y de otras posibles consecuencias penales y civiles, del derecho a contar con un defensor, a que su caso sea visto por un jurado y otras garantías procesales, así como de las consecuencias de la conformidad (especialmente el cierre procesal, sin ulterior juicio). Vid. Israel, J.H. y LaFave, W.R., «Criminal Procedure. Constitutional Limitations», West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1988, págs. 409 y ss.; y Kamisar, Y., LaFave, W.R. y Israel, J.H., «Modern Criminal Procedure», West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1986, págs. 1172 y ss.

²⁷ De Diego, loc. cit., págs. 6 y ss. y 40 y ss. La intervención activa, y no meramente controladora, del Juez es reprobada por la regla 11, e) de las «Federal Rules of Criminal Procedure». Un caso de agravación judicial de la pena a un acusado disconforme, en *People v. Dennis*, 28 Ill. App. 3rd. 328 N.E. 2d. 135, 1975. En *People v. Snow*, 194 NW 2d. 314, Mich. 1972, se revisó una pena impuesta en juicio, y que resultaba desproporcionadamente grave respecto de la ofertada en la negociación (Kamisar y otros, loc. cit., págs. 1178-1179)

²⁸ Loc. cit., pág. 77

²⁹ Ibidem, pág. 78 Cabañas García, J.C. («El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada», en «Revista de Derecho Procesal», 1991, II, pág. 283) anota que «... la orientación seguida por los jueces ha sido la de presumir, sin más, la espontaneidad de la declaración, y a reducir su labor de fiscalización "... a un coloquio breve y superficial [con el acusado] que no puede suministrar al juez los elementos de convicción necesarios para llegar a una decisión cuidada sobre el plea ..." ...», citando las conclusiones de Gambini Musso, R., «Il 'Plea Bargaining' Tra Common Law e Civil Law», Giuffrè, Milano, 1985, pág. 98; frente al automatismo del sistema italiano de transacción sobre la pena a imponer, Cordero recuerda que los bargaining partners organizan «...una puesta en escena coram iudice, de acuerdo con arreglos ocultos...», Cordero, F., «Procedura penale», Giuffrè, Milano, 1991, pág. 835

³⁰ Regla 10 (a)(2): con aprobación del tribunal, y consentimiento del acusador, caben un «*plea of guilty or nolo contendere*» con reserva escrita del derecho a apelar del fallo para revisar una decisión contraria a alguna pretensión prejudicial concreta.

³¹ *Brady v. U.S.*, 397 US, 742 (1970); vid. Kamisar y otros, loc. cit., pág. 1195. La sentencia precisaba el alcance de las declaraciones contenidas en la precedente *United States v. Jackson*, 390, US, 570, 88, S.Ct. 1209, 20, L.Ed.2d 138, 1968; vid., posteriormente, la sentencia del caso *Corbit v. New Jersey*, 439 US, 212, 99, S.Ct., 492, 58, L.Ed.2d., 466, 1.978. La regla 11.d) de las «Federal Rules...» establece que el Tribunal no aceptará la conformidad sin asegurarse de que «... no deriva de la fuerza, o de acuerdo o promesas que están al margen del propio convenio permitido...». Sin embargo, hace notar Cabañas García, el Tribunal Supremo revocó en más de una ocasión sentencias dictadas por Tribunales estatales después de haber rechazado

conformidades que entendían fruto de la arbitrariedad (vid. casos «U.S. v. Martínez», en 1973, y «U.S. v. Gaskins», en 1973, pero bueno será tener en cuenta que el resultado del juicio forzado por el Tribunal había sido perjudicial para el acusado que había aceptado inicialmente el acuerdo

³² North Carolina v. Alford, 400 US, 25 (1970): «un sujeto acusado de un delito puede voluntaria y conscientemente, y percatado de las consecuencias de su acto, consentir la imposición de una condena privativa de libertad, incluso si no quiere o no puede admitir su participación en el hecho constitutivo del delito» (North Carolina v. Alford, 400, US, 25, 37 (1970)). El Tribunal de Apelación de Nueva York ha confirmado la condena de un acusado, sobre la base de un delito que era «lógica y legalmente imposible» (People v. Foster, 19 NY 2d. 150, 152, 25, NE 2d. 200, 201 (1967)), El 4 de Abril de 1973, los «cuatro de Harlem», acusados de asesinato, se conformaron con un homicidio, a sabiendas de que no se les impondría pena alguna. Inmediatamente dieron una rueda de prensa en la que proclamaron su inocencia (Cfr. Weinreb, loc. cit., págs. 169-170)

³³ «National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals», Courts, U.S. Government Printing Office, Washington, 1973, Sec. 3.1., pág. 46: «... Cuanto antes sea posible, y en ningún caso más allá de 1978, las negociaciones entre los acusadores y los acusados -sea personalmente o a través de sus Abogados- relativas a concesiones hechas en contrapartida de una conformidad deberían quedar prohibidas. Cuando el acusador haga una recomendación de condena, ésta no se vería afectada por la favorable actitud del acusado a declararse culpable de alguno o de todos los delitos por los que ha sido acusado ante el Tribunal, para la determinación de la condena que ha de imponérsele...»

³⁴ Newman & Anderson, loc. cit., pág. 314

³⁵ Heumann, M. y Loftin, C., «Mandatory Sentencing and the Abolition of Plea Bargaining: The Michigan Felony Firearm Statute», en «Law & Society Review», 13, 1979, 392, 424-426; Rubinstein & White, «Plea bargaining: Can Alaska live without it?», 62 «Judicature», 266, 1.978; Kamisar & otros, loc. cit., págs. 1.183-1.184. Los resultados de la experiencia de Alaska fueron llamativos: los acusados de clase media padecieron las consecuencias, ya que no tenían recursos para pagarse un Abogado, ni eran tan menesterosos como para tener derecho a un Defensor de oficio. Muchos Abogados rehusaron asumir defensas, por no considerarse suficientemente preparados. La delincuencia menor resultó ser la peor parada, y soportó una mayor severidad. El número de juicios aumentó, pero no de forma sorprendente. Las condenas de quienes optaron por recurrir al juicio se endurecieron. Debe retenerse que se prohibió la negociación, no, por supuesto, la conformidad. Y hubo Jueces que se implicaron directamente en tratos con el acusado. La experiencia en Filadelfia, donde se jugó con el premio a la renuncia al juicio con jurado, sustituido por otro con Juez profesional, fue más positiva. Con este sistema, se dijo, el acusado conserva prácticamente todos sus derechos constitucionales; las concesiones que hay que hacer son menores, porque el sacrificio demandado es también menor; y, por eso mismo, el riesgo de que un inocente se resigne a ser condenado disminuye sensiblemente: cfr. Alschuler, «Implementing the

Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System», 50, «University of Chicago Law Review», 931, 1.042-1.043, 1.983; Schuldhofer, «Is Plea Bargaining Inevitable?», en 97 «Harvard Law Review», 1.037, 1.092-1.093, 1.984

³⁶ «Il processo penale negli Stati Uniti d'America» a cura di Ennio Amodio e M. Cherif Bassiouni, Giuffrè, Milano 1988; Amodio, E., «Il modello accusatorio statunitense e il nuovo proceso penale italiano: miti e realtà della Giustizia americana», pp. VII-ss, y esp. pág. VII

³⁷ Armenta Deu, T., «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España», PPU, Barcelona, 1991, págs. 105 y ss. Bacigalupo ve en los artículos 153 y 153a StPO una manifestación del principio de oportunidad (Bacigalupo, E., «Descriminalización y prevención», en «Poder Judicial», número especial II («Jornadas sobre la Justicia Penal en España. Madrid, 24 a 27 de Marzo de 1987», pág. 14. Langbein pudo referirse al modelo alemán «Strafbefehlsverfahren» como el «German guilty plea», sin embargo, aquel procedimiento -que se incluye dentro de las múltiples experiencias comparadas del denominado «monitorio»- presenta diferencias notables respecto del «guilty plea» anglosajón, y, en todo caso, como el propio Langbein reconoce, en él habría «plea», pero no «bargain», al menos institucionalizada (Langbein, J. «Controlling procescutorial discretion in Germnay», «The University on Chicago Law Review», 1974, págs. 439 y ss.). Vid. Ortells Ramos, M., «Nuevos Poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración jurídico-política», en «Revista de Derecho Procesal», 1990, 2, págs. 249 y ss., donde se informa de los reparos por inconstitucionalidad formulados por los especialistas alemanes. Una crítica del sistema en Schünemann, B., «¿Crisis del procedimiento penal?(¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», conferencia dictada en Madrid, el 11 de Abril de 1991 (ed. multicopiada). En ella se objeta que: (1) los acuerdos son inadmisibles porque las partes del proceso penal carecen de verdaderas facultades de disposición de su objeto; (b) lesionan el contenido material de las garantías procesales; (c) contradicen la aspiración al esclarecimiento de la verdad material; (d) los peligros de acuerdos pactados por el acusado sin una verdadera conciencia de su alcance, y bajo un grado mayor o menor de presión (loc. cit., págs. 11-16)

³⁸ Kühne, H.H., «Strafprozesslehre», C.F. Müller, Heidelberg, 1988, pág. 241. Schünemann los distingue del «guilty plea» en que tales negociaciones, en Alemania, «...no contienen acuerdos formales, sino un acuerdo basado en la confianza y, por otro lado, en ellos el acusado no se declara culpable... sino que formaliza una confesión que es valorada por el Tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad...»(loc. cit., pág. 6)

³⁹ BVerfG NStZ 1987, 419; también BGHSt 20, 268

⁴⁰ Kühne, loc. cit., pág. 241; Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, Munchen, 1.989, pág. 78. También, Ortells, loc. cit., págs. 250-251, y bibliografía cit. nota 77. Schünemann proporciona datos de una encuesta personal, llevada a cabo en 1986 entre jueces, fiscales y abogados: entre un 25 y un 35 % de los casos concluirían por la vía de estos acuerdos; y un 95 % de jueces y fiscales, y un 83 % de abogados, entendían que habían dado buenos resultados (loc. cit., pág. 6)

⁴¹ Especialmente, Da Costa Andrade, M., «Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)», en «Jornadas de Direito processual penal. O novo Código de Processo Penal», Almedina, Coimbra, 1991, págs. 319 y ss. Su inclusión del proceso sumarísimo es correcta desde el punto de vista del principio del consenso, pero las diferencias respecto del «plea bargaining» son notorias. El consentimiento del acusado también es preciso en ciertos supuestos de archivo del procedimiento en caso de dispensa o de exención de pena (artículo 280.2). La redacción definitiva del artículo 281 es consecuencia de la parcial declaración de inconstitucionalidad del texto del proyecto, por acuerdo 7/1987, de 9 de Enero, del Tribunal Constitucional portugués, en cuanto, entre otras razones, no se preveía la intervención controladora del Juez, que, de todos modos, es de temer se convierta en «mera rutina», sin llegar a poder captar los sobreentendidos del proceso y sus juegos entre bastidores, que pueden comprometer la voluntariedad del acuerdo, cediendo, el acusado, a la presión de la regla empírica «más vale prevenir que curar» (Da Costa Pimenta, J., «Código de Processo Penal anotado», Rei dos Livros, Lisboa, 1991, pág. 616)

⁴² Da Costa Pimentel, loc. cit.

⁴³ Maia Gonçalves, M., «Código de Processo Penal anotado. 1991», Almedina, Coimbra, 1991, pág. 469. Entre sus modelos menciona, por cierto, la Ley española orgánica 10/1980, de 11 de Noviembre. Lo cita, poco más que de pasada, como manifestación del principio del consenso, y expresión de las aspiraciones a un proceso según las pautas de la acción comunicativa habermasiana, Da Costa Andrade, loc. cit., pág. 338. Vid., también, Robalo Cordeiro, «Audiência de julgamento», en «Jornadas...», cits., págs. 310 y 311. Se reserva al Juez un control sobre lo que, por analogía con el proceso norteamericano, podría denominarse la «voluntariness» y la «factual basis» de la confesión

⁴⁴ De Figueiredo Dias, J., «Sobre os sujeitos processuais do novo Código de Processo Penal», en «Jornadas...» cits., pág. 29

⁴⁵ Vid., supra, nota (34)

⁴⁶ Riccio, G., «Libro VI, Procedimenti speciali (artt. 438-464)», en Conso, G. y Grevi, V., «Profili del nuovo Codice di Procedura Penale», Cedam, Padova, 1991, pág. 366

⁴⁷ Pisapia, G.D., «Lineamenti del nuovo processo penale», Cedam, Padova, 1989, pág. 61; Masselli, G., «L'applicazione della pena su richiesta delle parti» en «Profili del nuovo processo penale», estudios coordinados por Mario Garavoglia, Cedam, Padova, 1988, págs. 162-163; Riccio, loc. cit., pág. 377, sin dejar de advertir que el éxito de la experiencia innovadora está estrechamente condicionado sobre todo por la «práctica y la corrección de los comportamientos procesales»; Cordero, F., «Procedura Penale», Giuffrè, Milano, 1991, págs. 834 y ss.

⁴⁸ Lattanzi, G., «L'applicazione della pena su richiesta delle parti», en «Contributi allo studio del nuovo Codice di Procedura Penale» (volumen colectivo a cargo de Canzio, G., Ferranti, D. y Pascolini, A.), Giuffrè, Milano, 1989, pág. 118. Las diferencias entre este modelo procedimental y las fórmulas compositivas anglosajonas son destacadas

por Cordero, loc. cit., págs. 835 y 837. Muy claramente lo explica con estas palabras: «Los acuerdos sobre la pena no son los del "plea bargaining", ante los que el juez funciona como notario: no configuran negocios que hay que homologar; estamos ante peticiones, acogibles o no. Juicio jurisdiccional, por tanto...», loc. cit., pág. 841. Hay otros ejemplos de aplicación del principio del consenso, dignos de tener en cuenta, en Derecho comparado:

(a) El archivo condicional del proceso, previsto, para infracciones sancionadas con hasta tres años de prisión, por los artículos 27 a 29 del Código Penal polaco, transidos de un fuerte sentido resocializador, y con intervención de apoyo de ciertas organizaciones sociales. En 1980, un 16 % de los procesos habían concluido por esta vía.

(b) Las «transacciones» entre el imputado y el Ministerio Fiscal (o incluso la policía), conocidas en Holanda.

Cfr., para todo ello, Paliero, C.E., «Minima non curat pretor», Cedam, Padova, 1985, págs. 481 y ss.; Da Costa Andrade, loc. cit., págs. 347-348

⁴⁹ Loc. cit., págs. 281-282

⁵⁰ La diferente disponibilidad del objeto del proceso en los procesos civil y penal, hace que la idea de allanamiento se aplique con reservas al segundo, al igual que la de confesión (un resumen del estado de esta cuestión puede encontrarse en Rodríguez García, loc. cit., págs. 107 y ss.)

⁵¹ Esta ausencia de límites se da tanto en la conformidad *unilateral* como en la *consensuada*: Llorente, loc. cit., pág. 500

⁵² Aprovechando el contacto que permite la concurrencia de las partes acusadoras y de la Defensa.

⁵³ Véase, Rodríguez García, N., «El consenso en el proceso penal español», J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997. En relación con el proceso penal hondureño: Llorente, loc. cit., pág. 500; Fortín Aguilar, M.A., en «Código Procesal Penal (Honduras)» cit., pág. 517

⁵⁴ En relación con el parecido (aunque las diferencias sean numerosas y notables) artículo 793.3 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, véanse las opiniones coincidentes de Fernández Entralgo, J., «Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado», en «El procedimiento abreviado», Cuadernos de Derecho Judicial, IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; Gimeno, «La nueva regulación ...» cit., pag. 981; De Diego, loc. cit., págs. 283-284; Ortells Ramos, M., «El nuevo procedimiento abreviado: aspectos fundamentales», en «Justicia 89», 1989-III, págs. 559-560; Fairén, «Las "negociaciones" ...» cit., págs. 414-415

⁵⁵ Gómez Orbaneja, «Comentarios ...» cit., págs. 286 y ss.; Rodríguez García, loc. cit., págs. 161-162

⁵⁶ De Diego, loc. cit., pág. 284

⁵⁷ Loc. cit., pág. 500

⁵⁸ Así está ocurriendo, en la práctica, en España.

⁵⁹ Fortín Aguilar, loc. cit., pág. 516

⁶⁰ Un resumen del estado de la cuestión puede verse en Rodríguez García, loc. cit., págs. 191 y ss.; y en Fernández Entralgo, loc. cit.,. En favor de esta interpretación, Almagro Nosete, J., «El nuevo proceso penal», págs. 147 y 206; Calvo Sánchez, C., «La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre», en «LA LEY» 1990-2, pág. 1098; Conde-Pumpido Tourón, C., «El juicio oral», en Andrés Ibáñez, P. y otros, «La reforma del proceso penal», Tecnos, 1990, pág. 192; Fairén, «Las “negociaciones” ...» cit., pág. 415; Gómez Colomer, J.L., «Derecho jurisdiccional» cit., págs. 311-313;

⁶¹ Si el Tribunal cree que el hecho es atípico o que concurre alguna causa de exención de la responsabilidad penal, tiene facultad de ordenar la continuación del procedimiento.

⁶² Loc. cit., pág. 517

⁶³ El imputado conforme y su Defensor no intervendrían ya en el desarrollo del debate, salvo que se proponga la declaración de aquél como testigo.

⁶⁴ Gómez Colomer, loc. cit., pág. 307. En España no puede desconocerse la extensión de la práctica judicial que concede eficacia -a veces, sólo oficiosa- de la conformidad parcial. Sobre este extremo, véase Conde-Pumpido Tourón, C., en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Director), «Enjuiciamiento Criminal», Trivium, Madrid, 1998, II, págs. 2393-2395 y 2415-2426

LECCIÓN 13: LA APERTURA DEL DEBATE. CALENDARIO DE JUICIOS COMPLEJOS. EL DESARROLLO DEL DEBATE. PRESENTACIÓN DEL CASO POR LAS PARTES.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Banegas, J., Bonilla, D., Cálix, J., Castro, M^a.F., Cubero, I.Y., Flores, R., González, G., Salas, C., Serrano, J., Vivas, G., «Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño», Honduras, 2003

Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L. (Autores Coordinadores), «Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004.

Fortín Aguilar, M.A., Comentarios a los artículos 304 a 334, en Palacios & Fernández, 2000, págs. 502 y ss.

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios & Fernández, 2000, páginas 490 y ss.

Palacios Mejía, J.M^a., y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000

1. La apertura del debate.

1.1. Etapas de la fase de juicio oral.

El juicio oral se desarrolla en tres etapas.

La primera de ellas sirve de preparación del debate y se desglosa, a su vez, en dos fases.

Mirando al pasado para facilitar el futuro, trata, ante todo, de sanear el debate, purgándolo de posibles vicios o defectos procesales que pudieran entorpecerlo posteriormente, y aun dar al traste con la eficacia del proceso, si se advirtieran sólo en el momento de la sentencia.

Esta subfase inicial se centra en una audiencia que ha de versar sobre la superveniencia o advertencia sobrevenida de causas de recusación, excepciones o nulidades (artículo 316 CPP)¹.

A ella sucede otra, funcionalmente volcada al futuro, de proposición de prueba para el debate, regulada por el artículo 317 CPP. Las partes procesales han de proponer previamente a la apertura del debate las pruebas de que intenten valerse en él. Ello permite, desde luego, que el tribunal se pronuncie sobre su admisibilidad y tome las medidas encaminadas a hacer posible su práctica, pero a la vez desempeña una importante función de cara al logro de un mayor grado de igualdad de armas entre las partes².

La tercera fase se encamina al señalamiento de fecha y hora para debate y convocatoria consiguiente de las partes, peritos y testigos, así como la adopción de las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público (artículo 318 CPP).

1.2. Señalamiento de fecha y hora para el debate.

Esta materia aparece regulada por el artículo 310 CPP (Señalamiento de fecha y hora para el debate): «... Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución relativa a la admisión de las pruebas presentadas el Presidente del Tribunal de Sentencia fijará la fecha y la hora en que se iniciará el juicio oral y público. Dicha fecha deberá estar comprendida entre los diez (10) y los treinta (30) días siguientes. Excepcionalmente el Tribunal podrá prorrogar este plazo por auto motivado, por hasta quince (15) días más.

Instruirá, asimismo, al Secretario del Tribunal para que convoque a las partes a fin de que se hagan presentes en la correspondiente audiencia, cite a los testigos y peritos, en su caso, y adopte las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público. ...».

Consecuentemente, la sucesión procedimental será la siguiente:

[a] Auto de admisión y rechazo de pruebas.

[b] Notificación a las partes

[c] (Dentro de los tres días siguientes a la última de ellas) Señalamiento de día y hora del inicio del debate:

[c.1] plazo:

[c.1.1] ordinario: entre los diez días y los treinta días siguientes

[c.1.2] extraordinario: prorrogable hasta cuarenta días (diez días más)³.

[d] Instrucciones complementarias al Secretario del Tribunal.

[d.1] Citación de las partes y de sus Defensores (cuyo control le corresponde a tenor del artículo 137 CPP).

1.3. El lugar de la celebración del juicio oral y público.

El **artículo 127 CPP** dispone:

«... Las audiencias se llevarán a cabo ... en los lugares habilitados para tal fin por la Corte Suprema de Justicia o en los que señale el Tribunal de Sentencia, siempre que se hallen situados dentro de su jurisdicción, salvo si existe la posibilidad de que se provoque una grave alteración del orden público no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presente obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el tribunal lo estime

prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometió el delito. En estos casos, el tribunal acondicionará una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio. ...».

1.3.1. El principio general de celebración del juicio oral en la sede del órgano jurisdiccional.

[a] El juicio oral se celebrará, como regla general, en la sede del Tribunal de Sentencia, y **en el lugar habilitado para tal fin por la Corte Suprema de Justicia.**

[b] Podrá tener lugar **en otro punto, que designe el Tribunal de Sentencia, dentro o fuera de la localidad donde tiene su sede, pero siempre** que se encuentre **dentro del espacio geográfico de su competencia territorial.**

Esta decisión se incluirá en la resolución en que se señale fecha y hora para el inicio de los debates, y deberá ser debidamente motivada.

Ha de tratarse de un local jurisdiccional o habilitado al efecto.

Fortín Pavón⁴ entiende que, a diferencia de lo que se permite en algunos sistemas procesales penales centroamericanos (como el de Costa Rica), no es posible legalmente celebrar el juicio dentro de un recinto penitenciario, sin perjuicio de las medidas de seguridad que puedan adoptarse para evitar la fuga de la persona acusada o la producción de alteraciones del orden dentro o fuera de la Sala de Justicia.

1.3.2. La excepción por riesgo de alteración del orden público.

En el artículo 127 CPP se excepciona, a la regla general de celebración en la sede del Tribunal de Sentencia, el caso de que exista la posibilidad de que se provoque una grave alteración del orden público o no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presenten obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

1.3.3. La excepción por razones de ejemplaridad.

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el tribunal lo estime

prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometió el delito. En estos casos, el Tribunal acondicionará una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.

Nótese que, en este caso, la determinación del lugar del juicio y de su acondicionamiento no se encomienda al Secretario, sino al Tribunal de Sentencia, el cual tomará las medidas oportunas recabando de las autoridades locales el auxilio interinstitucional que precisen.

El tribunal tendrá que extremar la prudencia a la hora de tomar la decisión de trasladar la celebración del juicio al lugar de los hechos por razones de ejemplaridad, ponderando el incremento del peligro de trastorno del orden público que pueda llevar consigo.

Binder ha insistido en la función reductora de la violencia del conflicto que el proceso lleva consigo. Sería perturbador que la celebración del juicio neutralizara esa importante función social. En la actualidad, una difusión intensificada de esa celebración y de una eventual sentencia condenatoria pueden producir un efecto equivalente de prevención general positiva (demostración de que el sistema penal funciona) y de intimidación o disuasión (*deterrence*) general.

1.3.4. La disposición de la Sala de Justicia.

La Sala de Justicia es el escenario del proceso; es la «arquitectura de la verdad»⁵.

El modelo tradicional, a partir de la generalización del modelo inquisitivo, organiza el espacio escénico procesal de un modo muy concreto, revelador de la ideología de las relaciones entre los intervinientes en el juicio.

Secretario	TRIBUNAL	
ACUSACIÓN		DEFENSA ACUSADO ⁶
	testigos/peritos	
	ACUSADO ⁷	

PÚBLICO

Los estrados constituyen el escenario y su disposición adopta una estructura triangular, que sitúa al Juez en un vértice⁹.

Las partes quedan enfrentadas entre sí, en tanto que el acusado queda colocado frente a frente con su juzgador, completando aparentemente un cierre cuadrangular, pero, en realidad, su ubicación sugiere que el debate se configura triangularmente¹⁰.

Juez



Acusación

Defensa

Pericot Canaleta, psicólogo, director de teatro y escenógrafo propone el siguiente esquema ideal (¿también utópico?) de una sala de justicia¹¹:

En primer lugar, es necesario un espacio que sea capaz de resolver la problemática diferencial de poderes en un juicio.

El círculo es una forma de unidad, es popular, y el público está invitado a participar (oyente) como observador total del juicio. Al mismo tiempo se eliminan todos aquellos estímulos visuales que interfieren con la funcionalidad específica de un juicio. Cada punto del espacio, sea cual sea su ubicación, equidista del centro. Es la neutralidad casi completa; las diferencias vendrían dadas por la variedad de los juicios (como en el espacio de la tragedia clásica) que se desarrollen. El espacio juicio no puede ni debe condicionar el juicio, para que éste se exprese con todas sus características y especificidades propias.

La mesa del juicio de forma circular (corona circular), podría dividirse en cuatro segmentos separados, respondiendo a las cuatro funciones propias de cada juicio.

Separados, pero sin perder el conjunto visual del círculo como unidad visual.

Cada uno de estos segmentos sería igual, o con pequeñas diferencias, de acuerdo con las funciones propias de cada fragmento.

Cada fragmento tendrá acceso privado a la sala del tribunal por cuatro pasillos particulares, que partirán de cuatro dependencias propias e independientes, propias para cada una de las cuatro funciones específicas de que se compone un tribunal. El público también tendrá un acceso independiente.

En la parte central, pueden situarse los documentalistas que dan fe del juicio. La iluminación ha de ser repetida, con puntos de luz iguales, y cubriendo todo el espacio central.

Para terminar, creo necesaria la incorporación de una serie de elementos técnicos audiovisuales, como por ejemplo proyectores de transparencias y opacos, cámaras de vídeo, magnetoscopios y pantallas visionadoras. La amplificación de las voces dependerá de las dimensiones de la sala.

La posición del acusado mejora cuando, como ocurre en Honduras, se sienta junto a su Defensor¹², ya que sugiere una incorporación al espacio escénico correspondiente a una de las partes, y facilita su comunicación en el curso del juicio.

Cuantas personas intervengan en el juicio oral (el acusado, durante su interrogatorio; los peritos y los testigos) deben situarse dando cara al Tribunal para facilitar su audición y la percepción de su lenguaje no verbal, tan importante para valorar la persuasividad de sus manifestaciones.

Su lateralización respecto de las partes reduce los riesgos de confrontación directa, de acuerdo con los resultados de las investigaciones de psicología aplicada, aunque serán inevitables movimientos automáticos de encaramiento con la parte procesal que interroge.

Es preferible que declaren sentados: contribuye a su mayor distensión y no supone señal alguna de falta de respeto hacia el tribunal.

Entre los estrados y el público no ha de haber tanto espacio que dificulte la audición de las personas que se encuentran en estrados, ni tan poco que impida el acceso de una persona que pretenda alterar el orden del debate.

Testigos y peritos deberían acceder por una puerta lateral, de modo que no tengan que atravesar el espacio reservado al público o por delante del acusado y de su Defensor, en prevención del riesgo de amenazas o intentos de agresión.

La preservación de testigos y peritos de la confrontación visual directa con la persona acusada puede plantear problemas al tener que compatibilizar intereses contrapuestos.

La disposición de la Sala de Justicia queda normalmen fuera del control del tribunal y del personal a sus órdenes. Ocasionalmente, sin embargo, podrá organizarlo con mayor libertad en los casos excepcionales en los que el juicio haya de tener lugar fuera de su sede.

1.4. Constitución del Tribunal y apertura de la audiencia.

Llegados el día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia (artículo 319 CPP).

1.5. Fijación de la actitud procesal de la persona acusada: conformidad u oposición con la acusación.

El Tribunal comienza, entonces, su trabajo.

Del tenor literal del párrafo segundo del artículo 319 CPP («... Iniciada ésta y a falta de conformidad del imputado con la acusación...») parece que ante todo se interrogaría a la persona acusada acerca de su actitud procesal de conformidad u oposición a la acusación formulada contra ella.

Ello clarificaría el procedimiento a seguir, comprimiéndolo de modo que se encontraría en la misma situación prevista por el artículo 322 CPP, prescindiéndose, entonces, de comprobaciones innecesarias y de incidentes e intervenciones (como la presentación del caso) que presuponen la disposición de las partes a llevar adelante el debate.

Si la conformidad se hubiese conseguido en una fase anterior (audiencia preliminar o preparación del debate), el Tribunal podría prescindir de toda la tramitación posterior, procediendo del modo previsto en el artículo 322 CPP.

1.6. Comprobación de la presencia de los intervinientes en el debate y fijación del calendario de sesiones.

A falta de conformidad del acusado, el Presidente comprobará la presencia de las partes y de los testigos, peritos e intérpretes, en su caso (artículo 319.2 CPP).

La ausencia de alguno de ellos supondrá la aplicación de lo previsto por el artículo 312 CPP.

Cuando sea previsible que el debate se prolongue más de una sesión, el Tribunal, oyendo a las partes, podrá disponer que se cite a cada perito o testigo para el día y hora que corresponda dentro del calendario de sesiones que se establezca (artículo 319.3 CPP).

2. Calendario de juicios complejos.

La extensión de la delincuencia organizada ha dado lugar a la aparición de juicios complejos (conocidos vulgarmente como *maxiprocesos* o *macrojuicios*) en los que son acusadas un número considerable de personas, y en los que, en ocasiones, pueden intervenir, junto al Ministerio Público, una pluralidad de acusadores privados.

Los problemas que plantean son de dos clases.

2.1. La organización del espacio escénico judicial.

Por una parte, no es fácil organizar la Sala de Justicia.

Los locales que habitualmente se destinan a este menester no están preparadas para acoger a partes numerosas y a un público que no ha de serlo menos, al que se suma la presencia de los medios de comunicación.

Será inevitable tener que habilitar un espacio de grandes dimensiones. Se suelen adaptar locales en los que ordinariamente se celebran espectáculos públicos, congresos o exposiciones. Otras veces, se prefiere construir para el caso un recinto que se divide y acondiciona para que pueda cumplir sus funciones.

Ha de tratarse, desde luego, de un espacio cerrado y techado.

El Tribunal expondrá la situación a la Corte Suprema y recabará la ayuda de las Autoridades locales, reuniéndose con ellas, tal como se prevé en el tercer párrafo del artículo 127 CPP.

2.2. Acomodación de tribunal, partes y público.

La pluralidad de partes acusadoras o la de acusados (acompañados de sus Defensores) puede obligar simplemente a ampliar los espacios respectivamente destinados a ellas, añadiendo asientos y mesas auxiliares.

La misma prevención se tomará cuando se prevea la asistencia de un público

numeroso. No obstante, es aconsejable que se limite, en todo caso, el número de personas que puedan tener acceso a la Sala de Justicia, para evitar que el desarrollo de los debates pueda verse interferido por intervenciones (de aprobación o desaprobación) de los presentes, siempre con el riesgo de degenerar en alteración del orden público¹³.

Pudiera reducirse la entrada a un número de personas equivalente al doble o triple del aforo promedio de las Salas ordinarias.

El Presidente del Tribunal, ejerciendo las funciones de policía de estrados que le atribuye el artículo 304 CPP, dará instrucciones sobre el número de asientos destinados a ser ocupados por el público. Por lo que se refiere a la presencia de medios de comunicación, tomará las medidas que considere más adecuadas, teniendo como orientación lo dispuesto por el artículo 309 CPP.

2.3. El acceso de los medios de comunicación.

Nada impide que se reserve un número de asientos a los profesionales de los medios de comunicación. Si se pretende la colocación y manejo de medios de grabación y transmisión audiovisual, habrá que tener en consideración tanto la perturbación que ello pueda significar en general (por el movimiento de máquinas y personas dentro de la Sala) como la que su presencia pueda producir en el ánimo de testigos y peritos. La publicidad es un principio del proceso en función de garantía de su limpieza, pero no es admisible que se lleve a extremos en los que resulte disfuncional para su eficacia.

En ciertos tribunales, las empresas de televisión quedan subordinadas a una *señal única* controlada por el Presidente del Tribunal.

De este modo, podrá restringir la grabación y transmisión de determinadas actuaciones o parte de ellas, cuando concurren los motivos que indica el artículo 309 CPP.

2.4. El control de una multiplicidad de acusados. Precauciones en caso de su peligrosidad.

Por otra parte, en casos de multiplicidad de acusados, cuando todos o un número elevado de ellos se encuentren privados de libertad y haya razones atendibles para considerarlos peligrosos, el riesgo de alteración del orden público permitirá que se concentren en un espacio cerrado y vigilado aunque diseñado de forma que no padezca el respeto que merece su dignidad como personas y la vigencia de la presunción o estado de inocencia, funcionando, en este caso, como regla de

tratamiento.

De los parámetros indicados dependerá que el espacio de reducción se configure como abierto o dividido en celdas unipersonales, de las que el acusado pueda salir exclusivamente cuando sea llamado a declarar o por otra causa justificada de las que se indican a efectos suspensión momentánea del debate.

2.5. Calendario.

Cuando sea previsible que el debate se prolongue más de una sesión, el Tribunal, oyendo a las partes, podrá disponer que se cite a cada perito o testigo para el día y hora que corresponda dentro del calendario de sesiones que se establezca (artículo 319.3 CPP).

En tales casos, previa audiencia de las partes, el Tribunal fijará el número de sesiones que considere necesario para la práctica de la prueba, atendiendo al número de partes individualmente comparecidas y al número de peritos y testigos, así como a la complejidad del hecho enjuiciado.

Seguidamente, distribuirá el número de intervenciones por sesión.

A cada perito o testigo se le entregará la citación correspondiente para el día y hora en que ha de intervenir como tal.

Conviene tener en cuenta algunos principios prácticos:

[a] Si ciertamente la Administración de Justicia ha de ser rápida, nunca podrán sacrificarse en aras de la menor duración del proceso las garantías establecidas en interés de las partes.

[b] Consultando con las partes, se podrá calcular el tiempo que se consumirá con cada perito y con cada testigo, en atención a la esperable información que pueda proporcionar y la complejidad del caso.

[c] La duración de cada sesión no puede resultar desproporcionadamente prolongada. El Tribunal y las partes acusadora y defensora, como todos los seres humanos, están sujetos a los límites de la capacidad de atención, de asimilación y de retención.

[d] Es preferible exponerse a que queden «*tiempos en blanco*», porque algún testigo o perito no se ha presentado o porque su intervención fue más breve que lo espersado, que a hacer esperar mucho tiempo a los citados; y no se diga a hacerles volver otro

día. La irritación y el cansancio perjudican los testimonios y las pericias, incrementando la agresividad del compareciente y reduciendo su capacidad de evocación y de comunicación.

3. El desarrollo del debate.

El debate se desarrolla de acuerdo con una estructura que podría desglosarse del modo siguiente:

[a] Constitución del Tribunal y apertura de la audiencia.

[b] Fijación de la actitud procesal de la persona acusada: conformidad u oposición con la acusación.

[b] Comprobación de la presencia de los intervinientes en el debate y fijación del calendario de sesiones.

[c] Presentación del caso.

[d] Fase de saneamiento procesal y resolución de incidentes.

[e] Fijación definitiva del conflicto: posibilidades de conformidad del imputado con la acusación.

[f] Declaración de la persona acusada.

[g] Práctica de la prueba.

[h] Discusión final:

[h.1] Intervención de las partes procesales.

[h.2] Intervención de la víctima.

[h.3] *Última palabra* de la persona acusada.

[i] Cierre del debate.

4. Presentación del caso.

Inmediatamente después de establecido el calendario de sesiones, el Tribunal (entiéndase, su Presidente) «... declarará abierto el debate y después concederá la

palabra, por su orden, al Fiscal y al Acusador Privado, en su caso, y al Defensor, para que expongan oralmente y en forma breve y sumaria las posiciones planteadas en la formalización de la acusación y en la contestación de cargos. ...» (artículo 319.4 CPP).

Los estudiosos norteamericanos han descubierto la importancia de las actitudes recíprocas de las partes entre sí a lo largo del juicio. Un comportamiento correcto y positivo del Abogado defensor frente a la postura del Ministerio Fiscal, puede inducir en el juzgador una beneficiosa inclinación hacia el acusado; lo que no ocurre, a la inversa, cuando el acusador público muestra cordialidad con las posiciones de la Defensa; del mismo modo que el Defensor puede irritar al juez, y predisponerlo en contra de su patrocinado, si se alarga innecesariamente o si -a veces, falsamente- considera que mantiene un comportamiento excesivamente agresivo.

La propia norma transcrita proporciona la pauta de sus intervenciones: brevedad y sumariedad. Las partes han de proponer su versión de lo sucedido fijando claramente los puntos fundamentales sobre los que pretenden centrar su atención. Una pura reproducción de los escritos de acusación y de defensa sería inútil y hasta contraproducente; como habrá de serlo necesariamente una exposición demasiado prolja.

El lenguaje verbal, por lo demás, supone una técnica comunicativa distinta de la que es propia del escrito, y por ello mismo no sería admisible la mera lectura de aquellos escritos iniciales, como expresamente prohíbe el artículo 334.2 CPP, a propósito de la discusión final, la de las conclusiones definitivas.

En la bibliografía especializada se insiste en que estas afirmaciones introductorias han de estar muy bien organizadas y estructuradas, creando un marco de referencia para el tribunal. Las partes harán bien en concentrarse en unos pocos temas centrales. No deberán afirmar más que aquello que estén en condiciones de acreditar mediante la prueba propuesta ni enredarse en la interpretación de los hechos enjuiciados.

¹ Por aplicación del principio de preclusión, las demás, anteriores y conocidas anteriormente, habrán quedado subsanadas.

² Tal es la función que desempeña el «*discovery of the evidence*» en el proceso norteamericano (reglas 12 y 16 de las «*Federal Rules of the Criminal Procedure*») complementario -porque es bidireccional- del deber de «*disclosure of the evidence*» en beneficio de la Defensa; trasplantado al Código italiano de Procedimiento Penal de 1988: Díaz Cabiale, loc. cit., pág. 195. En la Sentencia que, en 1970, resolvió el caso *Williams contra Florida*, el Tribunal Supremo norteamericano entendió que el proceso

no era como el juego de poker, en que cada juzgador puede reservarse el conocimiento de las propias cartas para jugarlas en el momento para él más conveniente.

³ La prórroga ha de hacerse por auto en el que han de explicarse sus razones justificativas: cantidad de prueba cuya práctica hay que preparar; complejidad de la prueba; dificultades de citación de testigos y peritos.

⁴ «Código Procesal Penal Comentado» cit., pág. 278.

Fortín Pavón recuerda lo dispuesto por la Sentencia 96/1987, de 10 de junio, del Tribunal Constitucional español, en un caso en que **el Juzgado de Instrucción [equivalente a un Juzgado de Letras]** de Manzanares, en la provincial de Ciudad Real, en La Mancha, **decidió celebrar el juicio verbal de faltas, en que un preso acusaba de malos tratos a un funcionario, en el Centro penitenciario de Herrera de la Mancha**, apoyándose para ello en lo previsto en el art. 268 LOPJ, que autoriza a los Tribunales a constituirse "en cualquier lugar de su jurisdicción (...) cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia".

Resulta de interés la lectura de los fundamentos de la sentencia, porque son extrapolables a nuestro Derecho.

El Tribunal Constitucional español comienza «... señalando que el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 CE, tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El art. 24.2 CE ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo.

En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso público en el art. 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiendo sostenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en idéntica dirección que la que acabamos de señalar, que "la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el art. 6.1 del referido Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; por lo que constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Jueces y Tribunales" (S 8 diciembre 1983 en el caso "Pretto y otros"; asimismo en la del caso "Axen", de la misma fecha). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte

en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia.

El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: el control público de la justicia y la confianza en los Tribunales.

Como establece, por último, el art. 120.1 CE, la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una Ley. Una primera excepción se encuentra en el art. 232 LOPJ, que en su pfo. 2º establece que "excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Otra es la del art. 680 LECr., según el cual las sesiones podrán tener lugar "a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia", y el Presidente, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, "consignando el acuerdo en auto motivado".

De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expuestos que la ley autorice, y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia. Por lo tanto, debe señalarse, como también lo ha hecho la sentencia recurrida, que el art. 268 LOPJ -a cuyo tenor, como se dijo, se autoriza la constitución del órgano judicial fuera de su sede-, contiene una norma encaminada a dotar de eficacia al procedimiento, cuya aplicación debe hacerse sin merma de las garantías constitucionales del proceso.

... Alega el demandante de amparo, en primer término, que la celebración de la vista en el recinto del Centro penitenciario de régimen cerrado de Herrera de la Mancha, ordenada por la providencia del Juez de Instrucción de Manzanares de 21 septiembre 1985, no ha respetado su derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Y forzoso es comprobar que tal derecho, dadas las circunstancias en las que tuvo lugar la vista, ha sido, de hecho, indebidamente restringido. No se cuestiona aquí en modo alguno la facultad que tiene el Juzgador, por razones de seguridad, y para mejor tutela de los derechos, en relación con el contexto ambiental del proceso, de aplicar las medidas excepcionales que prevén los mencionados artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y fijar para la vista la fecha que estime más adecuada, pero es

obvio, por lo que antes se dijo, que el uso de esa facultad ha de hacerse sin menoscabo de las garantías a las que se refiere el citado art. 24.2.

Prescindiendo de la posibilidad existente de celebrar la vista a puerta cerrada por las razones de orden público a las que alude el art. 680 LECr., el hecho es que en el presente caso la decisión de celebrarla en el Centro penitenciario donde se habían producido los hechos imputados a guardianes del mismo, y en presencia de un público compuesto por personas con vinculación funcional con los acusados, llevaba consigo una considerable limitación de las garantías que, como hemos señalado antes, conlleva la publicidad del juicio.

Aduce ciertamente la sentencia impugnada de la Audiencia Provincial [como Corte de Apelación] de Ciudad Real, en su f. j. 2º, que no hubo conculcación de la publicidad, porque "no consta que ninguna persona interesada en la asistencia al acto no pudiese acceder hasta la dependencia donde el juicio se celebró, sin perjuicio de que hubiere de haberse sometido a los precisos controles destinados a salvaguardar la seguridad del establecimiento". Pero resulta evidente que se trata de un hecho sin relevancia suficiente en orden a la publicidad del acto, por cuanto lo que importa no es tanto la presencia efectiva de asistentes, cuanto la posibilidad de que, como se dijo en la S 30/1982 de 1 junio de este Tribunal, cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio mientras se disponga de espacio para ello; y desde luego, el derecho de las partes a que esta posibilidad sea real para que el juicio se haga con todas las garantías. En el presente caso, ya las medidas de control impuestas para el acceso -por lo demás justificadas, dada la naturaleza del establecimiento-, creaban una reducción fáctica del libre acceso al local en el que se celebraba el proceso, no compatible con el principio de publicidad. A ello cabe añadir, en relación con las garantías que este principio implica, que aquí las posibilidades concretas de acceso del público en general al lugar de la vista estaban al margen del poder de decisión del órgano jurisdiccional.

Por último, la limitación fáctica de la publicidad en el caso de autos tampoco queda compensada, como se sostiene en la sentencia recurrida y en las alegaciones del Mº Fiscal, por la presencia en el acto de periodistas que informaron en diversos medios del desarrollo de aquél; pues valen a este respecto las mismas consideraciones que acabamos de hacer.

La conclusión que se deduce de cuanto llevamos dicho no puede ser sino que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del hoy recurrente en amparo al proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Las disposiciones que rigen en materia de publicidad del proceso tienen, también, la función de asegurar el derecho de las partes a que el Tribunal decida la causa sin estar

sometido a influencias ajenas a la misma; derecho que las resoluciones impugnadas no han satisfecho adecuadamente.

... A mayor abundamiento, en lo tocante a la indefensión, alegada también por el recurrente, corresponde asimismo poner de manifiesto que la constitución del órgano judicial en el establecimiento carcelario en el que tuvieron lugar los hechos que se juzgaban, no sólo ha vulnerado el principio de publicidad, sino que además ha podido afectar a otros derechos del recurrente. En efecto, tratándose de enjuiciar hechos punibles imputados por un recluso a personal del establecimiento penitenciario en el que se celebró el juicio, es evidente que éste tuvo lugar en condiciones que, objetivamente consideradas, no son de suyo idóneas para garantizar debidamente la imparcialidad del Tribunal, que debió juzgar en la presencia de un público limitado y acaso predispuesto en favor de una de las partes, y para permitir, por consecuencia, un ejercicio sin perturbaciones del derecho de defensa.

... En cambio, debe considerarse que no se ha vulnerado el derecho de defensa (art. 24.2 CE) del recurrente como consecuencia de las medidas de seguridad a que se vio sometido su Letrado a la entrada en el establecimiento penitenciario. Estas medidas no han tenido, según se desprende de las actuaciones agregadas, ninguna repercusión en el comportamiento procesal del Abogado en el ejercicio de su función. ...».

En conclusión, el Tribunal Constitucional declaró (o, si se prefiere, reafirmó) el derecho del demandante a que sus pretensiones jurídicas sean vistas en un proceso público; anuló todo lo actuado a partir del inicio del juicio de faltas y ordenó que se celebrase uno nuevo en la sede del Juzgado de Instrucción.

⁵ Sobral, J., «El abogado como psicólogo intuitivo», «Anuario de Psicología Jurídica», 1, 1991.

⁶ Colocación angloamericana y hondureña

⁷ Colocación tradicional española

⁸ Lugar sugerido de entrada de testigos y peritos

⁹ Se ha propuesto una disposición semicircular (Salas, D., «Du procès pénal. Éléments pou une théorie interdisciplinaire du procès», Presses Universitaires de France, París, 1992) e incluso circular (Pericot Canaleta, I., «Análisis del espacio de un tribunal de justicia», en «El juicio oral», Consejo General del Poder Judicial, y Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1994, págs. 97 y ss.), formando dos coronas

concéntricas, que correspondería a una concepción del *juicio de los iguales*.

¹⁰ No es difícil ver el espacio procesal triangular como la traducción escénica de la relación jurídica también triangular construida por von Bülow y Wach para explicar la naturaleza jurídica del proceso.

La separación del público se ha considerado sintomática. La actividad jurisdiccional es cuestión que atañe únicamente a los juristas. Ellos conocen el habla y saben las reglas del juego.

¹¹ Si, como explica Hassemer, el proceso es el *marco escénico* para la producción y tratamiento del caso enjuiciado, no extrañará que se proponga el diseño de la Sala de Justicia como un escenario teatral.

¹² Es la disposición adoptada desde siempre por el modelo angloamericano, del que la importó la Ley española del Tribunal del Jurado.

¹³ Del artículo 209 CPP se infiere que el Estado no está obligado a garantizar el acceso de cuantos quieran asistir a los debates a la Sala de Justicia.

LECCIÓN 14: LAS TÉCNICAS DE INTERROGATORIO, LA DIRECCIÓN DE LA AUDIENCIA.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Casado Pérez, J.M., "La prueba en el proceso penal", en Casado Pérez, J.M., López Ortega, J.K., Seoane Spiegelberg, J.L., Lemus, M.E., Marco Cos, J.M., Antón Blanco, J.L., Quintanilla, L.H., Escalante Saravia, A., Noubleau Orantes, P., "Derecho Procesal Penal Salvadoreño", Corte Suprema de Justicia y Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, 2000.

Diego Díez, L.A., "Los medios de prueba", Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en Palacios Mejía, J.M., y Fernández Entralgo, J., "Código Procesal Penal Comentado. Honduras", Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

Llorente Fernández de la Reguera, A., "Del juicio oral y público", en "Código Procesal Penal comentado (Honduras)", Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Cooperación Española/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, pág. 494;

Fortín Aguilar, M.A., Comentario al artículo 310, Ibidem, pág. 507. Palacios Mejía, J.M., y Fernández Entralgo, J., "Código Procesal Penal Comentado. Honduras", Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

Pérez, R., Comentario a los artículos 198 a 262, en Palacios & Fernández .

Serra Domínguez, M., "Declaración del imputado e indagatoria", en "Nueva Enciclopedia Jurídica", XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss.;

1. Las técnicas de interrogatorio.

El proceso puede ser concebido como el marco escénico para la presentación y comprensión del caso¹; y los protagonistas del drama procesal se comunican entre sí, y pueden comunicar a los cada vez más amplios "auditorios" (en el sentido de Perelmann²: *círculos* de personas que van desde las presentes en la sala de justicia a los más recónditos lugares de la *aldea global*³, a través de los medios de comunicación) por medio del lenguaje oral, entendido en un sentido amplio que incluye el denominado "lenguaje no verbal", esto es, la "expresión corporal", el conjunto de gestos y actitudes corporales que acompañan a la emisión de las palabras por el sujeto, y que tanta importancia tiene como parte del mensaje comunicativo⁴.

La elección entre las formas oral y escrita del lenguaje tiene una importancia decisiva para la construcción del modelo *formal* de juicio. "... En nuestra opinión -escribe Montero Aroca⁵- todo el problema del procedimiento puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad. ...". James Goldschmidt explica: "... Donde el principio de la oralidad tiene vigor, ... el principio del "audiatur et altera pars" [o de audiencia bilateral], cuya observancia es el mínimo de una configuración acusatoria del proceso, conduce al principio de la contradicción, es decir, a la audiencia de las alegaciones mutuas de las partes en forma de un "juicio oral". La dificultad de retener lo hablado en la memoria conduce además al principio de concentración, o "unidad de acto", que requiere condensar el juicio oral en una o varias sesiones consecutivas. ..."⁶.

Es frecuente invocar la configuración que, de la pareja conceptual oralidad/escritura, hace Goldschmidt: "... se entiende por oralidad del procedimiento el principio de que la resolución judicial puede basarse sólo en el material procesal proferido oralmente ..."; "... el contrario del principio de la oralidad se representa por el de la escritura, con arreglo al cual la resolución judicial ha de basarse sólo en el material procesal depuesto por escrito en los autos ..."⁷.

Zaffaroni pone en guardia contra lo que llama la *pseudo-oralidad*.

Es, ésta, "... una patología de la práctica del sistema oral, que virtualmente lo convierte en escrito: se trata de un sistema que, si bien es oral, permite que las audiencias se discontinúen, en forma que a los testigos se los vaya interrogando por separado y en forma discontinuada, a lo largo de varias semanas y hasta meses. La discontinuidad de las audiencias hace que el tribunal no tenga presente las circunstancias del caso a la hora de dictar sentencia y, en definitiva, ésta se dicte con los elementos escritos, lo cual también puede delegarse. ..."

El ideal de proceso penal democrático requiere que el juicio sea sencillo, rápido, concentrado, continuado, con inmediación, contradictorio y, sobre todo, público; y la forma de expresión oral contribuye, mucho mejor que la escrita, como valora Cafferata

Nores, a la realización de ese ideal.

González Álvarez escribe: «... Uno de los aspectos más importantes que debe buscar cualquier proceso de reforma de la justicia penal en América Latina lo constituye, sin lugar a dudas, la necesidad de que nuestros jueces asuman un mayor protagonismo social en relación con la solución del conflicto, que se dejen las delegaciones de las tareas jurisdiccionales (como ocurre en el sistema escrito), que los perciban los ciudadanos ejerciendo sus funciones, que asuman mayor compromiso con la solución de los problemas que más afectan a los habitantes de su circunscripción en lo que se refiere a la justicia penal y, en definitiva, que sean agentes del proceso político y social en una determinada sociedad. ...»⁸.

En su *Relación General*, presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en Pescara, del 29 de Agosto al 5 de Septiembre de 1970), el profesor Cappelletti, aseguraba: «...Unánime es, por parte de los relatores, la exclusión, en la fase actual de la civilización humana, de un sistema procesal en el cual la forma oral domine en su absoluta pureza. Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales: y de ahí que el problema de la oralidad y de la escritura se indica con frecuencia como un problema de predominio, o de coordinación, no de total exclusión...»⁹.

Por otra parte, para calificar un modelo procedimental como oral o escrito, se atiende a su contemplación como estructura total, más que a una de sus fases concretas (las alegaciones, la prueba...), y se insiste en la íntima relación que guardan oralidad, intermediación y concentración, como principios interdependientes.

La oralidad se incluye como una de las pautas organizativas del procedimiento penal¹⁰ ya en el primer artículo del Código Procesal Penal. Llorente Fernández de la Reguera la conecta ingeniosamente con el artículo 94 de la Constitución¹¹, pues en él se prohíbe imponer pena alguna a alguien «... sin haber sido oído y vencido en juicio ...», y la «audiencia» preceptiva demanda la oralidad. Orales serán las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate (artículo 302 CPP), sin perjuicio de su conservación por escrito o por cualquier otro medio. Las actuaciones investigadoras consistentes en declaraciones del imputado o de testigos-salvo excepciones por imposibilidad del declarante- serán igualmente orales (artículos 125 y 130 CPP), igualmente sin perjuicio de su documentación para constancia futura (artículo 131 CPP). La oralidad se ha extendido, al menos parcialmente, al período intermedio -tradicionalmente dominado por la pauta de escritura- como consecuencia de la introducción de la audiencia inicial que regulan los artículos 300 y 301 CPP; y a la fase de sentencia. En efecto, al margen la lectura de la absolutoria, si el fallo fuese condenatorio, una vez concluida la deliberación y votación, «... el Tribunal de Sentencia regresará al salón de debates y el Presidente explicará en voz alta y con palabras sencillas y claras, que se ha tomado la decisión de condenar al imputado ...» (artículo 342.2 CPP¹²), abriéndose una audiencia, también oral, para la determinación de la pena (artículo 343 CPP), extremo que resolverá el Tribunal en su sentencia.

1.1. La declaración del acusado.

Abierta la fase de debate del juicio oral, a falta de conformidad de la persona acusada, el Presidente del Tribunal -dispone el artículo 323 CPP- "... le concederá la palabra al imputado para que deponga si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra. ...".

Rendida la declaración del imputado, cuando lo haya (o de todos ellos, cuando sean varios, contando, por supuesto, con que quieran declarar), "... se recibirán las pruebas propuestas por las partes, en el orden indicado por éstas. ...". Así lo establece el artículo 325 CPP, sugiriendo que aquella declaración carece de carácter probatorio, al menos en sentido estricto.

1.1.1. Su doble función, defensiva y probatoria.

El imputado es parte pasiva del procedimiento penal, pero parece obvio que puede proporcionar información que, junto con el resto del material obtenido en el curso de aquél, sirva para reconstruir el sucedido.

Serra Domínguez¹³ y Viada y Aragonese¹⁴ resumen las opiniones acerca de la función que sus eventuales declaraciones pueden desempeñar en el proceso.

Algunos procesalistas alemanes (como Beling¹⁵), seguidos por un sector de italianos¹⁶, entendieron que el interrogatorio del imputado era sustancialmente la oportunidad (renunciable) que se le ofrecía para dar descargo de la imputación que se dirigía contra él. Era, por tanto, y ante todo, un medio de defensa.

Esta perspectiva unidimensional de su interrogatorio se explica como reacción enérgica sobre la importancia desorbitada que se dio, en el modelo procesal inquisitivo (sin duda, por el peso de sus presupuestos teológicos) a la confesión del imputado, lo que conducía a no reparar en medios para obtenerla¹⁷. Serra Domínguez¹⁸ cita unas ilustrativas aterradoras palabras de la Ley I del Título XXX de la Partida VII. Tras una premonitoria introducción ("... Cometten los omes a fazer grandez yerros, e malos encubiertamente, de manera que non pueden ser sabidos nin prouados. E por ende touieron por bien los sabios antiguos que fiziessen tormentar a los omes porque pudiessen saber la verdad ende ellos ...", se lee en ella: "... Tormento es vna manera de prueua que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar, e saber la verdad por el, de los malos fechos que se fazen encubiertamente e non pueden ser sauidos nin prouados por otra manera. E tiene muy gran pro para complir la justicia. Ca por los tormentos los judgadores saben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos que non se podrían saber de otra guisa ...".

Sin embargo, otros procesalistas replicaron que este patológico entendimiento del papel del proceso penal no debía impedir el reconocimiento del valor que podía tener la declaración del imputado para fundamentar el convencimiento judicial. Carnelutti no

puede ser más explícito: "... El imputado es el príncipe de las pruebas; él no constituye por eso solamente la *res iudicanda*, sino que entra también a formar la *res iudicans*; en otras palabras, es al mismo tiempo la materia y un instrumento del juicio; a fin de que termine por juzgarse a sí mismo, comienza por servir al juez para juzgar él mismo. ...". Y, a renglón seguido, añade: "... No hay en el proceso penal una prueba más preciosa que el testimonio del imputado ..."¹⁹. Como testimonio consideran también el interrogatorio del imputado Framarino y Foschini²⁰. Y tal es, por lo demás, la actitud que ante él adopta el Derecho anglosajón, llevando al extremo las consecuencias del tratamiento del imputado como persona cuya inocencia es interinamente afirmada mientras no se prueba convincentemente su culpabilidad.

Para Roxin²¹, "... el imputado no es sólo un sujeto procesal, con derechos propios de intervención en el proceso, sino también un medio de prueba ...", aunque, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal angloamericano, no puede ser considerado como testigo. Tal parece ser el criterio dominante entre los modernos procesalistas y de la doctrina jurisprudencial en la República Federal Alemana²². Y, aunque su Ley Procesal Penal regule el interrogatorio del imputado con un cierto distanciamiento locativo respecto de la pericia, el testimonio y el reconocimiento judicial, el artículo 136a), interpretado inversamente, sugiere la aprovechabilidad probatoria del material informativo conseguido a través de aquél. Y los Códigos italiano y portugués de Procedimiento Penal incluyen el interrogatorio del inculcado entre los medios de prueba.

"... Las posiciones ... -matiza con razón Vázquez Sotelo²³- no son tan distantes ya que quienes comienzan atribuyendo a la declaración el carácter de medio de prueba - porque indudablemente de ellas pueden derivar y frecuentemente derivan importantes elementos para formar la convicción judicial- no por eso olvidan que la declaración es una magnífica ocasión que el imputado debe aprovechar para explicarse y justificarse, es decir, para defenderse ... Y quienes le atribuyen la naturaleza de medio de defensa no por eso niegan que de la declaración puedan resultar elementos probatorios o de convicción judicial de innegable y a veces decisivo cuando no excesivo valor, según demuestra la práctica diaria de los Tribunales y la jurisprudencia ..."²⁴.

En el artículo 323 CPP es perceptible esta doble dimensión del interrogatorio del acusado. Ante todo, constituye la oportunidad de que formule alegaciones en descargo de las acusaciones formuladas contra él, pero, además, es contemplado como fuente de información, si se aviene a responder a las preguntas que pueden tener por conveniente formular las partes acusadoras, la Defensa y, en último término, el propio Tribunal²⁵.

Fenech es tajante: "... consideramos la declaración del imputado como uno de los medios de prueba, por cuanto que su fin principal, si se examina con detenimiento su verdadera esencia, consiste en proporcionar al Juez o Tribunal elementos para formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión ...". "... [La] declaración del imputado contribuye a formar el convencimiento judicial ...", lo que "... no excluye que el imputado aproveche la

oportunidad procesal que le proporciona su propia declaración para aportar elementos de defensa perfectamente legítimos ...²⁶

Partiendo del tenor literal del artículo 323 CPP (y pese a que, interpretado conjuntamente con el 325 CPP, podría inferirse que se ha querido separar de los medios probatorios propiamente dichos), cabría sostener esta doble dimensión del interrogatorio del acusado. Ante todo, constituye la oportunidad de que formule alegaciones en descargo de las acusaciones formuladas contra él, pero, además, es contemplado como fuente de información, si se aviene a responder a las preguntas que pueden tener por conveniente formular las partes acusadoras, la Defensa y, en último término, el propio Tribunal.

Algunos especialistas (como López Ortega) creen que el derecho de defensa de que es titular el acusado se vería robustecido si sus declaración constituyera el último acto -y no el primero- de la etapa probatoria del juicio oral.

De este modo tendría la oportunidad de replicar a testigos y peritos y hacer las observaciones que tuviera por convenientes al resultado de las pruebas practicadas.

A ello se contesta que ya tiene esta oportunidad al ejercer su derecho a la última palabra sin posibilidad de ser sometido a interrogatorio por las partes acusadoras

El *doble momento del acusado* -adoptando, al comienzo del período probatorio, la forma de declaración seguida de interrogatorio, y, al final, declaración unilateral sin posibilidad de intervención de terceros- equilibra razonablemente su derecho a la defensa y el de contradicción de las contrapartes.

1.1.2. Desarrollo de la declaración del acusado.

1.1.2.1. Garantías de la declaración del acusado.

El acusado conserva, durante su interrogatorio en juicio, los derechos que se atribuyen al imputado en los artículos 101 y 287 y siguientes CPP, y muy especialmente, el constitucional de negarse a declarar, sin que ello pueda ser utilizado como argumento indiciario de culpabilidad y el de consultar a su Abogado defensor, de los que deberá ser informado antes de comenzar dicho interrogatorio.

El artículo 287 (Información de sus derechos al imputado) establece la información que el Juez de Letras ha de proporcionar al imputado antes de que éste presente declaración ante él. Comprende los siguientes extremos:

1) El contenido del requerimiento Fiscal, indicando, en todo caso, de forma clara y precisa (por lo que puede no ser suficiente, y hasta contraproducente, la lectura de la literalidad de la acusación formulada por la parte acusadora), los hechos que en él se le imputan.

2)

2.1) La vigencia de los derechos que a todo imputado reconoce el Artículo 101 de este Código, y en especial, por lo que se refiere a la declaración, de los reconocidos en los numerales 5) y 10) de ese mismo artículo.

El contenido de estos numerales es el siguiente:

5) A abstenerse de formular cualquier declaración sin que esta decisión sea utilizada en su perjuicio y si acepta hacerlo, a que su Defensor esté presente al momento de rendirla, lo mismo que en cualquier otra diligencia en que se requiera la presencia del imputado;

6) A que no se empleen en su contra, medios que de cualquier modo lastimen su dignidad personal;

7) A no ser sometida a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad, tales como: malos tratos, amenazas, violencia corporal o psíquica, torturas, aplicación de psicofármacos, hipnosis y polígrafo o detector de mentiras;

8) A que no se empleen medios que impidan su movilidad durante la realización de las actuaciones procesales. Este derecho se entenderá sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y según el criterio del Juez o del Ministerio Público, sean necesarias;

9) A ser asistida por un intérprete o traductor si no conoce el idioma español, sea sordomudo que no pueda darse a entender por escrito o que por cualquier causa no pueda expresarse;

10) A estar presente, con su Defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario.

2.2) El derecho constitucional del imputado a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero o compañera de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3) Su derecho a consultar con su Defensor, la actitud que debe asumir durante la audiencia; y

4) Su derecho a proponer, en su defensa, lo que considere oportuno y exigir que el Ministerio Público, con la colaboración de su Defensor, compruebe los hechos que exponga en su descargo.

Fácilmente se aprecia que existen repeticiones o reglas que afectan a dimensiones distintas de un mismo derecho, lo que exigirá un esfuerzo de síntesis al llevar a cabo la información de sus derechos a la persona acusada.

En el acto del juicio no parece preciso informar al acusado de la totalidad de los derechos enunciados en el artículo 287 CPP, sino únicamente de aquellos que tienen relación con la fase de debate.

Una mera lectura de los preceptos legales transcritos puede constituir un mensaje comunicativo defectuoso si, dado el nivel cultural de la persona imputada, cabe inferir que tendrá dificultades para comprender la jerga legal.

La Presidencia del Tribunal de Sentencia actuará prudentemente *traduciendo* esas normas a un lenguaje común, sustituyendo por conceptos vulgares los tecnicismos jurídicos, de forma que la información resulte comprensible para el acusado, y así se logre la mayor eficacia de su derecho a ser cumplidamente informado del contenido de las garantías que configuran su estatuto de imputado, sin que padezca el *núcleo duro* de su derecho a tal información²⁷.

Ante todo, el Tribunal habrá que cerciorarse de que la persona acusada comprende y puede hacerse comprender en lengua española. De otro modo, habrá que proveerle de intérprete, puesto que la información proporcionada a quien no puede entenderla por desconocer el idioma, carecería de sentido.

Es esencial que la persona acusada tenga claros los siguientes extremos:

[a] Tiene derecho a guardar silencio. Nadie podrá afirmar que es culpable por el sólo hecho de no querer declarar.

[b] Si accede a declarar, tiene derecho a no contestar cualquier pregunta que no desee responder. Nadie podrá afirmar, sólo por eso, que admite que es verdad el hecho al que la pretunta se refiere.

[c] La persona acusada tiene derecho a que se respete su dignidad. En el curso de su interrogatorio no puede ser víctima de malos tratos, insultada ni humillada.

[d] La persona acusada tiene derecho a declarar en condiciones tales que en todo momento sea consciente de lo que hace y tenga el control de su declaración.

[e] La persona acusada tiene derecho a que se Defensor esté siempre en condiciones de asistirle y pueden comunicar libremente entre sí.

1.1.2.2. Dinámica de la declaración del acusado.

[a] La declaración del acusado.

Ante todo, con arreglo al artículo 323.1 CPP, el acusado tendrá la oportunidad de manifestar, [...] si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra. ...

En esta primera parte, tiene la oportunidad de proporcionar su versión de los hechos y de dar descargo de las acusaciones formuladas contra él. **La persona acusada expondrá, en una narración ininterrumpida, lo que tenga por conveniente.**

Se trata de una *oportunidad* procesal; de un derecho -nunca de un deber- al que puede renunciar, optando por guardar silencio.

El Presidente del Tribunal concederá ante todo la palabra a la persona acusada para que pueda manifestar lo que crea oportuno en su descargo.

Constituye una corruptela que contradice el derecho constitucional e inviolable de defensa pasar directamente al interrogatorio por las partes, obviando la declaración libre del acusado.

La intervención del acusado consistirá en exponer, en una narración ininterrumpida, lo que tenga por conveniente; o, mejor aún, por utilizar las mismas palabras del artículo 323.1 CPP, [...] lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra. ...

En este último inciso se contiene el único límite a esta declaración. Su contenido ha de ser *procesalmente funcional*.

El acusado podrá admitir todas o alguna de las acusaciones formuladas contra él. Si la admisión es absoluta, sería tratado como un caso de conformidad.

Podrá, por el contrario, oponerse a las alegaciones y pretensiones de las partes acusadoras, negando simplemente las primeras o invocando la concurrencia de hechos contradictorios que las neutralicen; o causas que justifiquen o exculpen su conducta.

Aunque nada lo impide, la declaración inicial unilateral del acusado está legalmente concebida más como manifestación de hechos que como argumentación jurídica.

El acusado no puede ejercitar abusivamente su derecho de declaración

inicial de descargo, extendiéndose en discursos que no tienen relación directa con el hecho enjuiciado y con los problemas de su prueba y tratamiento jurídico. En tales casos, el Presidente del Tribunal podrá requerirlo para que se ciña a las cuestiones objeto de debate e incluso retirarle la palabra si persiste en su actitud exclusivamente dilatoria.²⁸

El contenido de esta intervención ha de ser pertinente, esto es, relacionado con el caso enjuiciado y el Presidente cuidará de que el declarante utilice un lenguaje correcto y de que no falte al respeto debido al Tribunal ni a las consideraciones correspondientes a cualesquiera personas. Si incurriere en excesos verbales o gestuales, el Presidente lo exhortará a que modere su conducta. Si, pese a sus advertencias, el declarante insistiere en su actitud, podrá ordenarle que abandone la sala²⁹.

En todo caso, conviene no perder de vista que la perspectiva del acusado no tiene por qué coincidir con la del jurista. Son muchas las ocasiones en las que el declarante se extiende en extremos de escasa o nula relevancia para el esclarecimiento del caso, pero a los que él atribuye una gran importancia, a menudo por razones emocionales³⁰; y pasa por alto o dedica mínima atención a otros de gran relevancia procesal³¹.

El acusado, además, se encuentra sujeto a la tensión que lleva consigo el juicio, y ello inhibe a unos mientras que aumenta la agresividad de otros y reduce su capacidad de autocontrol. Las eventuales llamadas de atención han de ser firmes y enérgicas pero también contenidas, para evitar entrar en una *espiral de violencia*; reservando la expulsión para casos excepcionales de resistencia grave y reiterada.

[b] El interrogatorio del acusado por las partes.

□... Después de su exposición, el imputado podrá ser interrogado, por su orden,
por el Fiscal,

por el Acusador Privado, cuando lo haya,

por el Defensor³²

y por los miembros del Tribunal. ...□.

Si el acusado se niega a prestar declaración, no parece razonable (aunque Existan opiniones en contrario) que las partes acusadoras o las defensas de eventuales coacusados con intereses incompatibles insistan en formular sus preguntas a fin de que queden registradas en el acta, así como la negativa del interrogado a responderlas.

La expresión de la pregunta junto con la negativa del interrogado a responderla pueden enviar al tribunal un mensaje subliminal que lo induzca inconscientemente a tener por cierto el hecho preguntado, y no se puede olvidar que el artículo 101.5 CPP proscribe que el ejercicio de alguno de sus derechos por el imputado pueda ser interpretado como admisión de culpabilidad o de modo que produzca un efecto perjudicial para él.

Ejemplo:

El Ministerio Público pregunta: "No es cierto que, al salir de su casa, para encontrarse con la víctima, se había hecho con una navaja de quince centímetros de hoja afilada?"

El acusado responde: Me niego a contestar.

[Sugerencia *subliminal* (especialmente peligrosa en cuanto es inconsciente) al Tribunal: Claro, se niega a contestar porque es cierto y no sabe qué decir.]

La continuada negativa a responder las sucesivas preguntas de la acusación que completan analíticamente el escrito de acusación podría llevar al ánimo del Tribunal que la versión del Ministerio Público es cierta.

La proscripción de preguntas impertinentes, sugestivas o capciosas rige, por supuesto, para el interrogatorio del acusado.

El interrogatorio por el tribunal ha de limitarse, en lo posible, a interesar la explicación de posibles contradicciones y a recabar la aclaración de puntos oscuros.

Habrà de extremar el cuidado para no convertirse en un posible acusador alternativo, que aproveche su oportunidad de interrogar para subsanar omisiones o deficiencias del interrogatorio del Ministerio Público o del acusador privado³³.

"... En cualquier estado del juicio, el imputado podrá ser nuevamente interrogado por las personas y funcionarios a que se refiere el párrafo anterior, con el fin de que aclare o amplíe sus manifestaciones. ..." (artículo 323 [2 y 3] CPP).

Correspondientemente, el acusado podrá interesar en cualquier momento prestar declaración ampliatoria de la primera.

En el primer caso, habrá que fundamentar debidamente la utilidad de la pretensión

para evitar dilaciones indebidas.

La petición de declaración o interrogatorio complementario del acusado deberá justificarse adecuadamente, y el tribunal podrá rechazarla si resulta impertinente, inútil o si advierte en ella una mera finalidad dilatoria.

Por el contrario, si el acusado pretende prestar nueva declaración, el tribunal, en aras de la inviolabilidad del derecho de defensa, habrá de aceptar la propuesta, sin perjuicio de que puedan poner fin a la intervención del declarante si comprueba que carece de verdadera utilidad procesal³⁴.

La proposición de declaración o interrogatorio del acusado no tiene por qué implicar necesariamente la suspensión inmediata del curso normal del procedimiento para proceder a ella.

El Tribunal, de considerarla admisible, podrá fijar el momento más adecuado (sin perjuicio de su proximidad) para practicarla.

Si sobreviniera, como consecuencia de la declaración o del interrogatorio del acusado, el conocimiento de novedades con trascendencia procesal³⁵, el Tribunal de Sentencia podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince (15) días, a tenor de lo dispuesto por el artículo 312.6 CPP³⁶.

1.1.3. Declaración de una pluralidad de acusados. El acusado testigo.

El artículo 324 CPP (Declaración de varios imputados) dispone: [...] Si son varios los imputados, en la audiencia sólo podrá estar presente quien esté rindiendo su declaración. ...].

En este caso, **el declarante asume una doble función**³⁷.

Como acusado, tiene la oportunidad de dar descargo de la acusación formulada contra él, de dar su versión de lo ocurrido y de contestar (si lo desea) a las preguntas que le puedan formular las partes procesales.

A la vez, puede proporcionar información referida al otro u otros acusados, respecto de los que funciona, en tal caso, como un testigo³⁸. Sólo así se explica que, para evitar riesgos de inhibición o de falseamiento de las respuestas, el otro acusado o los demás, si son varios, no podrán estar presentes durante su declaración.

No se comprende por qué, entonces, pueden estarlo, en cambio, durante la práctica de las pruebas testificales y periciales.

Aun cuando siga presente en la Sala de Justicia su Abogado defensor, la ausencia, y consiguiente desconocimiento del contenido de la información proporcionada por el

coacusado, podría repercutir negativamente en su defensa, obligando, incluso, una vez sabida aquélla por boca de su Defensa, a llamar de nuevo al declarante para un interrogatorio complementario.

Por regla general, un acusado ha de ser tratado como tal, ya declare sobre hechos propios ya sobre los de una persona coacusada, dada la dificultad práctica de distinguir uno y otro caso.

Cuando en un mismo proceso se enjuician varios hechos conexos, si respecto de alguno de ellos las partes acusadoras no se dirigen contra uno de los acusados por los demás, ese acusado, por lo que se refiere al hecho exento intervendrá en concepto de testigo.

A y B son acusados como coautores de los hechos delictivos	HD1 y
	HD2
B es acusado <i>además</i> (él,exclusivamente) del hecho delictivo conexo	HD3
A declarará como acusado respecto de HD1 y HD2 y como testigo respecto de HD3	
B declarará como acusado respecto de HD1, HD2 y HD3	
El derecho a no declarar contra uno mismo se extiende al testigo, de modo que la eventual atribución de este rol a un coacusado (en los casos que se acaban de explicar) no mermará la garantía que le corresponde como imputado.	

En los juicios seguidos por coparticipación de varias personas por un mismo hecho, resultará tal vez fácil en teoría diferenciar entre manifestaciones que conciernen al declarante, revestido entonces de las garantías del imputado, y aquellas otras que afectan al coacusado, respecto de las cuales ha de ser tratado como testigo³⁹. En la práctica, esta diferencia no es tan sencilla, por lo que la posibilidad de una diferenciación de dimensiones (como acusado y como testigo) ha de reservarse para los casos en que se enjuicien hechos distintos, aunque conexos, en alguno de los cuales no se acuso a un imputado de haber tenido intervención en él.

1.2. La prueba testifical.

El testigo proporciona información directamente representativa de lo sucedido.

Sus manifestaciones lo reflejan total o parcialmente a modo de *registro personal*. El testigo ha percibido sensorialmente, de forma personal y directa, lo ocurrido, o parte de ello, y lo *traslada* al Tribunal de Sentencia; sin que se oponga a estas consideraciones la admisión de l testigo de referencia (de oídas; el *“hearsay”* angloamericano), que es, en realidad, testigo de un testimonio, testigo de las manifestaciones que hace el que lo fue directamente del hecho enjuiciado; de ahí la aprensión que suscita la fiabilidad de este testimonio impropio.

La experiencia enseña que el testigo no trasmite sus percepciones en estado bruto, sino su elaboración de lo percibido, lo que supone un inevitable riesgo de interpretación personal; riesgo que se reproduce cuando ha de trasladar sus recuerdos en la Sala de Justicia.

A la valoración de la prueba testifical corresponde la ponderación de la credibilidad y fiabilidad que ha de atribuirse al testimonio prestado.

1.2.1. El testigo en sentido estricto.

El testigo en sentido estricto se caracteriza por su *distanciamiento* del hecho enjuiciado, en la medida en que no está directamente involucrado en el conflicto básico, que envuelve a la persona acusada y, en su caso, a su supuesta víctima.

1.2.1.1. Deber de testificar.

A tenor del artículo 226 CPP, todos los habitantes del país [...] tienen la obligación de atender las citaciones que les libren los órganos jurisdiccionales, para declarar lo que sepan sobre un delito. Se excluyen únicamente los absolutamente incapaces y las personas [a quienes exime expresamente de ello el Código Procesal Penal] ...].

En él -desarrollando ideas sintetizadas por Ricardo Pérez⁴⁰- se dispensa, en unos casos, del deber de declarar como testigo, pero no de atender la citación del Tribunal, debiendo, consecuentemente, comparecer en la Sala de Justicia, aunque el testigo pueda excusarse de prestar declaración.

En otros, se dispensa de comparecer ante el Tribunal, pero no, en cambio, de declarar, tomándose las medidas precisas para que quede a salvo el derecho de las partes a la mejor defensa de sus intereses y a la contradicción.

1.2.1.2. Personas exentas de declarar, pero no de comparecer.

El artículo 228 CPP (Personas no obligadas a declarar) establece que [...] [no] están

obligados a declarar, aunque sí a comparecer:

- 1) El cónyuge o compañero de hogar y los parientes del imputado dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- 2) El adoptante, en causa instruida contra el adoptado y viceversa; y
- 3) El guardador, en causa instruida contra su pupilo y viceversa.

□Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable a los ministros de cualquier culto religioso y a los profesionales, autorizados para operar en el país en relación de las confidencias o secretos que hayan llegado a su conocimiento, por razón del ejercicio de su ministerio o profesión y que están obligados a guardar.

□Las personas a que se refiere el párrafo primero serán informadas, antes de que inicien su deposición, sobre el derecho que tienen de abstenerse de declarar y de que si toman la determinación de hacerlo podrán abstenerse de contestar las preguntas que deseen. Lo mismo se hará respecto de los ministros de los cultos religiosos y los profesionales, en cuanto al secreto que están obligados a guardar, en relación con lo establecido en el párrafo anterior. ...□.

La expresa mención de los ministros de cultos religiosos entre las personas exentas del deber de testificar (sin exigir que les afecte un especial deber de secreto, como el que vincula a los sacerdotes católicos) puede servir de punto de referencia para establecer la pauta de ponderación de los intereses en juego. **Importa verificar si el secreto constituye un instrumento de protección de una actividad de interés público o relacionada con el desarrollo de un derecho de la persona .**

Ejemplos:

La garantía de la reserva del **médico** favorece la confianza del enfermo, que, a su vez, fomenta que éste acuda a consulta siempre que crea que padece algún trastorno físico o psíquico, lo que redundará en un mejor nivel de la salud pública.

La garantía de confidencialidad del **abogado** es condición de una eficaz defensa de sus clientes, que constituye un derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 82 de la Constitución.

En ambos casos aparece comprometido el derecho de todos a la intimidad (artículo 76 de la Constitución).

El secreto profesional del **profesional de los medios de comunicación** se admite internacionalmente como fundamento de la efectividad del derecho a recibir y transmitir información y de la libertad de expresión, consagrados en los artículos 72 a 75 de la Constitución.

¶... Si el órgano jurisdiccional estima que el testigo invoca indebidamente el derecho de abstenerse de brindar declaración o de mantener reserva sobre una confidencia o secreto, ordenará su declaración mediante resolución motivada. ...¶. Así lo dispone el párrafo primero del artículo 229 CPP.

Estas personas podrán, si lo desean, declarar en juicio como testigos.

Atendiendo a la estricta literalidad del artículo 228 CPP, estas personas podrán, si lo desean, declarar en juicio como testigos, pero esta interpretación literal entra en conflicto con lo establecido por el artículo 215 CP⁴¹.

Nada impediría que, en el curso de su declaración, una persona con derecho a no declarar como testigo pudiera excusarse de responder a determinadas preguntas. Esta facultad encontraría su fundamento en el argumento retórico (¶*topos*¶ o ¶*lugar común*¶) ¶*a maiore ad minus*¶ que establece que ¶quien puede lo más, puede lo menos¶.

Así como los dispensados de declarar (o de contestar a alguna pregunta concreta) porque puede peligrar el interés protegido por su derecho y deber de reserva suelen, por su formación, controlar mejor la tensión ambiental del interrogatorio y ser más conscientes de la trascendencia (directa e indirecta) de las preguntas que les hacen y de sus posibles contestaciones, buena parte de los testigos dispensados de declarar en atención al vínculo que los une con la persona acusada se encuentran angustiados por la necesidad de optar y la dificultad de calcular que será lo más beneficioso para ella⁴².

El tribunal no puede ni debe hacerle indicación alguna, salvo la advertencia de que, si optan por declarar, están sujetos a la responsabilidad penal correspondiente en caso de falso testimonio; aunque también habrán de advertirle de su derecho a no contestar alguna pregunta concreta, si lo considera oportuno.

Si el presidente del tribunal advierte que el testigo, respecto de alguna de las que se le hagan, se bloquea, angustiado por la posibilidad de perjudicar al acusado, procederá prudentemente recordándole su privilegio de no responder⁴³.

Al igual que ocurre con la víctima, estos testigos pueden ser objeto de interrogatorios rigurosos encaminados a quebrantar su capacidad de control. La parte que los propone habrá de prepararlos psicológicamente para esta eventualidad. El tribunal podrá, por supuesto, suspender momentáneamente la declaración en curso, cuando advierta que, por la duración alcanzada, o por la naturaleza del hecho o de las preguntas ya no se encuentre en condiciones físicas o psíquicas de seguir declarando⁴⁴.

Fuera de este caso, no podrá intervenir salvo que el interrogatorio se convierta en un hostigamiento contrario a la dignidad de la persona declarante⁴⁵.

1.2.1.3. Personas exentas de comparecer, pero no de testificar.

De acuerdo con el artículo 227 CPP, [...] [no] están obligados a comparecer como testigos, aunque sí obligados a declarar, las personas siguientes:

- 1) El Presidente de la República y los Designados;
- 2) Los Secretarios y Subsecretarios de Estado;
- 3) Los Diputados al Congreso Nacional;
- 4) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las autoridades judiciales jerárquicamente superiores al órgano jurisdiccional que deba recibir la declaración;
- 5) El Arzobispo, los Obispos y los Vicarios generales o capitulares de la Iglesia Católica y las personas de rango comparable de otras iglesias legalmente reconocidas en Honduras;
- 6) Los representantes ante el Tribunal Nacional de Elecciones;
- 7) Los Diputados al Parlamento Centroamericano;
- 8) Los Magistrados de la Corte Centroamericana; y
- 9) Los demás que determinen las leyes especiales. ...[]

Dichas personas sin embargo, podrán renunciar a este tratamiento especial.

Se arbitra un mecanismo para garantizar el derecho de las partes a la efectiva defensa de sus intereses y a la contradicción.

[]... Las personas a que se refieren los numerales anteriores rendirán la declaración en su casa de habitación u oficina, previa cita o por oficio urgente. La declaración deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud. Las partes personadas en el procedimiento serán citadas y podrán asistir a la recepción del testimonio y formular en el acto, las preguntas que no sean declaradas inadmisibles por el Juez o por el presidente o miembro del Tribunal de Sentencia que se designe. ...[]

Pese a lo que sugiere la literalidad del último inciso del precepto transcrito inmediatamente antes, las exigencias de intermediación demandan que todos los miembros del tribunal (suplente incluido) han de estar presentes en la recepción del testimonio.

Como caso particular, “[los] diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República y los representantes de organismos internacionales que gocen de inmunidad, de acuerdo con los convenios de que Honduras forme parte, no están sujetos a lo dispuesto en [el artículo 228 CPP], pero podrán declarar verbalmente o por escrito, si así lo determinan. ...”.

Fuera del privilegio de no concurrir a la Sala de Justicia, estas personas tienen los derechos y deberes de cualquier otro testigo.

Si alguna de ellas invoca el deber de secreto profesional o de Estado, se aplicará lo dispuesto con carácter general por el artículo 228 CPP.

1.2.1.4. Prohibición de testificar.

El párrafo último del artículo 228 CPP establece: “[... Los militares y los funcionarios públicos, en ningún caso, podrán dar testimonio sobre materias de que tuvieren noticias, y que deban considerarse secretos de Estado, porque su difusión pueda dañar gravemente o poner en riesgo también grave la seguridad o la defensa del Estado o sus relaciones internacionales....”.

El concepto de “[secreto de Estado]” resulta ser, al menos en parte, un concepto jurídicamente indeterminado, o, si se prefiere, un concepto semánticamente “[vago]” ya que remite, para integrarlo, a juicios de valor que ha de hacer el órgano jurisdiccional, lo que entraña un riesgo para la seguridad jurídica.

En este caso, a tenor del párrafo segundo del artículo 229 CPP, el órgano jurisdiccional no podrá resolver, sino después de haber oído en forma confidencial al testigo⁴⁶ y de haber adquirido la convicción de si se trata, o no, de un secreto de Estado.

1.2.2. El testimonio de “[personas interesadas]”: víctimas y perjudicados.

La supuesta víctima del delito no está excluida de la lista de posibles testigos. Su sola declaración, cuando se considere creíble y fiable, puede ser suficiente para enervar la denominada presunción de inocencia. Naturalmente, para formular el juicio de fiabilidad habrá que tener en cuenta el sesgo contrario al acusado que pueda imprimir a sus declaraciones el deseo (consciente o inconsciente) de satisfacer su necesidad de venganza por el agravio sufrido, sin importar si el acusado sea, o no, el verdadero ofensor.

Como ha estudiado detenidamente De Diego Díaz, en el Código Procesal Penal se utilizan los términos

[a] “[ofendido]” u “[ofendida]”(artículos 17, 98, 175.2, 271, 395, 426),

[b] “[perjudicado]” (artículo 49) y

[c] [víctima] (artículos 2, 5, 16, 17, 25, 26, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 41, 45, 51, 58, 83, 96, 98, 268, 279, 280, 307, 308, 334, 346, 384, 387, 389, 397, 399, 404, 414, 415, 416, 432), para referirse al sujeto pasivo del delito y a los terceros diferentes de éste, que hayan resultado dañados.

Técnicamente no son conceptos sinónimos.,

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito.

El sujeto pasivo del delito es su víctima [directa], el [directamente ofendido por el delito], equiparable a sujeto pasivo a que se refiere el artículo 17.1 CPP.

El sujeto pasivo del delito es el perjudicado por antonomasia; pero no siempre han de coincidir ambas condiciones en una misma persona, ya que los efectos perjudiciales del hecho delictivo pueden afectar a intereses de terceros.

Es tópico el ejemplo de los familiares o allegados de la persona fallecida, víctimas [indirectas], a las que se refiere el artículo 17.2 CPP. Esto no obstante, el concepto de [perjudicado] es semánticamente más amplio. El artículo 49 CPP dispone que [la acción para deducir la responsabilidad civil proveniente de un hecho punible, solo podrá ser ejercitada por el perjudicado o sus herederos].

Víctimas y perjudicados pueden ser citados a fin de que presten declaración en juicio oral.

Prestarán declaración en calidad de testigo. En determinados delitos (como los de violencia doméstica o *de género* y en los abusos y agresiones sexuales) pueden ser la única fuente de información de lo sucedido, si se ha procurado que la perpetración de aquéllos se haya realizado en lugar reservado o, por su propia naturaleza, tienen lugar en un entorno sólo accesible a las personas de la familia o a otras de mucha confianza.

Se puesto en duda el valor probatorio de la declaración prestada por víctimas y perjudicados, porque su fiabilidad ha de verse inevitablemente ensombrecida por su interés en el resultado del proceso. Esta peculiaridad ha llevado a calificar la declaración de la víctima en el proceso como *afín al testimonio* (Solé Riera) o como testimonio *en sentido amplio* (Ramos Méndez), para diferenciarla del testimonio *desinteresado* o en sentido estricto.

Nótese que, antes de proceder a su declaración, el testigo será preguntado -de acuerdo con el artículo 236CPP- si tiene vínculos de parentesco con alguna de las partes o interés en el asunto que sea objeto el proceso, pero no existe un precepto

equivalente al artículo 372 del Código de Procedimientos Comunes, que inhabilite a estas personas para prestar testimonio. Por ello no puede ser rechazada -ni lo es, tanto en la bibliografía como en la mayoría de las legislaciones, con rara coincidencia entre los mundos continental y anglosajón- pero, en caso de que la sospecha de parcialidad adquiera la consistencia de una hipótesis probable, podrá servir de base a la argumentación encaminada a desacreditar el testimonio de la víctima. Si, por el contrario, efectuada la crítica de las declaraciones del testigo, éstas resultan creíbles y fiables, podrán ser utilizadas procesalmente.

No existe impedimento legal para que la víctima o una persona perjudicada por el hecho enjuiciado pueda ser testigo en juicio; pero, como su declaración está bajo sospecha de parcialidad, habrá que depurar no sólo si las manifestaciones son creíbles (por objetivamente verosímiles y coherentes) sino también si son fiables, discerniendo si el testigo, por su calidad de víctima o perjudicado, se encuentra en un estado emocional tal que trate de que se condene al acusado a toda costa o incluso que, por efecto de un *bisogno di reità*, se condene a cualquier persona.

Está muy generalizada la exigencia de una pluralidad de requisitos para que se valore este testimonio como prueba de cargo:

1. ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones procesado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda; o, más exactamente, que de los términos de la declaración del testigo y de su actitud pueda inferirse que está bajo la influencia de sentimientos de resentimiento y de necesidad de venganza, de que se condene a alguien (lo que se denomina en Italia el *“bisogno di reità”*⁴⁷) tan intensos que fundamenten una sospecha racional y grave de parcialidad;

2. verosimilitud y coherencia de sus manifestaciones⁴⁸;

3. persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades.⁴⁹

1.2.3. Forma de practicar la prueba testifical.

De acuerdo con el 330 CPP, una vez identificados, juramentados, advertidos de las consecuencias legales de sus actos si faltan a la verdad e interrogados sobre sus antecedentes, sus relaciones con las partes y demás circunstancias que sea conveniente conocer para valorar su testimonio, el Presidente del Tribunal le concederá la palabra para que exponga todo lo que sabe acerca de la acción u omisión sobre la cual versa la acusación.

El desarrollo del testimonio se desglosa en dos fases:

[a] una primera, narrativa, en la que el testigo proporcionaría, sin interrupción, la información que posee sobre el hecho enjuiciado; seguida de

[b] una segunda etapa, constituida por el interrogatorio contradictorio (la *“cross examination”*) a cargo de las partes y, finalmente, si lo cree necesario, del mismo Tribunal.

Los testigos expresarán la razón y origen de sus informaciones y designarán con la mayor precisión posible, a los terceros que se las hayan comunicado, cuando se trate de testigos de oídas o de referencia.

Terminada la deposición, establece el artículo 330 CPP, el Presidente del Tribunal permitirá que el testigo sea interrogado por quien lo propuso y por los demás intervinientes. Las preguntas no deberán ser capciosas ni sugestivas (artículo 130.2 CPP).

Los miembros del Tribunal podrán interrogar al testigo después de que lo hayan hecho las partes. Cualquiera de las partes podrá objetar las preguntas a que se refiere este párrafo y la objeción valdrá cuando así lo decida el Presidente del Tribunal (artículo 330 CPP).

El Presidente determinará el orden de los interrogatorios, los moderará e impedirá que se le formulen al testigo preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas⁵⁰. Evitará, además, que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad (artículo 330 CPP).

Los deponentes responderán de viva voz y sin consultar notas o documentos. Se exceptúan en cuanto a la consulta de notas o documentos, los peritos y demás personas que sean autorizadas para ello por el órgano jurisdiccional (artículo 130.1 CPP).

El artículo 328 CPP previene que el Presidente podrá después de que hayan rendido sus declaraciones, ordenar que los testigos continúen comunicados entre sí, autorizarlos para que presencien la audiencia o facultarlos para que se retiren.

Interrogatorio de menores de quince años.

El artículo 331 CPP establece que el interrogatorio de las personas menores de quince años, no estará sujeto a las reglas comunes. Será hecho directamente por las partes, suprimiendo por tanto la primera etapa, del relato del testigo.

Durante el interrogatorio, podrán estar presentes los padres del menor o su representante legal.

Si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor, el Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá dejarlo en suspenso.

Por supuesto, cabe una suspensión transitoria, hasta que se reponga el testigo.

Una poderación de los intereses en juego inclina a admitir que la Suspensión pueda ser definitiva en casos en que el menor pudiera exponerse a un serio daño psíquico.

En este caso, el tribunal, antes de la audiencia de las partes, deberá recabar previamente el informe de un perito. Aunque no se requiera legalmente, resultará imprescindible para que el tribunal pueda resolver con fundamento científico y no por meras apreciaciones subjetivas. La decisión judicial deberá estar suficientemente motivada.

En la valoración de lo expresado por dicho menor, se tendrá especialmente en cuenta su grado de madurez, su objetividad y las circunstancias en que tomó conocimiento de los hechos.

Las partes y el Tribunal podrán formular sus preguntas en forma abierta o cerrada⁵¹.

Las primeras requieren que el testigo manifieste cuanto sepa sobre un extremo determinado.

Las segundas son asertivas: el interrogador propone un enunciado para que el testigo lo afirme o lo niegue.

En la bibliografía especializada se advierte el peligro de que estas preguntas estén sesgadas⁵², aunque no siempre ese sesgo haya de conducir a su rechazo procesal.

Pertinencia⁵³ es la relación que guarda con el tema que es objeto del juicio. Impertinente es, por tanto, la pregunta que no tiene conexión alguna con el hecho enjuiciado.

Las preguntas han de justificarse por su funcionalidad procedimental.

El juicio de pertinencia tiene una doble dimensión⁵⁴. En primer lugar, se ha de valorar la relación que guarda con el tema que es objeto del juicio; pero también habrá que tener en cuenta la capacidad o habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo.

Desde un primer punto de vista reclama lo que se denominaría *pertinencia en sentido*

estricto, esto es, la relación del objeto de la pregunta con el del debate en curso⁵⁵; deriva, pues, de venir la pregunta a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio.

La *relevancia o utilidad*, esto es, su capacidad para contribuir a averiguar los hechos investigados y las personas que hayan podido participar en ellos, es tratada como una dimensión de la pertinencia en sentido amplio⁵⁶.

En ocasiones, preguntas aparentemente impertinentes o irrelevantes no son sino el comienzo de una línea de interrogación que va penetrando poco a hasta llegar al núcleo de la cuestión.

El Tribunal no deberá rechazarlas de plano, esperando un poco hasta captar su sentido, o requerir a la parte que las está haciendo para que explique su funcionalidad reservadamente, aunque en presencia del Secretario, dejará constancia del incidente, a efectos de un eventual control en vía de recurso

La pregunta ha de formularse de manera comprensible, y ser unívoca, esto es, reducida a un extremo concreto y determinado, sin incluir en ella una pluralidad de puntos, obligando, de este modo, al interrogado, a afirmar o negar todos ellos globalmente⁵⁷.

Las preguntas [complejas] generan el doble grave peligro de que el Interrogado no pueda responder diferenciadamente a cada una de las que engloba, y de que atraigan su atención la primera o la última de éstas, a las que refiere realmente su respuesta, que, no obstante, será aplicada a la totalidad.⁵⁸

La pregunta ha de ser directa, no en el sentido de ser necesario afrontar inmediatamente el objeto que se pretende investigar (en muchas ocasiones, puede ser más aconsejable unas preguntas iniciales de tanteo sobre extremos, pertinentes, sin duda, pero circunstanciales⁵⁹), sino de exigencia de proposición clara de lo que se pregunta.

La prohibición de preguntas capciosas o sugestivas, que Ferrajoli rastrea ya en un *rescriptum* de Trajano, recogido en el Digesto (Ulpianus, 8, [De officio proconsulis], D. 48, 18, 8, 21), es enérgicamente recordada por Carrara⁶⁰, quien equipara la [sugestión verbal] con la [real], producida por la tortura, ya que la información conseguida de este modo [... ya no viene a ser la expresión espontánea de su alma [del interrogado], ni la manifestación genuina de lo que sabía antes de presentarse al interrogatorio, sino un eco de lo que el juez le va sugiriendo ...]; y remacha: [... Viciosísimo es todo interrogatorio que peque de sugestión ...]. Recomienda, en cambio, la adopción de un [... método analítico, es decir, que el juez que interroga no debe partir nunca de lo

conocido, sino interrogar como si no supiera lo que sabe, pues, de otro modo, sugiere, no interroga ...

La pregunta capciosa⁶¹ está construida de modo que la respuesta implica la admisión de la verdad de otro hecho presupuesto.

La pregunta inicial: **“La navaja que llevaba el acusado era grande o pequeña?”**, resulta capciosa. **La respuesta a esta pregunta presupone que el acusado llevaba efectivamente una navaja.**

Lógicamente, debieran haber precedido las preguntas:

“Llevaba algo el acusado?”

En caso de respuesta afirmativa: “pudo Vd. verlo?”

En caso de respuesta afirmativa: “Describa lo que vio”

Sólo tras la respuesta a esta última pregunta podrá abordarse la relativa al tamaño.

Las preguntas capciosas son aquellas que “envuelven engaño⁶²”; y se hacen -define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua- “... para arrancar al contrincante o interlocutor una respuesta que pueda comprometerlo, o que favorezca propósitos de quien las formula ...”. Contravienen las pautas de neutralidad del interrogador y de espontaneidad de la respuesta.

Capciosas son, en definitiva, las “sugestivas” (o “conductivas”), “... que tratan de dirigir o sugerir la respuesta del procesado procurando que asienta a lo que se pregunta ...⁶³. Son “... aquellas preguntas que, en vez de instar de una manera neutral a seguir haciendo indicaciones, insinúan una respuesta determinada ...⁶⁴”.

No es capcioso hacer dos preguntas de signo contrario, tratando de sorprender al testigo en alguna posible contradicción, aunque, si se suceden inmediatamente, el testigo podrá descubrir fácilmente la artimaña.

La pregunta sugestiva consiste en un enunciado formulado interrogativamente para que el interrogado lo afirme o lo niegue.

“Llevaba el acusado una navaja?”. El interrogado recibe un mensaje subliminal centrado en la palabra *navaja*, desviando su atención de cualquier otro posible objeto.

No es capcioso hacer dos preguntas de signo contrario, tratando de sorprender al testigo en alguna posible contradicción, aunque, si se suceden inmediatamente, el testigo podrá descubrir fácilmente la artimaña.

Con gran frecuencia se utilizan como fungibles los adjetivos *sugestiva* y *capciosa* para (des)calificar una pregunta.

Importa menos el calificativo que el juicio sobre la corrección de la pregunta

La Sentencia de 18 de octubre de 1956, del Tribunal italiano de Casación, las definía muy bien, en sintonía con los resultados de los estudios de Psicología del testimonio, de esta manera: «... se deben considerar sugestivas, y, por tanto, prohibidas, las preguntas en las que se da por existente, explícitamente o como presupuesto lógico, una circunstancia que no ha sido relatada por el interrogado ...».

La sugestión puede conseguirse con técnicas muy diversas⁶⁵.

[a] Las **preguntas disyuntivas o alternativas** proponen una serie (más o menos abierta, dando lugar a las disyuntivas completas o incompletas) de posibilidades entre las que el interrogado ha de elegir, obligándolo a excluir otras no mencionadas⁶⁶.

[b] Las **preguntas expectantes** se formulan como una proposición interrogativa negativa o como una proposición dubitativa o condicional negativa. Se considera que la primera modalidad inclina a la respuesta afirmativa, mientras la segunda, a la negativa. **El tono de la pregunta puede sesgar considerablemente la contestación.**

[c] Las **preguntas indicativas** dan por presupuesta la realidad de un dato que sirve de punto de arranque, y que no ha sido previamente asumido por el interrogado. Atraída la atención por la pregunta principal, no cae, el preguntado, en que, al responderla está aceptando implícitamente el presupuesto⁶⁷.

El último inciso del párrafo final del artículo 330 CPP prohíbe «... que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad. ...». Mantener el equilibrio de intereses puede ser sumamente delicado en ocasiones. Una cierta dosis de hostigamiento al testigo puede ser admisible para tratar de poner de manifiesto sus contradicciones, las lagunas de su testimonio o su falta de verosimilitud. De no ser así, un testigo capaz de teatralizar suficientemente un fingido derrumbamiento ante los apremios de su interrogador podría hacer que se truncase prematuramente el interrogatorio, evitando el conocimiento de datos que no quería revelar o los flancos débiles de su testimonio. No es posible establecer pautas más concretas, quedando, esta sin duda delicada materia dependiente del prudente criterio del Presidente del Tribunal. Las partes, por lo demás, deberán recordar que un interrogatorio excesivamente duro de un testigo, incluso si no es estrictamente ilegal, puede producir en el tribunal un sentimiento de desagrado, que podría perjudicar los intereses de la parte que lo hace.

El tribunal puede y debe llamar al orden procesal a la parte que incurre en *filibusterismo*⁶⁸ procesal, cortando sistemáticamente cada pregunta de su contraparte (incluso sin dejar que la termine) protestándola por impertinente, capciosa o sugestiva.

La bibliografía sobre psicología del testimonio es muy abundante. Los primeros trabajos se esfuerzan por investigar la persistencia y precisión del recuerdo. Se cita la investigación de Stern, pero habría que añadir los de Gross, Binet o Whipple, en los últimos años del pasado siglo y primeros de éste. A partir de mediados del actual -y tras un bache de tres decenios- se reanudan las investigaciones sobre la memoria y el testimonio, entendiendo la primera "... como un conjunto de procesos activos de reconstrucción, donde la persona no registra mecánicamente hechos y datos para su posterior repetición, sino que los elabora e interpreta de un modo activo, integrándolos en y desde sus conocimientos previos ..."⁶⁹.

El valor de una declaración depende de la sinceridad de su autor y del grado de correspondencia entre el contenido de aquélla y la realidad. Importa que el manifestante diga "su" verdad, y que ésta sea "la" verdad⁷⁰.

La crítica de la credibilidad y de la fiabilidad del testimonio son campo abonado para una mitología, plagada de errores, de los que participan lo mismo los profesionales jurídicos que los legos en Derecho. "... Por lo general -sintetizan Diges y Mira⁷¹- se supone que el testimonio de un ciudadano normal, que nunca ha tenido problemas con la ley, y que acude diariamente a su trabajo, ha de tener cierta credibilidad, puesto que no es probable que pretenda engañar y estorbar la labor de la Justicia. En contra de esta opinión, el hecho es que los psicólogos que estudian la memoria han mostrado empíricamente que el recuerdo que se tiene de un suceso no es una réplica exacta de lo sucedido, ya que la memoria no es en absoluto una grabación fiel de los sucesos, sino más bien una reconstrucción a partir de esquemas y categorías previos. De esta forma, los estudiosos del testimonio han llamado la atención a policías y juristas para que en sus investigaciones tengan en cuenta esta posibilidad, primero para salvaguardar la libertad de personas inocentes y, segundo, para limitar la acción de los infractores.

"Los procesos de transferencia inconsciente [falso reconocimiento de una fisonomía por la familiaridad producida por un contacto en circunstancias ajenas al hecho enjuiciado], las influencias del lenguaje, el intervalo de tiempo transcurrido, el atractivo físico del agresor, la edad y el sexo de víctima y agresor, los estereotipos, el tipo de transgresión o agresión, etc., han sido estudiados como variables que afectan poderosamente a la calidad del testimonio de los testigos y a su recuerdo de lo sucedido ...".

La falta de congruencia entre dos manifestaciones sucesivas, espaciadas en el tiempo, de un mismo testigo, o entre distintas partes de una misma manifestación suelen ser interpretadas como indicio, en todo caso, de baja fiabilidad. Del mismo modo que se identifican firmeza en la expresión y fiabilidad de un testigo⁷². Sin embargo, estos

indicios de falsedad testimonial resultan, a menudo, erróneos⁷³.

Los problemas de la crítica del testimonio se agravan cuando se trata de identificar a un sospechoso. A las dificultades normales se agrega la garantía de una mínima similitud ambiental, que se ha tratado de corregir, al menos en parte (así, en Suecia), haciendo pasear (y aun hablar) a los integrantes de la rueda en presencia del testigo. Asimismo se previene contra el efecto distorsionante de una previa exhibición de álbumes fotográficos y de un torpe interrogatorio policial⁷⁴.

Hay propuestas radicales que proponen impedir que una condena se funde exclusivamente en la prueba testifical⁷⁵; y que pueda incluso iniciarse una investigación policial sobre la base de un único testimonio no corroborado por otros indicios o fuentes de prueba.

No hay que llegar a tanto. Es cierto -como ironizan Kassin y Wrightsman⁷⁶- que aún no se descubrió un indicador de la mentira tan objetivo y mecánico como la nariz de Pinocho; y, aunque es sabido que produce ciertas alteraciones fisiológicas, ni los aparatos medidores son fiables, ni su empleo está admitido generalmente⁷⁷; pero los especialistas se afanan en ir organizando mecanismos para lograr una crítica razonablemente fiable del testimonio⁷⁸. La discutida presencia de psicólogos auxiliando al juzgador (al igual que el consultor técnico a las partes: artículo 125 CPP), experiencia ya ensayada en los Estados Unidos de Norteamérica, podría ser una solución⁷⁹.

En el marco anglosajón, los especialistas⁸⁰ destacan la importancia de que cada parte prepare adecuadamente a los testigos por ella propuestos.

Preparar a los testigos no significa ejercer presión alguna sobre ellos, ni orientar sus manifestaciones en un sentido determinado. Se trata de informarlos sobre lo que les espera cuando presten su testimonio, y de ayudarlos a expresarlo de la manera más correcta y persuasiva posible⁸¹.

Es importante que los testigos estén preparados psicológicamente para afrontar adecuadamente el momento en que han de prestar declaración. Deben prepararse emocionalmente sabiendo que las partes no sólo recabarán de ellos información sobre el hecho enjuiciado o determinados aspectos de él o de las personas en él involucradas, sino que tratarán de indagar su grado de fiabilidad y de credibilidad. El interrogatorio cruzado (la *cross examination*) puede resultar fatigoso y enojoso, y los testigos deben comprender que los profesionales que asumen la acusación y la defensa tienen el deber profesional de obtener aquella información y de comprobar esa fiabilidad y credibilidad. La reacción indignada de un testigo frente a un interrogatorio en busca de eventuales contradicciones, conscientes o inconscientes, o su resistencia a contestar, por fatiga o enojo, a lo que creen preguntas innecesarias o capciosas (algo frecuente, cuando testifica la víctima del delito, sobre todo si se trata de violencias físicas graves o de agresiones sexuales), pueden provocar en el receptor de la respuesta sentimientos negativos hacia él y, derivativamente, hacia su mensaje

comunicativo. La preparación psicológica de los testigos para afrontar el trance del testimonio puede contribuir a evitar comportamientos (desviación de la mirada, silencios, pausas, tono de voz demasiado alto ...) que, desde el punto de vista del denominado lenguaje no verbal son equívocos, y pueden ser interpretados como indicios de mendacidad cuando lo son sólo de nerviosismo⁸². Lo anterior no debe hacer olvidar, a la Defensa, que una excesiva presión sobre el testigo de cargo puede generar en el tribunal -y el Jurado no es, desde luego, una excepción- actitudes hostiles hacia sus posiciones, del mismo modo que un exceso de [victimización] puede mermar la credibilidad y simpatía que la víctima, testigo, despierta en el juzgador, técnico o lego⁸³.

La preparación del testigo puede, secundariamente, permitir sondear la información y actitudes del testigo, evitando sorpresas cuando aquél sea interrogado.

Conviene ensayar el interrogatorio, para que el testigo esté en condiciones de responder adecuadamente, tratando, por supuesto, de evitar el riesgo de que esa repetición altere el contenido del recuerdo y su correcta evocación⁸⁴.

En estos ensayos conviene que el Ministerio Fiscal o el Abogado eviten una preparación tan artificiosa que haga que el testigo utilice un modo de expresión excesivamente correcto, que al órgano jurisdiccional puede sonar a falso; del mismo modo que un juzgador avisado sabe que (contra lo que suponen algunos profesionales del foro, obsesionados por realizar un interrogatorio exhaustivo en busca de contradicciones o lagunas sobre puntos que pueden ser irrelevantes) un recuerdo excesivamente minucioso y preciso puede ser síntoma de menor sinceridad⁸⁵.

El testigo debe saber, en fin, que las respuestas narrativas son más persuasivas que las breves y fragmentadas.

1.3. La prueba pericial.

1.3.1. Introducción.

La pericia es regulada en el Código Procesal como medio de prueba (artículos 239 a 250 y 326 y 327 CPP)⁸⁶.

La utilidad del asesoramiento de los peritos ha sido reconocida desde siempre. Del órgano jurisdiccional cabe presuponer que conoce el Derecho aplicable (*¶iura novit curia*), pero el tratamiento jurídico del caso puede exigir la aplicación de saberes extrajurídicos que el juzgador no conoce o no tiene por qué conocer. La prueba pericial ha de proporcionárselos, ya en general ya aplicados al caso concreto.

A mediados del siglo XIX, la intervención de los peritos en el proceso no era objeto de regulación independiente, sino que se reconducía -como aún ocurre, con el *¶expert witness*, en el Derecho anglosajón⁸⁷ - a la normativa del testimonio. Este tratamiento unificado no dejaba de tener su explicación. El perito *daba testimonio* de las normas

de experiencia técnica que, a diferencia de las de la experiencia vulgar, no pertenecen al acervo común del conocimiento humano y que el órgano judicial necesita para reconstruir o decidir el caso; y, de ser preciso, las aplicaba para descubrir algún extremo hasta entonces desconocido o esclarecer algún punto dudoso.

El dictamen del perito versará, de acuerdo con el numeral 1) del artículo 239 CPP⁸⁸, [...] [sobre] puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística ...[.]

Además, la pericia procederá igualmente, de acuerdo con el numeral 2) del artículo 239 CPP [...] [sobre] puntos de derechos⁸⁹ referentes a alguna legislación extranjera. ...[.]⁹⁰.

En la bibliografía especializada⁹¹ se asigna a la pericia una doble finalidad:

[a] proporcionar a las partes y al órgano judicial información sobre normas de experiencia técnica no jurídica (Stein equiparaba esta función pericial a la fijación de la premisa mayor del silogismo judicial); y

[b] aplicarlas para aclarar o enriquecer información sobre el hecho enjuiciado obtenida de otras fuentes de prueba, que Stein asimilaba, en cuanto obtiene conclusiones, a la subsunción judicial de la premisa menor de su silogismo (el hecho probado) en la mayor (arquetipo de la norma que hay que aplicar).

Un Médico Forense puede ilustrar al Juez o al Tribunal sobre la forma correcta en que ha de realizarse un acto curativo⁹²; y valorar si, dadas las circunstancias, se ha observado en el caso concreto enjuiciado⁹³. La primera tarea es estrictamente informativa; la segunda, es, además probatoria. En ambas, obviamente, el perito *colabora* con el órgano judicial, como también colabora el testigo, pero su colaboración es cualitativamente distinta.

En el Código Procesal Penal no se hace expresamente esta diferencia, posiblemente porque la dimensión aplicativa de la pericia oscurece la informativa.

El testigo aporta, como ya se ha explicado, información directamente representativa, que refleja -más o menos lejanamente- como un espejo lo sucedido; el perito, en cambio, sólo proporciona información instrumental que hace posible conocer o esclarecer hechos necesarios para la decisión del caso.

1.3.2. Dinámica de la prueba pericial.

Climent Durán⁹⁴ (seguido por Camarena Grau⁹⁵) desglosa la actividad pericial en dos fases.

Ante todo, tiene lugar *el acto pericial*⁹⁶, que comprende

[a] el reconocimiento de la persona o cosa que ha de ser objeto de aquél; reconocimiento al que podrán asistir las partes (por generalización de lo dispuesto por el artículo 101.10 CPP para la Defensa del imputado, en relación con lo establecido por el 364.1 del Código de Procedimientos Comunes⁹⁷), y hacer las observaciones que estimen pertinentes⁹⁸;

[b] *la práctica de las operaciones periciales*, propias de la especialidad del perito, que puede llevarse a cabo sin solución de continuidad respecto de la fase anterior⁹⁹; y

[c] estudio de los resultados de las actividades precedentes y la obtención de sus *conclusiones*.

Tras el acto pericial, viene *el informe pericial*, que consiste, según Climent, en la documentación de la actividad antes descrita.

El informe, durante la investigación o fase preparatoria, tiene por destinatario al Juez de Letras que dirige la instrucción.

De acuerdo con el artículo 245 CPP, durante esta fase, el informe pericial se rendirá por escrito, sin perjuicio de que el perito pueda ser requerido para aclararlo o completarlo personalmente o también por escrito.

En caso de que el Juez o cualquiera de las partes crea necesarias aclaraciones o explicaciones complementarias, será siempre preferible que se haga personalmente.

Evitará *tiempos muertos* procesales exigidos para presentar el escrito de aclaraciones, su estudio por el perito, la devolución al Juez, el traslado a las partes para su estudio y posible demanda de nuevas explicaciones. La concentración de todas estas etapas en una audiencia facilitará su práctica y la obtención de resultados de mayor calidad y utilidad procesal.

En caso de optar por el procedimiento escrito, las partes cuidarán de diferenciar debidamente las diferentes clases posibles de cuestiones:

[a] Aclaraciones a cualquier extremo del dictamen, por resultar:

[a.1] objetivamente incomprensible¹⁰⁰ o

[a.2] equívoco

[b] Ampliación a cualquier punto del informe, por insuficiencia.

[c] Objeciones a la veracidad de los hechos tomados como punto de partida.

[d] Objeciones a la validez científica del método utilizado o a su aplicación al caso.

[e] En caso de existencia de una pluralidad de métodos de examen y análisis, explicación de las razones por las que se optó por uno concreto.

[f] Objeciones al método lógico de obtención de las conclusiones.

Las preguntas, peticiones de aclaración y objeciones, al ser formuladas por escrito, no necesitan expresarse en forma interrogativa¹⁰¹.

Podrá practicarse una pericia complementaria si se advierten deficiencias insubsanables en la ya realizada, o, como consecuencia de la demanda de explicaciones adicionales, surgen nuevos temas necesitados de informe.

Si se pretende introducir el resultado de la pericia practicada en la etapa preparatoria como prueba utilizable para formar la convicción judicial, habrá de reunir los requisitos exigidos para que pueda funcionar como prueba anticipada¹⁰².

1.3.3. El informe pericial en el juicio oral.

Abiertas las sesiones del debate, las operaciones periciales, siempre que sea posible, se efectuarán en la audiencia misma, tal como se dispone en el inciso final del artículo 326 CPP.

1.3.3.1. Lectura y ratificación del informe por el perito.

En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito¹⁰³.

Si el dictamen pericial se ha rendido por escrito, se leerá durante la audiencia, a efecto de su ratificación, como exige la observancia de las pautas de inmediación, oralidad y publicidad¹⁰⁴.

El informe verbal es compatible con la consulta de notas o apuntes que sin duda serán imprescindibles cuando hayan de citarse numerosos datos, que sería imprudente confiar a la memoria.

Más aún: el perito podrá ilustrar su dictamen con cualquier clase de material que contribuya a fundamentarlo mejor o a hacerlo más comprensible. Podrá, por tanto, utilizar presentaciones sonoras, visuales o audiovisuales, cuyos soportes habrán de incorporarse como documentos complementarios de la pericia.

Cuando un informe pericial sea muy extenso o muy complejo, o esté formado en parte por gráficos, tablas, fotografías o grabaciones audiovisuales, haya sido presentado con anterioridad y las partes ya tengan noticia de su contenido, cabría –a su iniciativa, y en interés de una mayor rapidez y agilidad del juicio sin menoscabo de las garantías del proceso como es debido- sustituir su

lectura íntegra por la de las conclusiones del perito solamente o incluso por una explicación resumida de las operaciones periciales practicadas y de sus resultados.

El informe pericial escrito previamente será leído en juicio y ratificado por el perito. Podrá, éste, a continuación, completarlo con las observaciones o aclaraciones espontáneas que tenga por conveniente.

1.3.3.2. Interrogatorio de los peritos.

Los peritos responderán las preguntas que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del tribunal.

Las partes, los consultores técnicos y los miembros del tribunal podrán pedir a los peritos:

[a] Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.

[b] Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.

Es muy frecuente que se interrogué a los peritos (y, a menudo, en tono agresivo), sobre el tiempo invertido en la práctica de su pericia; lo que provoca irritación en los interrogados y, en ocasiones, un efecto de *transferencia negativa*¹⁰⁵.

A menos que la parte pretenda producir ese efecto para desestabilizar al perito y hacerle perder el control de su dictamen, la pregunta debe reservarse para casos en los que se sospeche que el experto ha cumplido negligentemente el encargo conferido.

Lo mismo cabe decir del interrogatorio sobre la cualificación profesional. Con frecuencia, la respuesta se convierte en una relación de títulos, que, en definitiva, no sustituyen lo que es realmente fundamental, a saber, la veracidad de las premisas de hecho, la validez científica del método utilizado, la lógica del discurso aplicativo y de las conclusiones obtenidas.

Conviene tener en cuenta que temas carentes de dificultad no requieren una especial preparación técnica; en tales casos, estas preguntas sólo contribuyen a predisponer al perito contra quien las hace.

Igual criterio es aplicable a las preguntas sobre utilización de comprobaciones complementarias, cuando el tema de la prueba está suficientemente resuelto o esas comprobaciones no aumentarán el grado de persuasividad de las conclusiones ya

obtenidas¹⁰⁶.

[c] Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo.

[d] Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria¹⁰⁷.

Las preguntas de los consultores de cada una de las partes resultarán especialmente útiles para depurar el valor probatorio de la pericia, ya que, en definitiva se aproximará a un careo entre peritos.

Este careo está autorizado y regulado por el artículo 260.2 CPP¹⁰⁸.

Esta confrontación entre expertos resulta normalmente muy útil. Siendo el órgano jurisdiccional lego en la materia extrajurídica de que se trata, se corre el riesgo de que cada perito que sucesivamente rinde su informe en juicio lo convenza, sin encontrar un criterio que le permita hacer prevalecer a uno sobre el otro. En cambio, los técnicos discrepantes entre sí conocen los posibles puntos débiles del informe contrario, y el creo entre ellos permitirá ponerlos de manifiesto.

[e] Exposición de la cualificación profesional del perito.

Las preguntas a los peritos habrán de estar referidas a extremos realmente útiles para el tratamiento del caso. Al igual que en el caso de los testigos, no podrán ser capciosas ni sugestivas (artículo 130.3 CPP). La formulación de una pregunta compleja, que en realidad incluye una pluralidad de ellas, deberá ser rechazada por el Tribunal, requiriendo a la parte que la haya hecho para que formule sucesiva e independientemente cada una.

1.4. Interrogatorio por el Tribunal.

El Tribunal puede formular preguntas a los acusados, testigos y peritos.

En ocasiones, esta oportunidad puede entrañar algún riesgo para su posición de órgano neutral, ya que su interrogatorio puede sugerir a cualquiera de las partes una vía de ataque o de defensa en la que anteriormente no había reparado.

El problema es complicado.

La finalidad del proceso es -según se expresa en el artículo 8 CPP- "[...] la realización pronta y efectiva de la justicia penal." El Tribunal ha de tratar de llegar al conocimiento de la llamada "verdad material"; en realidad, la verdad a secas, porque la denominada "verdad formal" no es sino una reconstrucción convencional del hecho conflictivo, cuya realidad -por motivos muy diversos- puede tratar de ocultar las partes al tribunal.

Del mismo modo que el órgano sentenciador puede -para neutralizar un intento de fraude de ley sustantiva o procesal (artículo 322.3 CPP)- oponerse a una solución negociada entre las partes, que truncaría el debate dando lugar a una sentencia de estricta conformidad, podrá hacer uso de su facultad de interrogar al perito cuando las preguntas hechas por las partes evidencien una tentativa de manipulación fraudulenta de la prueba. Fuera de ello, las preguntas innovativas del Tribunal de Sentencia pueden comprometer los principios de neutralidad del juzgador y de igualdad de armas procesales a disposición de las partes.

Acaso pueda servir de criterio orientativo en este difícil conflicto de intereses -públicos y privados- el que inspira, en caso de duda, la opción por aquel término de la alternativa más favorable al reo; así, el tribunal estaría legitimado éticamente para formular la pregunta que, no hecha por la Defensa, podría servir para poner de manifiesto una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad del acusado, pero no, en cambio, para hacer aquélla que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

El Tribunal Supremo español afrontó el problema en su sentencia de 2 de marzo del 2005. Su lectura puede resultar instructiva por la razonabilidad de sus argumentos, sustancialmente importables al actual sistema procesal penal hondureño.

El tribunal sentenciador en la instancia¹⁰⁹ tuvo en cuenta la admisión de hechos por el acusado en el curso del juicio oral.

El Tribunal Supremo rechazó, sin embargo, su utilizabilidad para fundar un fallo condenatorio.

El Supremo español razonó que "... el Tribunal [de instancia] perdió su imprescindible imparcialidad cuando, tras negarse el recurrente a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, en ejercicio de su derecho a guardar silencio, el Presidente asumiendo un rol acusador que le es impropio, dirigió toda una batería de preguntas que excedían, y con mucho, de las meras previsiones o matizaciones a que se refiere el art. 708 LECriminal que, en relación a los testigos, se refiere a "...preguntas que estime conducentes para depurar los hechos...." lo que ha sido interpretado por la doctrina más autorizada como una práctica judicial de la que se debe hacer un uso muy moderado y sólo para solicitar aclaraciones. Si estas prevenciones son en relación al interrogatorio de los testigos, es obvio que una mayor prudencia y moderación debe ser exigible en relación a preguntas efectuadas por el Presidente del Tribunal al acusado, y es obvio, que cuando éste se niega a responder a la acusación como ocurrió en este caso, no puede el Tribunal reproducir o efectuar un interrogatorio de naturaleza claramente acusatoria sin pérdida de la necesaria imparcialidad que debe guardar. A tal respecto, citamos la STS 429/1999 de 9 de Marzo de 1999 que en su supuesto menos relevante que el actual -se trató de la lectura acordada por el Presidente de unas declaraciones efectuadas en sede policial que no habían sido introducidas en el Plenario ni solicitadas por la acusación-, estimó la quiebra del derecho a un juez imparcial, porque tal iniciativa "...descubre una posición del

juzgador aparentemente tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora, ayudándole para suplir la omisión de una prueba cuya carga le correspondía frente al acusado, que fue luego interrogado sobre el contenido de la declaración leída sin que gozara de la posibilidad de instrumentar una meditada y bien preparada defensa ante la inesperada prueba que se realizó tras pronunciar su defensa el informe correspondiente....".

□La sanción en tal caso, sigue razonando la expresada sentencia, ha de ser no sólo "...proceder la nulidad a efectos probatorios de la prueba así realizada, sino que al haberse privado al acusado de su derecho a ser juzgado por un Tribunal que no recurría en el caso la necesaria imparcialidad objetiva.... es preciso que se vuelva a repetir el juicio ante un Tribunal compuesto por otros jueces para evitar cualquier riesgo de que, aún de manera inconsciente y no querida, pueda verse comprometida la necesaria imparcialidad objetiva....".

□En el caso de autos, el Tribunal al efectuar el interrogatorio, tomó el partido de la acusación descendiendo a la arena del combate, situándose en las antípodas del modelo ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1332 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....".

□Podrá cuestionarse porqué el recurrente que se negó a responder al Ministerio Fiscal, lo hizo al Presidente del Tribunal, no es difícil apuntar una respuesta: la acusación era del Ministerio Fiscal a quien se negó responder, hay que suponer, razonablemente, que no pudo prever que el Presidente del Tribunal le iba a efectuar un interrogatorio como el que le efectuó, la propia escenografía del Plenario, con el Tribunal situado en medio del Ministerio Fiscal y de la defensa ya indica un papel de aquél diferente, distinto y distante del de la Acusación, si a la sorpresa de las preguntas, se une el aislamiento en que se encuentra situado el acusado en la Sala de Vistas, asistido de letrado pero aislado de él y sin su cercanía y sin su comunicación confidencial, no es difícil comprender las respuestas positivas que dio¹¹⁰. ...□.

En el Código Procesal Penal se prevé muy genéricamente que, tras hacerlo las partes, el Tribunal pueda interrogar al imputado (artículo 323.2), a los peritos (326.2) y a los testigos (330.3).

Merece la pena poner de relieve la reflexión que se hace en la Sentencia sobre el impacto psicológico del interrogatorio del Tribunal.

En efecto, la persona interrogada (incluida la acusada) reconoce en él una *auctoritas* y una confiabilidad que aflojan sus mecanismos de defensa. El proceso de socialización a partir de la infancia incluye la introyección de esas actitudes de respeto y de confianza que actúan inconscientemente sobre el interrogado.

Por esta razón, el Tribunal ha de aprovechar su oportunidad de interrogar sin abusar de su ventajosa posición para suplir las deficiencias de la actuación de cualquiera de las partes.

Los integrantes del órgano jurisdiccional deben ser muy conscientes de su función de decisores de un conflicto entre partes; y de un conflicto de tal naturaleza que, en principio y provisionalmente, se presupone constitucionalmente que una de ellas (la acusada) tiene razón. La Constitución *se pone interinamente de su parte*, impidiendo que sea condenada si no se ha demostrado, más allá de toda duda razonable, su culpabilidad.

La carga de probar esa culpabilidad pesa sobre las partes acusadoras; a ellas toca acreditar que se reúnen todos los requisitos para que pueda ser estimada su pretensión punitiva.

Por chocante que pueda parecer, la función propia del Tribunal penal no es promover y conseguir el castigo de los delincuentes; esa es tarea del Poder Legislativo (imprimiendo a las Leyes la orientación -*indirizzo*- que considere más adecuada para conseguir tal fin) y del *aparato* del Estado (Ministerio Público y Policía Judicial) encargado de su persecución.

La función del órgano jurisdiccional penal es decidir imparcialmente, con arreglo al Derecho aplicable, un conflicto entre partes, a tenor de lo alegado y probado por ellas. Si, con su actuación, se *pusiera de parte* de la acusación para subsanar sus fallos, incluso con la mejor intención de que no quedara impune una persona a quien considera culpable, se producirían una serie de consecuencias indeseables.

Perdería su imparcialidad y, con ella, su legitimidad para dirimir el conflicto.

Alteraría la posición inicial relativa entre las partes diseñada por la Constitución, porque perjudicaría a aquélla cuya posición (resistencia a la pretensión punitiva y defensa de su inculpabilidad) respalda interinamente la Constitución.

Quebrantaría la llamada presunción de inocencia, ya que, desde el momento en que coopera al éxito de la acusación, está evidenciando que ya ha formado su convencimiento de la culpabilidad del acusado.

Las preguntas formuladas por el tribunal han de consistir por ello en demandas de aclaración o de complemento de explicaciones insuficientemente desarrolladas.

Tratándose del interrogatorio del acusado (con derecho a guardar silencio) o de personas con derecho a no testificar y, a mayor abundamiento, a no contestar a determinadas preguntas, el Tribunal procederá prudentemente recordando al uno y a las otras, antes de proceder a su interrogatorio, que, aunque sean interrogados por él, conservan mismos esos derechos.

2. La dirección de la audiencia.

Corresponde la dirección del debate y el control de la Sala de Justicia (lo que se conoce como *“policía de estrados”*) al Presidente del Tribunal de Sentencia. A tenor del Artículo 304 CPP, él:

- [1] dirigirá la audiencia,
- [2] hará las advertencias legales,
- [3] recibirá los juramentos,
- [4] mantendrá el orden en la sala de justicia y
- [4] moderará las discusiones, sin coartar los derechos de las partes y de manera que las intervenciones conduzcan al esclarecimiento de la verdad.

Pero el Tribunal de Sentencia es un órgano colegiado, lo que supone que, salvo excepciones, sus decisiones se toman por acuerdo de por lo menos la mayoría de sus componentes.

La colegiación contribuye al control de las decisiones que, excepcionalmente, tome el Presidente por su propia y exclusiva iniciativa, como las que adopte en el ejercicio de los poderes que le confiere el Artículo 304 CPP.

Así, el 305 CPP preve la posibilidad de reclamaciones contra esas decisiones, resolverá por mayoría el Tribunal de Sentencia. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

Fortín Aguilar⁹⁰ comenta que, en estos casos, el mismo Tribunal se convierte en una instancia inmediata y exclusiva ante el reclamo de alguna de las partes.

El propio Presidente interviene en la decisión de la reclamación, y Fortín Aguilar advierte sensatamente que *“... [una] buena medida para evitar estos incidentes es que el Presidente procure no abusar de sus poderes de dirección, consultando previamente sus decisiones con sus colegas del Tribunal. De este modo, se incrementa la pluralidad de perspectivas, se asegura un mayor grado de posibilidad de acierto y se refuerza, ante el público, la imagen de unidad y colegialidad del Tribunal. ...”*⁹¹.

Si durante la audiencia se comete un delito de acción pública, el Tribunal de Sentencia - en cumplimiento de lo establecido por el Artículo 315 CPP- ordenará la inmediata detención del presunto culpable y lo entregará a la Policía Nacional, junto con los antecedentes necesarios, para que proceda como corresponda. De todo lo ocurrido se dejará constancia en el acta correspondiente.

N O T A S.

¹ Hassemer, W., *“Fundamentos del Derecho Penal”*, Bosch, Barcelona, 1984.

² Perelmann, Ch., *“La lógica jurídica y la nueva retórica”*, Civitas, Madrid, 1979.

³ En 1962, en *“The Gutenberg Galaxy”* [Routledge & Keagan, London, 1962 (*“La galaxia gutenberg”*, Aguilar, Madrid, 1972)], Marshal McLuhan escribió unas palabras que iban a convertirse en un lugar común: *“... La nueva interdependencia electrónica vuelve a crear el mundo a imagen de una aldea global ...”*, que integra *“... a toda la familia humana en un sola tribu [también] global ...”* [*“... The new electronic interdependence recreates the worl in the image of a global village ...”*]

⁴⁴ La idea no es nueva. Ferrajoli (*“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 689) transcribe las siguientes palabras de Pagano, F.M. (*“Considerazioni sul processo criminale”*, Nápoles, 1779, págs. 105-106): *“... La escritura, como muy bien dice Sócrates ante Platón, está muerta; no nos habla más que por una parte, es decir, por medio de aquellas ideas que con sus signos nos comunica en el espíritu ... En la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir y tantas otras pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en éstas. La lengua muda, la elocuencia del cuerpo, por usar la frase de Tulio, como más interesante es también más verídica que las palabras y la verdad se puede esconder menos. Todos los signos enunciados se pierden en la muda escritura, faltando al juez los más claros y ciertos argumentos ...”*.

⁵ Montero Aroca, J., *“El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, en *Justicia* 83, 1983, II, pág. 267

⁶ Goldschmidt, J., *“Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935”*, Bosch, Barcelona, 1935, págs. 84-85

⁷ Mismo lugar citado en la nora anterior.

⁸ *“Los diversos sistemas penales. Principales ventajas del sistema procesal mixto”*, Ilanud, San José de Costa Rica, 1988

⁹ *“Proceso oral y proceso escrito”*, en Cappelletti, M., *“La oralidad y las pruebas en el proceso civil”*, EJEa, Buenos Aires, 1972, págs. 11-12

¹⁰ Llorente Fernández de la Reguera, A., *“Del juicio oral y público”*, en *“Código Procesal Penal comentado (Honduras)”*, Corte Suprema de Justicia/Congreso

Nacional/Cooperación Española/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, pág. 494; Fortín Aguilar, M.A., Comentario al artículo 310, *Ibidem*, pág. 507

¹¹ Loc. cit., pág. 494

¹² El valor pedagógico de este acto no ha sido suficientemente advertido en los comentarios de alcance: véase Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, J., Comentario al artículo 342, en *“Código Procesal Penal Comentado (Honduras)”* cit., pág. 574

¹³ Serra Domínguez, M., *“Declaración del imputado e indagatoria”*, en *“Nueva Enciclopedia Jurídica”*, XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss.; recogido en Serra, 1969, págs. 739 y ss.

¹⁴ Viada López-Puigcerver, C. y Aragoneses Alonso, P., *“Curso de Derecho Procesal Penal”*, Madrid, 1970, págs. 360 y ss.

¹⁵ Beling, E., *“Derecho Procesal Penal”*, Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943, pág. 232

¹⁶ Bettiol, Florian, Pergola, Pessina, Sabatini ...: Foschini, G., *“L'imputato. Studi”*, Giuffrè, Milano, 1956, pág. 53

¹⁷ Framarino dei Malatesta, N., *“Lógica de las pruebas en materia criminal”*, Temis, Bogotá, 1988, II, pág. 156; Ferrajoli, L., *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, Trotta, Madrid, 1995 págs. 606-608

¹⁸ *“El imputado”* cit., pág. 746

¹⁹ Carnelutti, F., *“Lecciones sobre el Proceso Penal”*, EJEa, Buenos Aires, 1950, I, pág. 329. Para Carnelutti, las declaraciones de conocimiento provenientes del imputado pueden referirse al hecho delictivo que se le imputa, o a un hecho delictivo de tercera persona.

En el primer caso, esas declaraciones tendrían que ver con la estrategia de la propia defensa, mientras que, en el segundo, constituirían un testimonio en sentido estricto: *“Principi del processo penale”*, Napoli, 1960, págs. 189 y ss.

²⁰ Framarino, loc. cit., pág.156; Foschini, loc. cit., pág. 53

²¹ Roxin, C., *“Strafverfahrensrecht”*, Verlag C.H.Beck, München, 1995, pág.175

²² Gómez Colomer, J.L., *“El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas”*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 138

²³ Vázquez Sotelo, J.L., [Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal], Bosch, Barcelona, 1984, pág.113

²⁴ En España, la perspectiva del interrogatorio como medio de defensa (patrocinada ya por Aguilera, loc. cit., III, 1924, y compartida aparentemente por la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su [Memoria] de 1883) dejó paso a otra que veía en él un claro medio de investigación y aun de prueba (Serra, [El imputado ...] cit., págs. 740-741; Viada & Aragonese, loc. cit., pág. 362), sin, por ello, renunciar a las garantías de que lo había rodeado el modelo procesal penal liberal, de modo que [... su declaración le brinda la oportunidad de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre el mismo pesa ...] (Gómez Orbaneja, [Derecho ...] cit., pág. 162).

Fenech ([Derecho Procesal Penal], Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960 , pág. 651) es tajante: [... consideramos la declaración del imputado como uno de los medios de prueba, por cuanto que su fin principal, si se examina con detenimiento su verdadera esencia, consiste en proporcionar al Juez o Tribunal elementos para formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión ...]. [La] declaración del imputado contribuye a formar el convencimiento judicial [...], lo que [...] no excluye que el imputado aproveche la oportunidad procesal que le proporciona su propia declaración para aportar elementos de defensa perfectamente legítimos [...](ibidem, 652)

²⁵ El imputado conserva, en juicio, el derecho al silencio que le atribuye el artículo 101 CPP.

²⁶ [Derecho Procesal Penal], Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960, pág. 651.

²⁷ Ejemplo:

Le recuerdo que tiene Vd. el derecho a no declarar.

Si no quiere declarar, no se entenderá, por eso, que Vd. admite que es verdad lo que el Ministerio Público [y el acusador particular] afirma que Vd. ha hecho.

Si Vd. prefiere declarar pero no quiere contestar a alguna pregunta que le hagan, eso no querrá decir que Vd. reconoce que es cierto lo que le preguntan.

²⁸ **Ha de considerarse aplicable analógicamente al interrogatorio del acusado lo establecido por el artículo 344.4 CPP respecto de los testigos: El Presidente del Tribunal [... impedirá las divagaciones, repeticiones o interrupciones. ...].**

En muchos procesos de contenido predominantemente político, los acusados y sus Defensas adoptan estrategias extrajurídicas de defensa.

Una de ellas consiste en negar la legitimidad del Tribunal para juzgarlo, como consecuencia de la del sistema mismo, denunciando su falta de carácter democrático.

En otras ocasiones, se dirigen todos los esfuerzos y se aprovechan todas las oportunidades procesales para demostrar que la acusación concreta no es más que un pretexto para conseguir apartar de la política a un oponente o a un disidente especialmente incómodos.

²⁹ Recuérdese que, con arreglo al párrafo segundo del artículo 307 CPP, [...] [cuando] el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia con la presencia de su Abogado Defensor. ...

³⁰ Así ocurre con la explicación de motivaciones remotas, que pueden ayudar a conocer el contexto conflictivo pero no, en cambio, a reconstruir el hecho enjuiciado.

³¹ Muchos datos de elevado valor indiciario pueden, por ejemplo, menospreciarse por la parte declarante, inconsciente de su utilidad como base de un razonamiento inferencial.

³² **Si fueren varios los acusados, el declarante será interrogado por los Defensores de los demás antes de serlo por el suyo propio.**

³³ La aureola de autoridad de que está revestido el Tribunal y la confianza en su neutralidad pueden hacer que el acusado aligere sus mecanismos de defensa y conteste preguntar que no habría respondido (o lo hubiera hecho de otra forma) en caso de provenir de las acusaciones; bien por aquel sentimiento de confianza, ya aludido, bien por creerse obligado a ello, al provenir las preguntas del órgano jurisdiccional.

³⁴ Esta decisión estaría justificada por el párrafo segundo del artículo 12 CPP: [...] Los Órganos Jurisdiccionales rechazarán fundadamente las pretensiones, incidentes, incidentes y excepciones que se formulen contradiciendo las reglas de la buena fe o con manifiesto abuso de derecho o en fraude de ley sustantiva o procesal. ...

³⁵ Nuevas manifestaciones del acusado pudieran inclusive dar lugar a una ampliación de la acusación o a la apertura de un procedimiento independiente. El artículo 321 CPP dispone, a estos efectos: [...] Si durante el juicio se tienen noticias de circunstancias o hechos, relacionados con el hecho objeto del juicio, que no hayan sido mencionados en la acusación y que puedan modificar la calificación legal o la pena del delito, el Fiscal o

el Acusador Privado podrá modificar su calificación o ampliar oralmente la acusación para que aquellos sean considerados durante el debate.

Si las circunstancias o hechos señalados en la ampliación exigen nuevos elementos de prueba, cualquiera de las partes podrá pedir la suspensión del juicio y el imputado, por su parte, tendrá derecho a pedir se amplíe su declaración.

Aún no siendo necesario la práctica de prueba, el Defensor del acusado podrá solicitar igualmente la suspensión del juicio por el tiempo preciso, para preparar la defensa frente a la ampliación de la acusación.

La corrección de simples errores materiales, o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación ni afecte el derecho de defensa, no tendrán el carácter de ampliación.

En el caso de descubrimiento de hechos nuevos, independientes, conexos o no con el hecho objeto del juicio que puedan constituir delito, se abrirá un procedimiento diferente para su investigación y enjuiciamiento separados. ...

³⁶ Este numeral la autoriza cuando "... [alguna] revelación o retractación inesperada produzca alteraciones sustanciales en la causa. ...".

³⁷ Carnelutti, en sus *Principi del processo penale*, distingue cuatro situaciones:

[a] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona, descargándose a sí mismo de ella (*chiamata in reità*: llamada al [verdadero] responsable al procedimiento).

[b] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona corresponsable, con aquél, del delito (*chiamata di correo* o *in correità*: llamada a un co-reo o corresponsable).

[c] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito conexo (sustantiva o procesalmente) con el imputado a aquél.

[d] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito carente de conexión con el imputado a aquél.

Como, respecto de estos hechos que se imputan a un tercero el imputado actúa como testigo, tendrá -se insiste, en cuanto a ellos- el estatuto jurídico del testigo, sin disfrutar de los privilegios del imputado.

En el Código Procesal Penal no se hacen estos distinguos. Cuando se regula la declaración de los coacusados, se presupone la diferenciación de dos tipos de *declaraciones [o manifestaciones] de conocimiento*, según versen sobre los propios

actos o sobre los actos de un tercero, sea o no coacusado.

³⁸ En Italia se acuñó un neologismo que resumía estos dos roles procesales de imputado (*imputato*) y testigo (*testimone*): el *impumone*, un *monstrum* jurídico, en expresivas palabras de Giarda, A. (*Le l'novelle di una notte di mezza estate*, en la obra colectiva *Le nuove leggi penali*, CEDAM, Padova, 1998).

El problema no se suscitó tanto en torno a la declaración de coacusados en un mismo juicio, como por la posibilidad -reconocida por la Ley italiana de 8 de agosto de 1977- de que el acusado en uno pudiera ser citado y declarar como testigo, en un *interrogatorio libero*, en otro conexo con el primero, con todos los derechos del acusado y ninguno de los deberes del testigo. La segregación de los hechos que debieran componer el objeto conjunto de los *maxiprocesos* -lo que suponía acusaciones independientes contra los respectivos acusados- trataba indirectamente de lograr la cooperación de alguno de ellos (los *pentiti* o *arrepentidos*) que pasaban a recibir un trato penal más benigno en contrapartida de su colaboración.

En el sistema procesal alemán, los coacusados en un mismo proceso tienen en todo caso la posición privilegiada de *imputados*. En cambio, si es llamado a declarar en un delito conexo seguido contra un tercero (inclusive si hubieran podido ser enjuiciados simultáneamente), su posición es de testigo. Así se desprende de la doctrina establecida por la sentencia de 4 de noviembre del 1986, del Tribunal Supremo Federal alemán.

En el sistema procesal inglés, el coimputado no puede nunca declarar como testigo.

³⁹ En la vertiente estrictamente testifical de su manifestación, el acusado será titular de los derechos, deberes y privilegios de todo testigo, de los que deberá ser informado oportunamente.

El artículo 228 CPP enuncia las personas que no están obligadas a declarar (o pueden excusarse de contestar determinadas preguntas), por razón de relación familiar o análoga con el acusado, por deber de secreto profesional o para no comprometer secretos de Estado. El privilegio de las primeras es renunciable. En los demás casos, las personas beneficiadas por el secreto profesional pueden autorizar al testigo a declarar sobre los hechos afectados. Parece exigible una autorización expresa, aunque, de estar presentes en la Sala de Justicia y no oponerse a que el testigo conteste pudiera interpretarse como consentimiento tácito por hechos concluyentes. En los casos en que esté comprometido un secreto de Estado, se estará a lo establecido legalmente en esta materia.

Ha de considerarse aplicable lo dispuesto por el artículo 229 CPP (Facultad de las autoridades judiciales cuando un testigo se niega a declarar): Si el órgano jurisdiccional estima que le testigo invoca indebidamente el derecho de abstenerse de brindar declaración o de mantener reserva sobre una confidencia o secreto, ordenará su

declaración mediante resolución motivada.

En el caso previsto en el párrafo último del Artículo anterior, el órgano jurisdiccional no podrá resolver, sino después de haber oído en forma confidencial al testigo y de haber adquirido la convicción de que no se trata de un secreto de Estado.

⁴⁰ En Palacios y Fernández, pág. 441.

⁴¹ [...] Quien revela sin justa causa o emplea en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su oficio, empleo, profesión o arte y con ello ocasiona perjuicio a alguien será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años. ...

El problema surgirá cuando la observancia estricta del secreto profesional suponga la condena de un acusado que el obligado por aquél sabe que no es culpable, y su testimonio resulta la única prueba de su inocencia. El conflicto se produciría entre el deber de guardar secreto, que implicaría la impunidad del verdadero culpable y la condena del inocente, y el de manifestar en su integridad la información que posee, impidiendo aquel doblemente injusto resultado.

Colisionan,

[a] por una parte, dos intereses individuales, el del inocente y el del verdadero culpable, entre los que jurídicamente prevalece el primero, como se infiere de la escala de valores que subyace en la legitimidad de la defensa (propia o ajena) contra una agresión injusta (en este caso, proveniente del *aparato* jurisdiccional del Estado);

[b] por otro, un interés particular (el del acusado inocente, en directo y concreto peligro) frente a un interés colectivo o difuso en mantener la confianza que suscitan en el público ciertos profesionales, precisamente en función de su deber de reserva respecto de las informaciones que reciban en el ejercicio de sus actividades.

[c] Aún cabría enfrentar este interés colectivo y el que supone la confianza colectiva en el justo funcionamiento de la Administración de Justicia.

En definitiva, se plantea un caso de estado de necesidad complejo, a resolver con arreglo a lo previsto por el artículo 24.4.1 CP.

La tipificación, como delito, de la revelación de secretos de Estado, a tenor del artículo 307 CP sugiere que hay materias en que la reserva se impone a posibles intereses particulares comprometidos. Ello obligará al órgano jurisdiccional a ponderar, caso por caso, los que puedan entrar en concreto conflicto.

⁴² Incluso cuando el Defensor les ha expuesto previamente los pros y los contras de cada término de la alternativa y aunque les haya sugerido una opción concreta, la angustia suele persistir durante todo el interrogatorio.

⁴³ Conviene tener en cuenta que, una vez que acepta declarar, el testigo privilegiado suele olvidar su facultad implícita de dejar de contestar a preguntas determinadas. El recordatorio judicial no sólo servirá para aliviar su tensión sino como profilaxis de posibles testimonios consciente o inconscientemente falsos.

⁴⁴ Ha de entenderse aplicable analógicamente lo establecido por el artículo 291 CPP (Suspensión de la declaración) No se procederá al examen de la persona imputada cuando se aprecien en ella signos de sueño, fatiga, enfermedad o pérdida de serenidad que reduzcan su capacidad de juicio. En estos casos, así como cuando el examen de la persona imputada se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a las demás que deban hacérsele, se suspenderá el examen, concediendo a la persona interrogada el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. En caso de enfermedad de la persona imputada, el Juez, por propia iniciativa o a instancia de la persona interrogada o de su defensa, dispondrá que le sea prestada la atención médica necesaria.

A propósito del interrogatorio de menores de quince años, el párrafo segundo del artículo 331 CPP advierte que si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor a que se refiere el párrafo anterior, el Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá dejarlo en suspenso.

⁴⁵ El último párrafo del artículo 330 CPP dispone: El Presidente determinará el orden de los interrogatorios, los moderará e impedirá que se le formulen al testigo preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas. Evitará, además, que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad.

⁴⁶ No se prevé que comparezcan las partes a este examen privado por el tribunal.

⁴⁷ Con esta expresión, en la bibliografía italiana, se designa el estado emocional de una persona o de un conjunto de ellas o de sectores -más o menos amplios de la Sociedad- que produce una necesidad psicológica de encontrar y castigar al responsable del delito. El deseo de dar satisfacción a esa necesidad crea el peligro de que las instancias encargadas de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos presenten a una o varias personas como culpables, aunque no cuenten con una prueba suficiente. Así se explican algunos sonados errores judiciales en el Reino Unido en los tiempos más duros del terrorismo del IRA.

⁴⁸ La verosimilitud equivale a apariencia de verdad. Un relato es verosímil cuando, con arreglo a la experiencia común, puede ser real. La atribución de la muerte de una persona a la intervención de extraterrestres es escasamente verosímil. La afirmación de que la víctima falleció como consecuencia de las heridas sufridas al precipitarse sobre el acusado, quien empuñaba una navaja no puede descartarse como imposible, con

arreglo a las enseñanzas de la experiencia vulgar.

La coherencia equivale a la consistencia del relato.

Hay tres niveles de coherencia.

[a] La coherencia interna sincrónica valora la compatibilidad, entre sí, de las diferentes partes del relato desarrollado en un mismo acto: en las dependencias policiales, ante el Juez de Letras, ante el Tribunal sentenciador.

[b] La coherencia interna diacrónica valora la compatibilidad, entre sí, de los relatos hechos sucesivamente: el prestado ante el Tribunal de Sentencia en relación con el hecho ante el Juez de Letras y en las dependencias policiales.

[c] Hay una tercera coherencia, que pone en relación el relato del testigo con el resultado de otras pruebas, testificales o no.

⁴⁹ Un cambio de la historificación de lo ocurrido obligará a indagar sus razones, para, a la vista de su persuasividad, concluir la de la última declaración realizada.

⁵⁰ En sentido coincidente, el artículo 130.3 CPP: Las preguntas no deberán ser capciosas ni sugestivas.

⁵¹ Dillehay, loc. cit., pág. 345

⁵² Dillehay, loc. cit., pág. 345

⁵³ La pregunta *pertenece* al ámbito de lo que es objeto del debate; tiene relación con él.

⁵⁴ Fenech, loc. cit., pág. 596

⁵⁵ Fenech, loc. cit., pág. 596

⁵⁶ Fenech, loc. cit., pág. 596

⁵⁷ Döhring, E., [La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación], EJEa, Buenos Aires, 1972 , págs. 47-48

⁵⁸ [Es cierto que, a las veinte horas del primero de febrero de este año, el acusado salió de pronto de detrás de unas matas y acuchilló a su víctima sin mediar pelea alguna?]. Esta pregunta embebe en realidad cuatro distintas:

[a] [Es cierto que el acusado salió de pronto de detrás de unas matas?] y

[b] ¿Es cierto que acuchilló a su víctima sin mediar pelea previa alguna?

[c] En caso afirmativo de cualquiera de ellas: ¿en qué fecha ocurrió el hecho?

[d] ¿A qué hora ocurrió el hecho?

⁵⁹ Döhring, loc.cit., págs. 50-51

⁶⁰ Carrara, F., [Programa de Derecho Criminal. Parte General], Temis, Bogotá, 1956, págs. 419-421

⁶¹ Tiene como fin sorprender, atrapar, agarrar, [coger] ([capere]) al interrogado en alguna contradicción o hacerle decir -aunque sea indirectamente- alguna cosa.

⁶² Vázquez Sotelo, J.L., [Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal], Bosch, Barcelona, 1984, pág. 91

⁶³ Vázquez Sotelo, loc. cit., pág. 91

⁶⁴ Döhring, loc. cit., págs. 52-53

⁶⁵ Cataldo, loc. cit., págs. 186-188; Majada, A., [Manual de Formularios Penales], Bosch, Barcelona, 1971, II, pág. 1053; Muñoz Sabaté, L., [Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso], Praxis, Barcelona, 1967, págs. 285-286

⁶⁶ El carro que esperaba a la puerta del banco asaltado ¿era blanco o azul?
Pregunta correcta: ¿de qué color era el carro que se encontraba a la puerta del banco asaltado?.

⁶⁷ Sirve de ejemplo la pregunta antes transcrita:

El carro que esperaba a la puerta del banco asaltado ¿era blanco o azul?

Sucesión correcta de preguntas:

¿Había algún carro estacionado a la puerta del banco?

[En caso de respuesta afirmativa]

¿De qué color era el carro?.

⁶⁸ En la práctica parlamentaria estadounidense, para dilatar (y aun impedir) la sanción de una ley, la minoría tiene un recurso. Es exasperante, pero suele resultar efectivo. Se trata de hablar horas y horas, hasta que la mayoría acepte negociar o se quiebre el quorum.

Un senador habló 15 horas y media, recitando pasajes de Shakespeare, leyendo

recetas para freír ostras y explicando cómo se hierven las verduras. Otro hizo que su discurso durara 22 horas y 16 minutos.

El récord lo tiene, hasta hoy, el que habló 24 horas 18 minutos.

El senador que leía a Shakespeare y daba recetas de cocina se llamaba Huey P. Long. Era un demócrata, ex gobernador de Luisiana y candidato a Presidente. Su extenuante exposición impidió la aprobación de una ley que, a su juicio, favorecía a los ricos. Ocurrió la noche del 12 al 13 de junio de 1935. Ochenta y siete días después, alguien encontró el modo de callarlo para siempre: le disparó a quemarropa con una pistola calibre 32. Sus restos fueron enterrados en el Capitolio de Louisiana, donde hoy se yergue una estatua de bronce que muestra a Long... hablando.

El discurso de 22 horas y 16 minutos lo pronunció el independiente Wayne Lyman Morse, de Oregon, en 1953. ¿El Tigre del Senado?, como se lo llamaba, quería impedir la sanción de una ley sobre la explotación de tierras bituminosas.

El que habló 24 horas 18 minutos fue el demócrata J. Strom Thurmond, en 1957. Antiguo gobernador de Carolina del Sur, Thurmond se oponía a un proyecto de ley sobre derechos civiles. Para obstruirlo, habló sobre cualquier cosa y leyó desde la Declaración de la Independencia norteamericana hasta el discurso de despedida de George Washington. Estaba bien preparado para resistir el esfuerzo: pasó casi dos días sin beber, y toda la mañana en los baños turcos del Senado, para que ninguna urgencia urinaria le truncara su discurso. Como en el boxeo, desde su rincón llegó, por fin, la toalla: un miembro de su equipo se acercó para obligarlo a concluir el insalubre ejercicio.

Los discursos interminables pueden ser, también, concertados entre varios legisladores. En 1964, el Senado quedó trabado en una discusión durante 57 días. A lo largo de sucesivas sesiones, los miembros de un grupo minoritario se turnaron para obstruir el debate sobre la ley de Derechos Civiles.

Los senadores minoritarios que se valen de la verborragia tienen un nombre: *filibusteros*.

En 1917, a iniciativa del Presidente Woodrow Wilson, se le puso un límite: la Regla 22 permitía cerrar un debate, siempre que el cierre (*cloture*) fuera aprobado con dos tercios de los votos.

Se entendía que, a ese fin, sólo contaban los senadores presentes; pero en 1949 se decidió incluir a los ausentes. Para cerrar un debate hacía falta el voto de 67 de los 100 miembros que tiene el Senado norteamericano. Una *rebaja* que se introdujo en 1975 no fue de mucha ayuda: hasta hoy, la mayoría está obligada a soportar a los *filibusteros*, salvo que reúna 60 votos para callarlos.

Un *filibustero* célebre (aunque ficticio) fue Jefferson Smith, el senador de *Mr. Smith Goes to Washington*, el filme de Frank Capra (1939). El senador, representado por James Stewart, habla durante 23 horas y 16 minutos y consigue frustrar el aberrante proyecto de una mayoría corrupta.

⁶⁹ Diges Junco, M. y Mira Solves, J.J. [La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad], [Justicia 88], 1988-III

⁷⁰ Trankell, A., [Reliability of Evidence], Beckmans, Estocolmo, 1972; Undeutsch, U., [Courtroom evaluation of eyewitness testimony], [International Review of Applied Psychology], 33, 1984; De Cataldo Neuburger, L., [Psicologia della testimonianza e prova testimoniale], Giuffrè, Milano, 1988

⁷¹ Loc. cit.

⁷² De Cataldo, loc. cit.

⁷³ Diges, M., [El psicólogo forense experimental y el testigo honrado], en Sobral, Arce y Prieto, 1994

⁷⁴ Diges, y Diges y Mira, loc. cit.

⁷⁵ Goldstein, A.G., [The fallibility of the eyewitness: psychological evidence], en Sales, B.D., [Psychology in The Legal Process], Spectrum, New York, 1977

⁷⁶ Kassin, S.M. y Wrightsman, L.S., [The American jury on trial: Psychological perspectives], Hemisphere Publishing Co., London, 1988

⁷⁷ Seoane Spiegelberg, J.L., [Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales], en [Medicina Legal], [Cuadernos de Derecho Judicial], Consejo General del Poder Judicial, V, 1993. La escasa confiabilidad objetiva de estos aparatos, como el polígrafo, dificultarían su introducción en el proceso penal hondureño, pese a la cláusula de apertura a medios de prueba no regulados expresamente: artículo 199.1 CPP

⁷⁸ Alonso-Quetcuty, M.L., [Psicología forense experimental: el testigo deshonesto], en Sobral, Arce y Prieto, 1994

⁷⁹ Diges y Mira, loc. cit.; Arce, R. y Fariña, F., [Toma de decisiones en el tribunal: expertos vs. legos. Modelos alternativos], en Sobral, Arce y Prieto, 1994 cit.; Diges, loc. cit. La única posibilidad de introducción en el nuevo proceso penal hondureño sería por la vía de una aplicación imaginativa y flexible de las normas relativas a la pericia.

⁸⁰ Dillehay, R.C. & Nietzel, M.T., [Psychological consultation in trial preparation and

conduct], en Kaplan, M.F. (ed.) *The impact of social psychology on procedural justice*, IL: Charles Thomas, Springfield, 1986.

⁸¹ Paúl, P. de, *Los profesionales del Derecho: Jueces y Abogados*, en Clemente Díaz, M. (coordinador), *Fundamentos de la Psicología jurídica*, Pirámide, Madrid, 1995 (indicado 1995-1), págs. 256-257

⁸² Wells, G.L. & Murray, D.M., *What can psychology say about the Niel V. Biggers criteria for judging eyewitness accuracy*, en *Journal of social psychology on procedural justice*, 1983, págs. 347 y ss.; De Paúl, loc. cit., pág. 257: incluso si la percepción de estas claves no verbales puede ser escasa: Ekman, 1991

⁸³ Coates, D., Wortman, C. & Abbey, A., *Reactions to victims*, en Frieze, I., Bar-Tal, D., & Carroll, J. (eds.), *New Approaches to Social Problems*, Josey-Bass, San Francisco, 1979, *per* De Paúl, loc. cit., pág. 257

⁸⁴ Loftus, E. F., *Eyewitness testimony*, Harvard University Press, Cambridge, 1979

⁸⁵ De Paúl, loc. cit., pág. 257, sobre O'Barr, 1982 y Wells, G.L. & Murray, D.M., *What can psychology say about the Niel V. Biggers criteria for judging eyewitness accuracy*, en *Journal of social psychology on procedural justice*, 1983, págs. 347 y ss.

⁸⁶ Prieto-Castro hace notar, con ironía, que, luego, resulta que el perito no *prueba* nada en realidad (*Tratado...* cit., pág. 737)

⁸⁷ Denti, V., *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, números 2-3, págs. 287 y ss. En Inglaterra, desde tiempos muy remotos, se acostumbró a reclamar la opinión de los expertos, cuando la materia lo exigía. Esta práctica era ya tenida como muy recomendable en 1.553, cuando el Juez Saunders resolvió el caso Buckley v. Rice-Thomas (1.554, 1 Plowd 118-124). A menudo, el perito era un miembro del jurado. Sólo a partir del siglo XVIII se consolida su papel como testigo cualificado por sus conocimientos. En tal concepto, fue llamado el conocido técnico Smeaton, para ilustrar al tribunal sobre un terraplenado que se decía había cegado un puerto (caso Folkes v. Chadd, 1.782, 3, Doug KB 157). Vid. Cross, R. y Tapper, C., *Cross on evidence*, Butterworths, London, 1985, pág. 440. El perito no decide el caso, y se limita a auxiliar al jurado o a los jueces. Su misión quedó definida por el Lord President Cooper, al decidir el caso Davie v. Edinburgh Magistrates (1953, AC 34-40). El deber del perito es *«...suministrar, al Juez o al jurado, los criterios científicos necesarios para comprobar la corrección de sus conclusiones, y para hacer posible que el juez o el jurado formen su propia e independiente convicción, aplicando aquellos criterios a los hechos probados...»*: cfr. May, R., *Criminal evidence*, Sweet and Maxwell, London, 1986, pág. 139; Keane, A., *The modern law of evidence*, Butterworths, London, 1989, pág. 372. Vid., asimismo, en general, Reynolds, M.P. y

King, Ph. A.D., "The expert witness and his evidence", BAP Professional Books, Oxford-London-Edinburgh, 1988; y Smith, R. y Wyme, B. (ed.), "Expert evidence. Interpreting Science in the Law", Routledge, London-New York, 1989

⁸⁸ Coincide sustancialmente con el artículo 357 del Código de Procedimientos Comunes.

⁸⁹ Parece tratarse de una errata de imprenta, y deberá leerse "puntos de Derecho".

⁹⁰ El Derecho *del foro*, esto es, el propio del Estado al que pertenece el órgano jurisdiccional (incluidas las normas internacionales que hayan pasado a formar parte de su Derecho interno), se presupone conocido por el Tribunal, pero no así el Derecho extranjero que pudiera ser aplicable en caso de reenvío, de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional Privado. Esta situación se producirá cuando la aplicación de la norma penal implique la resolución de alguna cuestión previa de naturaleza no penal.

⁹¹ Desde Stein ("Das private wissen des Richters", publicada por Hirschfeld. en Leipzig, en 1893; traducción castellana, "El conocimiento privado del Juez", de De la Oliva, A., EUNSA, Pamplona, 1973), de cita tópica, a Proto Pisani o, más próximos, Muñoz Sabaté (Muñoz Sabaté, L., "Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso", Praxis, Barcelona, 1967), Serra Domínguez ("Contribución al estudio de la prueba", en "Revista Jurídica de Cataluña", 1962), Font Serra ("La prueba en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", LA LEY, 1998-3), o Climent Durán ("La prueba en el proceso penal", tirant lo blanch, Valencia, 1999), seguido -en el ámbito de la Medicina Legal- por Rodríguez Jouvenel ("Manual del perito médico. Fundamentos jurídico-prácticos", Bosch, Barcelona, 1991).

⁹² Proporcionando lo que se denomina la "*lex artis*"

⁹³ Esto es, proporcionando lo que se conoce como "*lex artis ad hoc*"

⁹⁴ Climent Durán, C., "La prueba en el proceso penal", tirant lo blanch, Valencia, 1999.

⁹⁵ Camarena Grau, S., La prueba pericial en el proceso penal, LA LEY, XXIV (2003), 5746

⁹⁶ El Ministerio Público, el Juez o el Tribunal de Sentencia "fijarán con precisión los temas de la pericia y el plazo para la presentación de los dictámenes" (artículo 242.3 CPP), comunicando unos y otro al perito.

La pericia tiene un objeto o tema primario, al que pueden añadirse otros secundarios que lo concretan.

Una necropsia tiene como objeto primario y tópico que el Médico Forense fije la data del

fallecimiento y su causa; pero puede encargársele -como tema complementario- de que investigue si existen vestigios de agresión sexual.

Del mismo modo, puede interesarse, como objeto primario, el reconocimiento del estado psicofísico de una persona (objeto primario), variando, según los casos, los aspectos de interés para el órgano que lo dispone.

El reconocimiento de la persona imputada (como objeto genérico) puede tener como tema específico concreto el diagnóstico retrospectivo del estado psíquico del examinado al tiempo de ocurrir el hecho investigado o enjuiciado (¿Cómo se encontraba mentalmente cuando ocurrió el hecho? ¿Padecía algún trastorno psíquico? En caso afirmativo: ¿Cuál era ese trastorno? ¿Cómo afectaba a su capacidad de comprender el alcance de sus actos y de controlar su comportamiento?).

Pero puede, en cambio, tener como finalidad específica discernir si el imputado o acusado se encuentra en condiciones de asistir a juicio de forma que comprenda su situación y el alcance de las actividades procesales que se desarrollan ante él.

Si se trata del reconocimiento de la víctima, el objeto específico de la pericia será diagnosticar su estado, investigar sus causas, formular un pronóstico de evolución y explicar el tratamiento adecuado.

La determinación del objeto genérico de la pericia y de sus objetos específicos o individualizadores resulta fundamental para la orientación del perito, el enfoque de su actividad y el ahorro de medios y de esfuerzos innecesarios para la obtención de las finalidades que se pretende obtener mediante la práctica de la prueba.

⁹⁷ Las partes pueden concurrir al acto y hacer cuantas observaciones quieran a los peritos; pero deberán retirarse para que discutan y deliberen solos.

⁹⁸ La asistencia e intervención de las partes puede estar contraindicada si con ella se crea un clima perjudicial para la actividad pericial. Los reconocimientos psiquiátricos o la percepción directa de partes íntimas de la anatomía de la persona reconocida pueden aconsejar la ausencia de las partes o su presencia en condiciones de que no sea advertida por aquélla, por ejemplo, permaneciendo en una habitación contigua, separada por un falso espejo o recibiendo imágenes simultáneas mediante un sistema de videotransmisión.

En caso de imposibilidad de utilización de cualquiera de estos procedimientos (o de otros análogos) y de riesgo de frustración de la eficacia de la prueba en caso de presencia de las partes, será preferible hacer prevalecer este último interés, sin perjuicio de anticipar el resultado de la actividad pericial a aquéllas, a fin de que puedan tempestivamente interesar exámenes, reconocimientos o actividades periciales complementarias.

⁹⁹ Conviene tener en cuenta lo establecido por el artículo 247 CPP en garantía de la

mayor eficacia de la pericia: [...] El Juez, a solicitud del Ministerio Público o de las partes, podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, o las comparecencia de personas, si ello es necesario para llevar a cabo las operaciones periciales.

También se podrá requerir al imputado o otras personas, que escriban de su puño y letra lo que se les dicte, estampen su firma, graben a su voz o realicen cualquier otro acto necesario para la pericia.

En casos urgentes, la orden a que se refiere el párrafo anterior la podrá impartir el respectivo Fiscal, si el asunto aún se encuentra en la etapa de investigación. ...

¹⁰⁰ La incomprensibilidad puede provenir de la utilización de una terminología científica fuera de los conocimientos léxicos vulgares y que no sea accesible recurriendo a los Diccionarios del lenguaje usual.

¹⁰¹ Ejemplo:

[El perito informó simplemente de que el imputado padece una esquizofrenia paranoide. Se interesa que el perito explique su procedimiento de diagnóstico y si el examinado cumple el número de criterios enunciados en el DSM-IV-R o en el CIE-10 para diagnosticar con certidumbre científica el padecimiento del trastorno mental].

¹⁰² Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 246 CPP (Pericia en la investigación preliminar). [...] El fiscal podrá ordenar pericias durante la investigación preliminar, pero sólo podrá incorporarse por lectura al debate si se hubieren seguido las reglas sobre el anticipo de prueba, bajo control jurisdiccional y quedando a salvo la posibilidad que tiene el tribunal, el Ministerio Público y las partes de exigir la declaración del perito durante el debate. ...

¹⁰³ Artículo 245 CPP, inciso final.

¹⁰⁴ Artículo 326 CPP, párrafo primero.

¹⁰⁵ Esto es, una predisposición inconsciente del perito en contra del interrogador, lo que puede perjudicar sus intereses de parte.

¹⁰⁶ A menudo, se apremia (y enfada) al experto psicólogo o psiquiatra preguntándole si ha realizado ciertos *tests* realmente innecesarios en el caso concreto o de dudosa científicidad.

¹⁰⁷ Se ha tomado, en parte, como base para enunciar el posible contenido de las preguntas dirigidas al perito, lo establecido en el artículo 347 de la Ley española de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

¹⁰⁸ Artículo 260.- El careo de testigos, imputados y peritos. El careo tendrá lugar cuando

dos o más testigos, hayan discrepado en sus declaraciones sobre hecho o circunstancias importantes del proceso. Se aplicarán al careo las reglas contenidas en el Capítulo III del Título VII del Libro Primero de este Código. Procederá igualmente el careo entre dos o más imputado y uno o más testigos, cuando existen discrepancias entre sus respectivas declaraciones, siempre que el imputado no se niegue a participar en el careo.

En caso de discrepancia entre peritos, podrá disponerse que se careen entre si, en la misma forma prevista el careo de testigos.

Artículo 261.- Procedimiento para practicar el careo. El careo no podrá verificarse entre más de dos personas simultáneamente.

La diligencia se iniciará con la lectura, en lo pertinente, de las declaraciones que se reputen contradictorias y que hayan sido rendidas ante el debate, o tan pronto como las contradicciones se pongan de manifiesto durante el debate. Cumplido lo anterior, se llamará la atención a los careados sobre sus discrepancias, a fin de establecer la verdad respecto de las misma. En el careo podrán intervenir el Fiscal, las partes y el Tribunal de Sentencia.

¹⁰⁹ En España, las sentencias dictadas en juicio por delito grave (juzgados por las Audiencias Provinciales) no son recurribles en apelación, sino sólo en casación.

¹¹⁰ En el Código Procesal Penal el acusado se sienta junto a su Defensor. Si no se quiere provocar un riesgo de indefensión por su aislamiento temporal, debiera declarar y responder al interrogatorio desde ese puesto junto al encargado de su defensa.

LECCIÓN 15: LA EVENTUALIDAD DE INCIDENTES. SU RESOLUCIÓN INMEDIATA Y DIFERIDA A LA SENTENCIA.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora, N., «El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano», en «Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional», Edición Revista de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944, págs. 411-500;

Alcalá-Zamora, N., «La Teoría General del Proceso y la enseñanza del Derecho Procesal», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1968, 1, págs. 9-91

Ayarragaray, C.A., «El principio de inmaculación en el proceso», Buenos Aires, 1959

Banegas, J., Bonilla, D., Cálix, J., Castro, M^a.F., Cubero, I.Y., Flores, R., González, G., Salas, C., Serrano, J., Vivas, G., «Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño», Honduras, 2003

Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L. (Autores Coordinadores), «Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004 [específicamente en la Lección 24, a cargo de **Fernández Entralgo, J.**]

Fernández Entralgo, J., «El manejo del juicio oral», Cuadernos de Estudios Judiciales “Rafael Alvarado Manzano”, núm. 3, Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001

Fortín Aguilar, M.A., Comentarios a los artículos 304 a 334, en **Palacios Mejía, J.M^a.**, y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs.502 y ss.

Gómez Colomer, J.L., «El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas», Bosch, Barcelona, 1985

Lozano-Higuero Pinto, M. y Marchena Gómez, M., «La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el

proceso penal», Comares, Granada, 1994

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios & Fernández, 2000, páginas 490 y ss.

1. El principio de saneamiento en el proceso penal.

Ayarragaray se refiere al «*principio de inmaculación*» como al ideal de desarrollo del proceso libre de máculas y ficciones que podrían producir la ineficacia de todo lo actuado por vicios de procedibilidad, impidiendo resolver el fondo del conflicto¹.

El «*principio de saneamiento*» constituye una técnica de profilaxis de esas deficiencias. Lozan-Higero Pinto y Marchena Gómez lo definen como «... aquél que postula que el proceso ha de desarrollarse libre de vicios, irregularidades, óbices, efectos, máculas o anomalías que impidan, obsten o dificulten su regular desenvolvimiento y el pronto y eficaz pronunciamiento judicial sobre el fondo y, atal fin, se configura como una pauta procesal constitutiva de una facultad-deber de dirección procesal para el juez y de carga-sanción para las partes en su quehacer procesal. ...».

Muy relacionado con los principios de economía procesal y de preclusión, actúa en un doble frente, pues permite, preventivamente, corregir el defecto al tiempo mismo de cometerse (perspectiva de inmaculación) y, sanatoriamente (de ahí, la denominación principio de saneamiento), purgar sus consecuencias una vez producido y evitar su propagación futura².

2. Manifestaciones del saneamiento.

El principio de saneamiento se inserta al comienzo mismo de la etapa de preparación del debate, justificando la celebración de la audiencia saneadora prevista por el artículo 316 CPP³; y, más tarde, en ese *turno de intervenciones*, una vez abierto el debate, que, a modo de audiencia preliminar a él, establece el artículo 320 CPP⁴.

2.1. La audiencia saneadora preparatoria del debate.

El artículo 316 CPP (Preparación del debate) establece: «... Recibidas las actuaciones a que se refiere el artículo 303, el Tribunal citará a las partes a fin de que, dentro de los diez (10) días siguientes, examinen las diligencias y planteen, en su caso, las recusaciones, excepciones o nulidades basadas en hechos nuevos a que haya lugar. Tales cuestiones serán resueltas por el Tribunal en audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación. En dicha audiencia se presentarán y ejecutarán las pruebas que se relacionen con la recusación.

El recusado será sustituido con arreglo a las disposiciones de este Código. ...»

De acuerdo con lo previsto por el artículo transcrito, el saneamiento de posibles obstáculos procesales tendrá por objeto alguno de los siguientes extremos:

[a] recusaciones;

[b] excepciones;

[c] nulidades, siempre que se funden en hechos nuevos, esto es, sobrevenidos con posterioridad al auto de apertura del juicio oral, o con anterioridad a él, pero conocidos con anterioridad (artículo 167.4 CPP).

2.2. Proposición y resolución de incidentes en el curso del juicio oral.

Una vez presentado el caso por las partes, cabe que, a instancia de cualquiera de ellas, se abra una fase que puede tener un doble contenido.

2.2.1. Incidentes con finalidad saneadora.

Por una parte, puede aprovecharse para sanear el debate, planteando y resolviendo cuestiones de naturaleza eminentemente procesal, que podrían, de otro modo, frustrar la eficacia del proceso.

Dispone el artículo 320 CPP (*Incidentes*) que, «... [a] instancia de cualquiera de las partes, el Presidente del Tribunal abrirá un turno de intervenciones, para que aquellas puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, recusación de alguno de sus miembros, excepciones, causas de nulidad o exclusión de medios de prueba por causa de su ilicitud, siempre que estas alegaciones se funden en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces, y acerca de cualquier otra cuestión incidental.⁵

Los incidentes regulados en el art 320 CPP -escribe Llorente- «... se sustancian en un debate preliminar que responde a los principios de concentración y oralidad, para evitar la dilación del proceso. El texto legal no es exhaustivo en cuanto a las hipótesis que puedan dar lugar a una excepción previa o punto incidental. No se prevén restricciones respecto al tipo de problemas que se pueden suscitar, por lo que tendrá cabida cualquier cuestión jurídica o de hecho que precise de una valoración judicial previa, siempre que sea naturalmente conexas con el objeto del juicio oral. ...».

Las cuestiones incidentales previas -sigue más adelante- «... tienden por lo general al saneamiento de aquellas incorrecciones o defectos de carácter procesal que hayan podido producirse, a fin de impedir la nulidad de actuaciones por vicios sustanciales de procedimiento que puedan perjudicar a alguna de las partes o generar algún tipo de indefensión. Los jueces y magistrados han de adoptar las decisiones que sean necesarias para corregir las irregularidades procesales evitando la realización de cualquier acto que tenga como finalidad dilatar indebidamente el proceso, tal y como establece el artº. 9 de la parte general. Deben rechazar igualmente de manera fundada las pretensiones, incidentes y excepciones que se formulen contradiciendo las reglas de la buena fe y lealtad que han de presidir las relaciones de las partes con el Tribunal o que entrañen manifiesto abuso de derecho o fraude de ley, como señala el artº. 12. ...».

El objeto de estos incidentes aparece enunciado mediante una técnica mixta de mención expresa y de *cláusula final abierta*.

Son casos típicos para resolver en esta fase o etapa⁶:

[a] Incidentes relativos al órgano jurisdiccional:

[a.1] Competencia del órgano judicial.

[a.2] Recusación de alguno de sus miembros

[b] Excepciones, que enumera taxativamente el artículo 46 CPP:

[b.1] La incompetencia;

[b.2] La falta de acción, cuando no haya debido promover o cuando no pueda proseguirse; y,

[b.3] La extinción de la acción penal.

[c] Causas de nulidad o exclusión de medios de prueba por causa de su ilicitud.

En cualquier caso, será inexcusable que la impugnación de la competencia del Tribunal, la recusación de alguno de sus componentes, las excepciones o las causas de nulidad o exclusión de medios de prueba admitidos se funden

[a] «... en hechos nuevos [ocurridos después de la audiencia para preparación del debate, prevista y regulada por el artículo 316 CPP] o

[b] [en hechos] desconocidos hasta entonces ...».

Sobre la parte que invoque el conocimiento reciente de hechos que han tenido lugar antes de la audiencia antes aludida, pesa la carga de probar su desconocimiento.

Como la prueba de cualquier otro hecho negativo, se corre el riesgo de convertirla en una «*probatio diabolica*» en caso de extremar el rigor.

Son factores a tener en cuenta para juzgar la veracidad del desconocimiento alegado:

[a] La fecha del hecho.

Tratándose de un hecho reciente, no hay que desatender la posibilidad de que la parte alegante no haya tenido tiempo de tener oportunidad sobre él.

Otras veces, un hecho de considerable antigüedad puede haber caído en el olvido o pueden haber disminuido o incluso desaparecido las fuentes de información,

reduciendo en la misma proporción el grado de posibilidad de ser conocidos por la parte interesada en su utilización.

[b] La publicidad del hecho.

Para valorar este factor, será preciso tener en cuenta algunas variables.

[b.1] La proximidad del contacto de la parte con el hecho alegado.

[b.2] Hay una publicidad que deriva simplemente del nivel de difusión espontánea del hecho en un entorno.

Al igual que con los llamados «*auditorios*» en la Retórica jurídica, a mayores dimensiones del entorno social, menor es el grado de dispersión de la noticia. Los sucesos se difunden muy rápidamente en el seno de pequeñas comunidades.

En contrapartida, el acceso a la información exige el contacto con el «*entorno de difusión*». Si el hecho alegado ocurrió en una de esas pequeñas comunidades, pero la parte alegante se mueve en un espacio geográfico alejado de ella, la posibilidad de su ignorancia aumenta.

Consideraciones similares son aplicables a noticias que afectan a círculos profesionales determinados, dentro de los cuales adquiere gran resonancia, permaneciendo desconocidos del resto de la Sociedad.

Los hechos que se refieren a la intimidad de las personas o de las familias son de más difícil conocimiento por quienes no tengan cabida en el círculo de su confianza.

No obstante, ese círculo puede extenderse considerablemente en caso de trascender rumores, cotilleos o comentarios.

El tamaño de la comunidad y la relevancia pública de la persona constituyen datos a tener en cuenta.

En un núcleo pequeño, las indiscreciones son más fáciles; y los acontecimientos de la vida privada de una persona muy conocida pueden suscitar (incluso siendo aparentemente banales) un gran interés por parte de amplios sectores sociales y ser objeto de una atención mayor por parte de los profesionales de los *mass media*.

No será necesario enfatizar que la perpetración de hechos ilícitos procura mantenerse en la mayor reserva. La realidad de una interceptación ilegítima de comunicaciones o la utilización de torturas, malos tratos o coacciones psíquicas para conseguir una declaración puede ser de muy difícil conocimiento, y conseguirse sólo a las puertas de las sesiones del debate.

[b.3] En un mundo convertido en «*aldea global*»⁷, los medios de comunicación de

masas permiten conocer los hechos casi simultáneamente a su acaecimiento.

El nivel de difusión mediática del hecho constituye un indicio de peso a la hora de valorar su conocimiento por la parte alegante.

La difusión del medio entre el público y la noticiosidad del suceso han de ser tenidos igualmente en cuenta.

A lo anterior se suma el debate sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. Este capítulo del turno de alegaciones tiene una clara finalidad *ordenadora* del procedimiento, que es una de las asignadas por los procesalistas a esta fase procesal.

2.2.1. Incidentes sobre la prueba.

A lo anterior se suma el debate sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. Este capítulo del turno de alegaciones tiene una clara finalidad *ordenadora* del procedimiento, que es una de las asignadas por los procesalistas a esta fase procesal.

Pero esta fase puede servir, asimismo, como oportunidad de proponer nueva prueba.

En efecto, con arreglo al artículo 320.2 CPP, «... [podrán] también las partes proponer nuevos medios de prueba, siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio. ...»

Su admisibilidad está condicionada no solamente a la concurrencia de los requisitos comunes (pertinencia, utilidad, proporcionalidad y licitud) sino a que su práctica no obligue a la suspensión del juicio, por lo que no se exige que se trate de medios de conocimiento posterior a la fase ordinaria de proposición de la prueba.

El Tribunal valorará, por lo demás, si la novedad es tan grande que trastorna las expectativas de la contraparte. Si fuere así, a instancia de ésta, podría suspender brevemente el juicio, a fin de que pueda proponer prueba contradictoria de la de nueva proposición. La cuestión puede complicarse considerablemente si esa contraprueba reclama la suspensión de las sesiones del juicio.

En tal caso, puede que no resultase irrelevante que la prueba propuesta en los preliminares del debate haya aparecido o sido conocida con posterioridad a la etapa ordinaria de proposición. Siendo así, la suspensión podría encontrarse justificada. Si, en cambio, la parte proponente aguardó a este último momento para interesar la práctica de esa prueba tan excepcional, no sería reprochable que el Tribunal la desestimara invocando la actuación desleal de la parte proponente.

3. Resolución de los incidentes.

El párrafo terero del artículo 320 CPP establece:

«... El Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente, sobre las cuestiones planteadas, o se reservarán para resolver todas o alguna de ellas en su sentencia. ...».

Llorente, a este propósito, escribe: «... El pronunciamiento sobre aquellas alegaciones que, por ejemplo, afecten a la exclusión de un medio de prueba por su posible ilicitud o a la prescripción del delito, puede posponerse a la Sentencia, pues en algunos casos para resolverlas de forma adecuada y con conocimiento de causa, incluso resulta conveniente que se haya practicado la prueba. En cambio, incidentes que planteen la recusación de un miembro del Tribunal o la competencia del propio órgano enjuiciador, en la medida que repercuten de un modo decisivo en la continuación del juicio, requieren ... una solución específica y previa a la Sentencia. ...».

Como la idea dominante de la regulación contenida en el artículo 320 CPP es que esta etapa preliminar facilite el desarrollo ulterior del proceso y la emisión de una resolución sobre el fondo del conflicto, pero sin producir dilaciones injustificadas, nada impedirá -ya que no existe una prohibición expresa- que se pueda proponer prueba de los hechos alegados, siempre que se pueda practicar «... sin necesidad de suspender las sesiones del juicio ...», lo que inevitablemente significará cargar sobre la parte alegante tener preparados los documentos que haya de presentar y, en su caso, los testigos que se disponga a presentar al tribunal con esa finalidad.

Sin duda, como advierte Llorente, hay cuestiones, como la competencia del órgano jurisdiccional o la recusación de alguno de sus miembros cuya resolución no admite demora, ya que condicionan la validez del debate ulterior y de la sentencia que haya de dictarse.

La decisión sobre la competencia -salvo raras excepciones- implica un problema jurídico y el incidente habrá de tener como motivo hechos o circunstancias sobrevenidas o conocidas después de la audiencia para preparación del debate. No se trata, por tanto, de dar una nueva oportunidad para reproducir cuestiones que ya se resolvieron entonces o que la parte ahora alegante debió haber planteado en esa audiencia, habiendo dejado pasar la oportunidad para ello.

No es impensable, en cambio, que en ese período intermedio hayan ocurrido o se hayan descubierto hechos que permitan la recusación de algún miembro del tribunal. En estos casos, estará justificada la apertura de una fase probatoria de esos hechos -salvo que sean admitidos por el recusado- siempre que las pruebas propuestas no exijan la suspensión del acto.

Siempre que el Tribunal no pueda tomar su decisión inmediata sobre el incidente planteado por falta de conocimiento de hechos o por dificultades de solución de problemas jurídicos que requieran una más completa información, tanto de hecho

como de Derecho, procederá prudentemente continuando el debate y reservando para la sentencia la resolución de tales cuestiones.

La excepción de doble enjuiciamiento y la de prescripción pueden ser resueltas en el acto cuando se aporte la documentación que permita comprobar la coincidencia de casos o la paralización del procedimiento durante el tiempo legalmente establecido.

Sin embargo, en otros muchos casos, será menester reconstruir definitivamente el hecho o calificarlo jurídicamente también de forma definitiva para poder decidir sobre la estimación o desestimación de la excepción⁸.

La ausencia de autorización judicial (previa o confirmatoria) de una intervención de comunicaciones o de un allanamiento domiciliario no consentido por los moradores puede ser, unas veces, fácilmente comprobable, lo que permitirá resolver sobre la utilizabilidad o inutilizabilidad procesal de esa prueba; sin embargo, es más frecuente que se susciten dudas sobre la suficiencia de la motivación de la resolución judicial habilitante, sobre la concurrencia de los presupuestos legitimadores de la medida, sobre la calificación del caso como delito flagrante o sobre la autorización de la persona afectada que obligan a la práctica de prueba aclaratoria de todos esos extremos. En tales circunstancias, estará sobradamente justificado que el tribunal no se precipite a resolver de manera inmediata sobre el incidente planteado, reservándolo para la sentencia, y continuando el debate.

La reserva de la decisión para la sentencia que pueda recaer ha de estar suficientemente motivada sin por ello prejuzgar sobre materia sometida a juicio del Tribunal.

N O T A S

¹ Ayarragaray, págs. 31 y ss. Lozano-Higuero y Marchena, págs. 42 y ss.

² Lozano-Higero y Marchena, loc. cit., págs. 48 a 54

³ Fortín, pág. 512

⁴ La expresión coincide -sin duda, no casualmente- con la utilizada por el artículo 784.2 (antes, 793.2) de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, a propósito del denominado por ella «Procedimiento Abreviado». Criticada por los especialistas, prefieren, éstos, hablar de «debate o audiencia preliminar» (Lozano-Higuero y Marchena, loc. cit., págs. 25 y 26), a la usanza italiana. Como en el artículo 300 CPP ya se había empleado esta denominación, la terminología adoptada puede no significar más que una concesión estilística para no incurrir en repeticiones terminológicas que

podrían prestarse a confusión en la práctica.

⁵ Está muy extendida en la bibliografía en lengua castellana (sirvan de ejemplo los antes citados Lozano-Higuero & Marchena) la denominación de esta fase procesal que abre el juicio oral como «audiencia (o debate) preliminar (potestativa)», tal vez por la atracción de la terminología utilizada en las legislaciones italiana («*udienza preliminare*») y anglosajona («*preliminary hearing*»), aunque el contenido de aquella no coincida con el de éstas, ni menos aún con la «*Vorverhandlung*» de la pionera Ley austríaca del Proceso Civil, de 1895.

En la medida en que el turno de intervenciones que abre el juicio oral contribuye al saneamiento del proceso, se lo ha denominado «*audiencia saneadora*», concentrando en ella el planteamiento y la resolución de cuestiones de muy diversa naturaleza.

⁶ Se tiene por reproducido lo expuesto sobre ellas en la Lección 10.

⁷ En 1962, en «*The Gutenberg Galaxy*» (Routledge & Keagan, London, 1962; traducción al castellano: «*La galaxia gutenberg*», Aguilar, Madrid, 1972) Marshal McLuhan escribió unas palabras que iban a convertirse en un lugar común: «... La nueva interdependencia electrónica vuelve a crear el mundo a imagen de una aldea global [«... *The new electronic interdependence recreates the world in the image of a global village* ...»] ...», que integra «... a toda la familia humana en un sola tribu [también] global ...».

⁸ De la calificación definitiva del hecho que se considere probado y de la gravedad de la pena legalmente asignada dependerá la duración del plazo prescriptivo.

En casos de delito continuado, será preciso discernir si el hecho enjuiciado podía haberse integrado dentro del conjunto de hechos individualmente delictivos que lo componen, para discutir si, en tales casos, ha de tenerse por ya juzgado el conjunto fáctico en el que hubiera debido integrarse el ahora juzgado.

LECCIÓN 16: LA PRÁCTICA DE PRUEBAS. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. INTERROGATORIO INICIAL POR LAS PARTES Y POR EL TRIBUNAL. EL COIMPUTADO Y SU DECLARACIÓN.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Banegas, J., Bonilla, D., Cálix, J., Castro, M^a.F., Cubero, I.Y., Flores, R., González, G., Salas, C., Serrano, J., Vivas, G., «Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño», Honduras, 2003

Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960.

Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en Palacios & Fernández

Foschini, G., «L'imputato. Studi», Giuffrè, Milano, 1956

Palacios Mejía, J.M^a., y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

Pérez, R., Comentario a los artículos 198 a 262, en Palacios & Fernández .

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995.

Serra Domínguez, M., «Declaración del imputado e indagatoria», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss.

Viada López-Puigcerver, C. y Aragonese Alonso, P., «Curso de Derecho Procesal Penal», Madrid, 1970.

Vázquez Sotelo, J.L., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984.

1. La práctica de pruebas.

A falta de conformidad del acusado, se pasa a la práctica de la prueba; o, más exactamente, a una primera actividad cuya naturaleza es difícil de fijar: la declaración del imputado, aunque más correctamente debiera escribirse «del acusado».

El Título VII del Libro I del Código Procesal Penal trata, como reza su epígrafe, de los «Medios de Prueba».

No se contiene una enunciación expresa de los medios legalmente típicos de prueba - como hace el artículo 320 del Código de Procedimientos Comunes- limitándose a advertir que los regulados como tales no agotan la lista de los posibles¹ y que su finalidad es -como se lee en el artículo 198 CPP, «... el establecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias, mediante el estricto cumplimiento de las disposiciones de este Código. ...».

No se incluye en el título el interrogatorio o declaración del imputado².

En el capítulo II del Título IV del Libro II, en el que se contienen las normas sobre la sustanciación del juicio, figura el artículo 325 CPP, en el que se lee que, rendida la declaración del imputado, cuando lo haya, «... se recibirán las pruebas propuestas por las partes, en el orden indicado por éstas, y en forma prevista en los Artículos del 326 al 332. ...».

Nótese que no se lee «las *demás* pruebas propuestas», sino «las *pruebas* propuestas», lo que permitiría inferir que esa declaración no se considera prueba en sentido propio.

2. La declaración del imputado. Interrogatorio inicial por las partes y por el Tribunal.

2.1. La función de la declaración del imputado.

El imputado es parte pasiva del procedimiento penal, pero parece obvio que puede proporcionar información que, junto con el resto del material obtenido en el curso de aquél, sirva para reconstruir el sucedido.

Serra Domínguez³ y Viada y Aragoneses⁴ resumen las opiniones acerca de la función que sus eventuales declaraciones pueden desempeñar en el proceso.

Algunos procesalistas alemanes (como Beling⁵), seguidos por un sector de italianos⁶, entendieron que el interrogatorio del imputado era sustancialmente la oportunidad (renunciable) que se le ofrecía para dar descargo de la imputación que se dirigía contra él. Era, por tanto, y ante todo, un medio de defensa.

Esta perspectiva unidimensional de su interrogatorio se explica como reacción enérgica sobre la importancia desorbitada que se dio, en el modelo procesal inquisitivo (sin duda, por el peso de sus presupuestos teológicos) a la confesión del imputado, lo que conducía a no reparar en medios para obtenerla⁷. Serra Domínguez⁸ cita unas ilustrativas aterradoras palabras de la Ley I del Título XXX de la Partida VII. Tras una premonitoria introducción («... Cometten los omes a fazer grandez yerro, e malos encubiertamente, de manera que non pueden ser sabidos nin prouados. E por ende touieron por bien los sabios antiguos que fiziessen tormentar a los omes porque pudiessen saber la verdad ende ellos ...», se lee en ella: «... Tormento es vna manera de prueua que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar, e saber la verdad por el, de los malos fechos que se fazen encubiertamente e non pueden ser sauidos nin prouados por otra manera. E tiene muy gran pro para complir la justicia. Ca por los tormentos los judgadores saben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos que non se podrían saber de otra guisa ...».

Sin embargo, otros procesalistas replicaron que este patológico entendimiento del papel del proceso penal no debía impedir el reconocimiento del valor que podía tener la declaración del imputado para fundamentar el convencimiento judicial.

Carnelutti no puede ser más explícito: «... El imputado es el príncipe de las pruebas; él no constituye por eso solamente la *res iudicanda*, sino que entra también a formar la *res iudicans*; en otras palabras, es al mismo tiempo la materia y un instrumento del juicio; a fin de que termine por juzgarse a sí mismo, comienza por servir al juez para juzgar él mismo. ...». Y, a renglón seguido, añade: «... No hay en el proceso penal una prueba más preciosa que el testimonio del imputado ...»⁹. Como testimonio consideran también el interrogatorio del imputado Framarino y Foschini¹⁰. Y tal es, por lo demás, la actitud que ante él adopta el Derecho anglosajón, llevando al extremo las consecuencias del tratamiento del imputado como persona cuya inocencia es interinamente afirmada mientras no se prueba convincentemente su culpabilidad.

Para Roxin¹¹, «... el imputado no es sólo un sujeto procesal, con derechos propios de intervención en el proceso, sino también un medio de prueba ...», aunque, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal angloamericano, no puede ser considerado como testigo. Tal parece ser el criterio dominante entre los modernos procesalistas y de la doctrina jurisprudencial en la República Federal Alemana¹². Y, aunque su Ley Procesal Penal regule el interrogatorio del imputado con un cierto distanciamiento locativo respecto de la pericia, el testimonio y el reconocimiento judicial, el artículo 136a), interpretado inversamente, sugiere la aprovechabilidad probatoria del material informativo conseguido a través de aquél. Y los Códigos italiano y portugués de Procedimiento Penal incluyen el interrogatorio del inculcado entre los medios de prueba.

«... Las posiciones ... -matiza con razón Vázquez Sotelo¹³- no son tan distantes ya que quienes comienzan atribuyendo a la declaración el carácter de medio de prueba - porque indudablemente de ellas pueden derivar y frecuentemente derivan importantes elementos para formar la convicción judicial- no por eso olvidan que la declaración es

una magnífica ocasión que el imputado debe aprovechar para explicarse y justificarse, es decir, para defenderse ... Y quienes le atribuyen la naturaleza de medio de defensa no por eso niegan que de la declaración puedan resultar elementos probatorios o de convicción judicial de innegable y a veces decisivo cuando no excesivo valor, según demuestra la práctica diaria de los Tribunales y la jurisprudencia ...»¹⁴.

En el artículo 323 CPP es perceptible esta doble dimensión del interrogatorio del acusado. Ante todo, constituye la oportunidad de que formule alegaciones en descargo de las acusaciones formuladas contra él, pero, además, es contemplado como fuente de información, si se aviene a responder a las preguntas que pueden tener por conveniente formular las partes acusadoras, la Defensa y, en último término, el propio Tribunal¹⁵.

2.2.- Desarrollo de la declaración del acusado.

2.2.1.- Garantías de la declaración del acusado.

El acusado conserva, durante su interrogatorio en juicio, los derechos que se atribuyen al imputado en los artículos 101 y 287 y siguientes CPP, y muy especialmente, el constitucional de negarse a declarar, sin que ello pueda ser utilizado como argumento indiciario de culpabilidad y el de consultar a su Abogado defensor, de los que deberá ser informado antes de comenzar dicho interrogatorio.

El artículo 287 (Información de sus derechos al imputado) establece la información que el Juez de Letras ha de proporcionar al imputado antes de que éste presete declaración ante él. Comprende los siguientes extremos:

1) El contenido del requerimiento Fiscal, indicando, en todo caso, de forma clara y precisa (por lo que puede no ser suficiente, y hasta contraproducente, la lectura de la literalidad de la acusación formulada por la parte acusadora), los hechos que en él se le imputan.

2)

2.1) La vigencia de los derechos que a todo imputado reconoce el Artículo 101 de este Código, y en especial, por lo que se refiere a la declaración, de los reconocidos en los numerales 5) y 10) de ese mismo artículo.

El contenido de estos numerales es el siguiente:

5) A abstenerse de formular cualquier declaración sin que esta decisión sea utilizada en su perjuicio y si acepta hacerlo, a que su Defensor esté presente al momento de rendirla, lo mismo que en cualquier otra diligencia en que se requiera la presencia del imputado;

6) A que no se empleen en su contra, medios que de cualquier modo lastimen su

dignidad personal;

7) A no ser sometida a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad, tales como: malos tratos, amenazas, violencia corporal o psíquica, torturas, aplicación de psicofármacos, hipnosis y polígrafo o detector de mentiras;

8) A que no se empleen medios que impidan su movilidad durante la realización de las actuaciones procesales. Este derecho se entenderá sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y según el criterio del Juez o del Ministerio Público, sean necesarias;

9) A ser asistida por un intérprete o traductor si no conoce el idioma español, sea sordomudo que no pueda darse a entender por escrito o que por cualquier causa no pueda expresarse;

10) A estar presente, con su Defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario.

2.2) El derecho constitucional del imputado a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero o compañera de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3) Su derecho a consultar con su Defensor, la actitud que debe asumir durante la audiencia; y

4) Su derecho a proponer, en su defensa, lo que considere oportuno y exigir que el Ministerio Público, con la colaboración de su Defensor, compruebe los hechos que exponga en su descargo.

Fácilmente se aprecia que existen repeticiones o reglas que afectan a dimensiones distintas de un mismo derecho, lo que exigirá un esfuerzo de síntesis al llevar a cabo la información de sus derechos a la persona acusada.

Una mera lectura de los preceptos legales transcritos puede constituir un mensaje comunicativo defectuoso si, dado el nivel cultural de la persona imputada, cabe inferir que tendrá dificultades para comprender la jerga legal. La Presidencia del Tribunal de Sentencia actuará prudentemente *traduciendo* esas normas de forma comprensible para el acusado, de modo que se logre la mayor eficacia de su derecho a ser cumplidamente informado del contenido de las garantías que configuran su estatuto de imputado, sin que padezca el *núcleo duro* de su derecho a tal información.

Ante todo, el Tribunal habrá que cerciorarse de que la persona acusada comprende y puede hacerse comprender en lengua española. De otro modo, habrá que proveerle de intérprete, puesto que la información proporcionada a quien no puede entenderla por desconocer el idioma, carecería de sentido.

Es esencial que la persona acusada tenga claros los siguientes extremos:

[a] Tiene derecho a guardar silencio. Nadie podrá afirmar que es culpable por el sólo hecho de no querer declarar.

[b] Si accede a declarar, tiene derecho a no contestar cualquier pregunta que no desee responder. Nadie podrá afirmar, sólo por eso, que admite que es verdad el hecho al que la pretunta se refiere.

[c] La persona acusada tiene derecho a que se respete su dignidad. En el curso de su interrogatorio no puede ser víctima de malos tratos, insultada ni humillada.

[d] La persona acusada tiene derecho a declarar en condiciones tales que en todo momento sea consciente de lo que hace y tenga el control de su declaración.

[e] La persona acusada tiene derecho a que se Defensor esté siempre en condiciones de asistirle y pueden comunicar libremente entre sí.

2.2.2.- Dinámica de la declaración del acusado.

[a] La declaración del acusado.

Ante todo, con arreglo al artículo 323.1 CPP, el acusado tendrá la oportunidad de manifestar, «... si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra...».

En esta primera parte, tiene la oportunidad de proporcionar su versión de los hechos y de dar descargo de las acusaciones formuladas contra él. La persona acusada expone, en una narración ininterrumpida, lo que tenga por conveniente.

[b] El interrogatorio por las partes.

«... Después de su exposición, el imputado podrá ser interrogado, por su orden, por el Fiscal, por el Acusador Privado, cuando lo haya, por el Defensor y por los miembros del Tribunal. ...».

«... En cualquier estado del juicio, el imputado podrá ser nuevamente interrogado por las personas y funcionarios a que se refiere el párrafo anterior, con el fin de que aclare o amplíe sus manifestaciones. ...» (Artículo 323 [2 y 3] CPP).

3. El coimputado y su declaración.

Los testigos no pueden ser recusados invocando una posible relación con cualquiera de las partes (o personas especialmente allegadas a ellas) que arroje cualquier

sombra de sospecha de parcialidad, consciente o inconsciente. Si existe, una vez probada, podrá servir de base a la argumentación encaminada a desacreditar el testimonio de la persona a quien afecte. Esto no obstante, si efectuada la crítica de las declaraciones del testigo, éstas resultan creíbles y fiables, podrán ser utilizadas procesalmente.

El mismo imputado puede funcionar como testigo respecto de quien lo sea en el mismo proceso, o en otro diferente.

Carnelutti distingue estas cuatro situaciones:

[a] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona, descargándose a sí mismo de ella («*chiamata in reità*»: llamada al [verdadero] responsable al procedimiento).

[b] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona corresponsable, con aquél, del delito («*chiamata di correo*» o «*in correità*»: llamada a un co-reo o corresponsable).

[c] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito conexo (sustantiva o procesalmente) con el imputado a aquél.

[d] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito carente de conexión con el imputado a aquél.

Como, respecto de estos hechos que se imputan a un tercero el imputado actúa como testigo, tendrá -se insiste, en cuanto a ellos- el estatuto jurídico del testigo, sin disfrutar de los privilegios del imputado.

En el Código Procesal Penal no se hacen estos distinguos. Cuando se regula la declaración de los acusados, parece presuponer la tónica de descargo de propia responsabilidad frente a la imputación formulada.

Aunque el interrogatorio del coimputado tenga una doble vertiente, que incluye su papel como testigo en relación con aquellos que se refiere al otro u otros coacusados, su declaración será sin embargo, única, lo que obligará a que, al ser instruido de sus derechos como imputado, sea advertido de que, en cuanto a las preguntas que se refieran a la posible responsabilidad de un tercero, está sujeto a las mismas responsabilidades que el testigo ordinario en caso de falso testimonio.

La supuesta víctima del delito tampoco está excluida de la lista de posibles testigos. Su sola declaración, cuando se considere creíble y fiable, puede ser suficiente para enervar la denominada presunción de inocencia. Naturalmente, para formular el juicio de fiabilidad habrá que tener en cuenta el sesgo contrario al acusado que pueda imprimir a sus declaraciones el deseo (consciente o inconsciente) de satisfacer su necesidad de venganza por el agravio sufrido, sin importar si el acusado sea, o no, el

verdadero ofensor.

N O T A S

¹ Artículo 199 CPP .- Medios de prueba permitidos. Los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso, podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables.

² En este caso, sí se utiliza correctamente la calificación.

³ Serra Domínguez, M., «Declaración del imputado e indagatoria», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss.; recogido en Serra, 1969, págs. 739 y ss.

⁴ Viada López-Puigcerver, C. y Aragoneses Alonso, P., «Curso de Derecho Procesal Penal», Madrid, 1970, págs. 360 y ss.

⁵ Beling, E., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943, pág. 232

⁶ Bettiol, Florian, Pergola, Pessina, Sabatini ...: Foschini, G., «L'imputato. Studi», Giuffrè, Milano, 1956, pág. 53

⁷ Framarino dei Malatesta, N., «Lógica de las pruebas en materia criminal», Temis, Bogotá, 1988, II, pág. 156; Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995 págs. 606-608

⁸ «El imputado» cit., pág. 746

⁹ Carnelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJEa, Buenos Aires, 1950, I, pág. 329. Para Carnelutti, las declaraciones de conocimiento provenientes del imputado pueden referirse al hecho delictivo que se le imputa, o a un hecho delictivo de tercera persona.

En el primer caso, esas declaraciones tendrían que ver con la estrategia de la propia defensa, mientras que, en el segundo, constituirían un testimonio en sentido estricto: «Principi del processo penale», Napoli, 1960, págs. 189 y ss.

¹⁰ Framarino, loc. cit., pág.156; Foschini, loc. cit., pág. 53

¹¹ Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995, pág.175

¹² Gómez Colomer, J.L., «El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas», Bosch, Barcelona, 1985, pág. 138

¹³ Vázquez Sotelo, J.L., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984, pág.113

¹⁴ En España, la perspectiva del interrogatorio como medio de defensa (patrocinada ya por Aguilera, loc. cit., III, 1924, y compartida aparentemente por la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su «*Memoria*» de 1883) dejó paso a otra que veía en él un claro medio de investigación y aun de prueba (Serra, «El imputado ...» cit., págs. 740-741; Viada & Aragoneses, loc. cit., pág. 362), sin, por ello, renunciar a las garantías de que lo había rodeado el modelo procesal penal liberal, de modo que «... su declaración le brinda la oportunidad de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre el mismo pesa ...» (Gómez Orbaneja, «Derecho ...» cit., pág. 162).

Fenech («Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960 , pág. 651) es tajante: «... consideramos la declaración del imputado como uno de los medios de prueba, por cuanto que su fin principal, si se examina con detenimiento su verdadera esencia, consiste en proporcionar al Juez o Tribunal elementos para formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión ...». «... [La] declaración del imputado contribuye a formar el convencimiento judicial ...», lo que «... no excluye que el imputado aproveche la oportunidad procesal que le proporciona su propia declaración para aportar elementos de defensa perfectamente legítimos ...»(ibidem, 652).

¹⁵ El imputado conserva, en juicio, el derecho al silencio que le atribuye el artículo 101 CPP

-LECCIÓN 17: INTERROGATORIO DE LA VÍCTIMA, TESTIGOS Y PERITOS EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL HONDUREÑO. PRINCIPALES CAUSAS DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960.

Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en Palacios & Fernández

Foschini, G., «L'imputato. Studi», Giuffrè, Milano, 1956

Palacios Mejía, J.M^a., y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

Pérez, R., Comentario a los artículos 198 a 262, en Palacios & Fernández .

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995.

Serra Domínguez, M., «Declaración del imputado e indagatoria», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss.

Viada López-Puigcerver, C. y Aragoneses Alonso, P., «Curso de Derecho Procesal Penal», Madrid, 1970.

Vázquez Sotelo, J.L., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984.

1. Interrogatorio de la víctima.

En el Código Procesal Penal, los testigos no pueden ser recusados invocando una posible relación con cualquiera de las partes (o personas especialmente allegadas a ellas) que arroje cualquier sombra de sospecha de parcialidad, consciente o inconsciente. Si existe, una vez probada, podrá servir de base a la argumentación encaminada a desacreditar el testimonio de la persona a quien afecte. Esto no obstante, si efectuada la crítica de las declaraciones del testigo, éstas resultan creíbles y fiables, podrán ser utilizadas procesalmente.

La supuesta víctima del delito tampoco está excluida de la lista de posibles testigos. Su sola declaración, cuando se considere creíble y fiable, puede ser suficiente para enervar la denominada presunción de inocencia. Naturalmente, para formular el juicio de fiabilidad habrá que tener en cuenta el sesgo contrario al acusado que pueda imprimir a sus declaraciones el deseo (consciente o inconsciente) de satisfacer su necesidad de venganza por el agravio sufrido, sin importar si el acusado sea, o no, el verdadero ofensor.

2. Testigos y peritos en el acto del juicio oral en el Código Procesal Penal hondureño.

2.1. La prueba testifical.

El testigo, a diferencia del perito, proporciona información directamente representativa de lo sucedido. Sus manifestaciones lo reflejan total o parcialmente a modo de *registro personal*. El testigo ha percibido sensorialmente, de forma personal y directa, lo ocurrido, o parte de ello, y lo *traslada* al Tribunal de Sentencia; sin que se oponga a estas consideraciones la admisión de l testigo de referencia (de oídas; el «*hearsay*» angloamericano), que es, en realidad, testigo de un testimonio, testigo de las manifestaciones que hace el que lo fue directamente del hecho enjuiciado; de ahí la aprensión que suscita la fiabilidad de este testimonio impropio.

El perito entra en contacto con el hecho justiciable cuando ya ha sucedido y se está procediendo a su investigación o enjuiciamiento, y por eso se enfatiza que su relación con aquél es (intra)procesal, en tanto que la relación que guarda el testigo con el hecho justiciable es claramente extraprocesal, porque nace cuando ese hecho se está desarrollando, y aún no se ha iniciado procedimiento alguno, o éste no ha sido determinante de la toma de contacto del testigo con el suceso.

Obviamente, el testigo no trasmite sus percepciones en estado bruto, sino su elaboración de lo percibido, lo que supone un inevitable riesgo de interpretación personal; riesgo que se reproduce cuando ha de trasladar sus recuerdos en la Sala de Justicia. A la valoración de la prueba testifical corresponde la ponderación de la credibilidad y fiabilidad que ha de atribuirse al testimonio prestado.

2.1.1. El testigo en sentido estricto.

A diferencia de los denominados *testigos interesados* (el propio coimputado, la víctima), el testigo en sentido estricto se caracteriza por su *distanciamiento* del hecho enjuiciado, en la medida en que no está directamente involucrado en el conflicto básico, que envuelve a la persona acusada y, en su caso, a su supuesta víctima.

2.1.2. Deber de testificar.

A tenor del artículo 226 CPP, todos los habitantes del país «... tienen la obligación de atender las citaciones que les libren los órganos jurisdiccionales, para declarar lo que sepan sobre un delito. Se excluyen únicamente los absolutamente incapaces y las personas [a quienes exime expresamente de ello el Código Procesal Penal] ...».

En él -desarrollando ideas sintetizadas por Ricardo Pérez- se dispensa, en unos casos, del deber de declarar como testigo, pero no de atender la citación del Tribunal, debiendo, consecuentemente, comparecer en la Sala de Justicia, aunque el testigo pueda excusarse de prestar declaración. En otros, se dispensa de comparecer ante el Tribunal, pero no, en cambio, de declarar, tomándose las medidas precisas para que quede a salvo el derecho de las partes a la mejor defensa de sus intereses y a la contradicción.

2.1.2.1. Personas exentas de declarar, pero no de comparecer.

El artículo 228 CPP (Personas no obligadas a declarar) establece que «... [no] están obligados a declarar, aunque sí a comparecer:

- 1) El cónyuge o compañero de hogar y los parientes del imputado dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- 2) El adoptante, en causa instruida contra el adoptado y viceversa; y
- 3) El guardador, en causa instruida contra su pupilo y viceversa.

»Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable a los ministros de cualquier culto religioso y a los profesionales, autorizados para operar en el país en relación de las confidencias o secretos que hayan llegado a su conocimiento, por razón del ejercicio de su ministerio o profesión y que están obligados a guardar.

»Las personas a que se refiere el párrafo primero serán informadas, antes de que inicien su deposición, sobre el derecho que tienen de abstenerse de declarar y de que si toman la determinación de hacerlo podrán abstenerse de contestar las preguntas que deseen. Lo mismo se hará respecto de los ministros de los cultos religiosos y los profesionales, en cuanto al secreto que están obligados a guardar, en relación con lo establecido en el párrafo anterior. ...».

«... Si el órgano jurisdiccional estima que el testigo invoca indebidamente el derecho de

abstenerse de brindar declaración o de mantener reserva sobre una confidencia o secreto, ordenará su declaración mediante resolución motivada. ...». Así lo dispone el párrafo primero del artículo 229CPP.

Estas personas podrán, si lo desean, declarar en juicio como testigos. Nada impediría que, en el curso de su declaración, pudieran excusarse de responder a determinadas preguntas.

2.1.2.2. Personas exentas de comparecer, pero no de testificar.

De acuerdo con el artículo 227 CPP, «... [no] están obligados a comparecer como testigos, aunque sí obligados a declarar, las personas siguientes:

- 1) El Presidente de la República y los Designados;
- 2) Los Secretarios y Subsecretarios de Estado;
- 3) Los Diputados al Congreso Nacional;
- 4) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las autoridades judiciales jerárquicamente superiores al órgano jurisdiccional que deba recibir la declaración;
- 5) El Arzobispo, los Obispos y los Vicarios generales o capitulares de la Iglesia Católica y las personas de rango comparable de otras iglesias legalmente reconocidas en Honduras;
- 6) Los representantes ante el Tribunal Nacional de Elecciones;
- 7) Los Diputados al Parlamento Centroamericano;
- 8) Los Magistrados de la Corte Centroamericana; y
- 9) Los demás que determinen las leyes especiales. ...».

Dichas personas sin embargo, podrán renunciar a este tratamiento especial.

Se arbitra un mecanismo para garantizar el derecho de las partes a la efectiva defensa de sus intereses y a la contradicción.

«... Las personas a que se refieren los numerales anteriores rendirán la declaración en su casa de habitación u oficina, previa cita o por oficio urgente. La declaración deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud. Las partes personadas en el procedimiento serán citadas y podrán asistir a la recepción del testimonio y formular en el acto, las preguntas que no sean declaradas inadmisibles por el Juez o por el presidente o miembro del Tribunal de Sentencia que se designe. ...»

Como caso particular, «... [los] diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la

República y los representantes de organismos internacionales que gocen de inmunidad, de acuerdo con los convenios de que Honduras forme parte, no están sujetos a lo dispuesto en [el artículo 228 CPP], pero podrán declarar verbalmente o por escrito, si así lo determinan. ...».

2.1.2.3. Prohibición de testificar.

El párrafo último del artículo 228 CPP establece: «... Los militares y los funcionarios públicos, en ningún caso, podrán dar testimonio sobre materias de que tuvieran noticias, y que deban considerarse secretos de Estado, porque su difusión pueda dañar gravemente o poner en riesgo también grave la seguridad o la defensa del Estado o sus relaciones internacionales....».

El concepto de «secreto de Estado» resulta ser, al menos en parte, un concepto jurídicamente indeterminado, o, si se prefiere, un concepto semánticamente «vago» ya que remite, para integrarlo, a juicios de valor que ha de hacer el órgano jurisdiccional, lo que entraña un riesgo para la seguridad jurídica (Ferrajoli).

En este caso, a tenor del párrafo segundo del artículo 229 CPP, el órgano jurisdiccional no podrá resolver, sino después de haber oído en forma confidencial al testigo y de haber adquirido la convicción de si se trata, o no, de un secreto de Estado.

2.1.3. Dinámica de la prueba testifical.

2.1.3.1. Citación de los testigos.

Con arreglo a lo establecido por el artículo 318.2 CPP, el Secretario del Tribunal se encargará de la citación de los testigos para el acto del juicio.

Según el artículo 230 CPP, las personas que deban comparecer como testigos serán citadas por el órgano jurisdiccional conforme lo establecido genéricamente en el Código para las citaciones, en sus artículos 154 y 155.

Sin embargo, añade dicho artículo 230 CPP, «... en casos de urgencia, los testigos podrán ser citados personalmente, por teléfono o por medio de facsímile. ...».

Para facilitar su citación, los testigos deberán mantener informado al órgano jurisdiccional de los cambios que se operen en su domicilio (artículo 238 CPP). No se dice el plazo en que el testigo ha de hacer esta comunicación. Ricardo Pérez sugiere un máximo de quince días.

Será aplicable lo dispuesto por el artículo 234 CPP (Testigos cuya fuga u ocultación se teme), a cuyo tenor, si existieren fundadas razones para temer que un testigo pueda tratar de fugarse u ocultarse, el órgano jurisdiccional a petición de parte, podrá ordenar, por auto motivado, que sea conducido a su presencia por la fuerza pública, para que se le reciba declaración, a los efectos que procedan. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro horas.

El Ministerio Público podrá ordenar la aprehensión del testigo por un plazo máximo de seis horas, para gestionar la orden judicial.

Nótese, con Ricardo Pérez, que esta medida puede adoptarse sin necesidad de una previa citación del testigo. Si el peligro de fuga u ocultación surge durante el juicio oral, antes del momento en que el testigo ha de comparecer ante el Tribunal, su testimonio podrá adelantarse, alterando el orden inicialmente previsto. Si aún no se ha iniciado el juicio, habrá causa justificada para disponer la anticipación de la prueba.

En ocasiones, los testigos tratan de ocultarse a la acción del aparato jurisdiccional por temer a sufrir represalias. El artículo 237 CPP establece mecanismos encaminados a la protección de los testigos.

En efecto, cuando el órgano jurisdiccional, por propia iniciativa o por manifestación del testigo, aprecie que racionalmente existe un peligro grave para la persona o los bienes del testigo, de su cónyuge o compañero de vida, o de un ascendiente, descendiente o hermano de cualquiera de ellos, como consecuencia del testimonio que ha de prestar, deberá, oyendo a las partes, adoptar las medidas de protección que estime convenientes y, entre ellas, cualquiera de las siguientes:

- 1) Que no consten en las actuaciones que se lleven a cabo, el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión del testigo (que, figurando en documento que se guardará en sobre cerrado y sellado, sólo serán conocidos por el órgano jurisdiccional, y por el secretario), ni dato alguno que pudiera servir para conocer su identidad y localización, utilizándose para identificarlo en el procedimiento un número o clave;
- 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el público; y
- 3) Que se fije como domicilio, a efecto de comunicaciones, la propia sede del órgano jurisdiccional interviniente, por cuyo conducto serán enviadas reservadamente a su destinatario.

2.1.3.2. Lugar y tiempo de la práctica de la prueba testifical.

2.1.3.2.1. Lugar de la práctica de la prueba testifical.

Como regla general, se practicará en el lugar donde se celebre el juicio oral.

A tenor del artículo 231 CPP (Procedimiento para interrogar a testigos que no tienen su residencia en el lugar del asiento del órgano jurisdiccional), cuando uno o varios testigos no residan en el lugar en que tiene su asiento el órgano jurisdiccional que conoce de la causa, se librárá atenta comunicación al órgano jurisdiccional donde tenga su domicilio o residencia para que se practique el interrogatorio, insertando las preguntas en dicha comunicación, sin perjuicio de la facultad que tiene el órgano

jurisdiccional de practicar en forma directa la referida diligencia, así como, de lo establecido en el artículo 330 CPP, respecto a la práctica de la prueba testifical en el juicio oral.

Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo 231 CPP, que puede ser perfectamente justificable durante la instrucción, en evitación de molestias y gastos innecesarios (Ricardo Pérez), constituye una peligrosa excepción al principio de inmediación que ha de inspirar el desarrollo del juicio oral, en cuanto presupuesto de una adecuada valoración de la prueba.

Por eso, es recomendable generalizar lo establecido en el párrafo segundo, a cuyo tenor, en el caso de que el órgano jurisdiccional estime que es necesaria la comparecencia personal del testigo y éste resida fuera del lugar de su asiento, lo proveerá de fondos para los gastos ocasionados por el viaje.

Si el testigo se encuentra fuera del país, el Juez a petición de parte, dispone el artículo 235 CPP, ordenará que se envíe suplicatorio con el respectivo interrogatorio a las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre el testigo, para que preste declaración, que debería ser leída en juicio a fin de formar la convicción judicial del Tribunal. Ocurre, empero, que el caso no se encuentre incluido en el artículo 311 CPP, de modo que cabe una interpretación alternativa:

[a] Se puede entender que esta posibilidad sólo cabe durante la instrucción, aunque, si resultara imposible hacer comparecer en juicio al testigo que se encuentra en el extranjero, su declaración instructora se podría leer de acuerdo con lo previsto por el artículo 311.1.2) CPP.

[b] Cabe, alternativamente, considerar que lo dispuesto en el artículo 235 CPP completa el artículo 311 CPP, de modo que ese testimonio por auxilio judicial internacional habrá de disponerse como prueba anticipada, aunque excepcionalmente no se observe el principio de inmediación.

Justamente por lo que este segundo término de la alternativa tiene de excepción a un principio clave de los que han de inspirar el juicio oral, habrán de agotarse las posibilidades de hacer uso de lo previsto por el párrafo segundo del artículo 235, a cuyo tenor, podrá, a petición de parte interesada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y especialmente la utilidad y proporcionalidad de la medida y la demora procesal que pueda representar, viajar al lugar donde se halla el testigo para recibirle declaración, en los anteriores casos, si estuviere previsto por tratado o convenio de cooperación jurídica internacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 148 sobre incumplimiento, retardo o rechazo de un requerimiento, remisión que no se entiende bien en un caso de cooperación internacional. En cuanto a las partes, éstas serán citadas oportunamente para que puedan intervenir durante la deposición del testigo.

En cambio, resulta perfectamente explicable lo establecido por el artículo 232 CPP para el caso de incapacidad física de un testigo que le impida desplazarse hasta la sede del juicio. Cuando esto ocurra, la declaración del testigo será recibida por el órgano

jurisdiccional, en su casa de habitación o en el lugar donde se encuentre en presencia de las partes que intervengan en su deposición.

Los efectos de la incomparecencia injustificada de un testigo a la citación judicial o su negativa igualmente injustificada a comparecer aparecen regulados en los artículos 233 y 329, por remisión al 327 CPP.

Serán citados por segunda vez, pero el juicio continuará, entretanto, practicándose la prueba pendiente. Si no la hubiere, el juicio se suspenderá.

Al practicarse la segunda citación se advertirá al testigo que, si no comparece, será conducido por la fuerza pública y sin perjuicio de la pena que deberá aplicársele por delito de desobediencia.

Y, en efecto, si el testigo tampoco comparece a esta segunda citación y no alega causa justificada para ello, el Presidente del Tribunal ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública, y solicitará a quien lo propuso, colabore con la diligencia.

En el artículo 327 no se exige la previa instancia de la parte proponente. La aparente contradicción con el artículo 233 podría salvarse entendiendo que la parte puede renunciar a la práctica de ese testimonio, en cuyo caso sobraría el ejercicio de una coerción que carecería de sentido.

La colaboración que se exige a la parte proponente -sin duda inspirada en la práctica procesal anglosajona- ha de entenderse como exigencia de una actividad de persuasión del testigo a fin de que atienda la citación judicial.

2.1.3.2.2. Tiempo de la práctica de la prueba testifical.

La práctica de la prueba testifical aparece regulada como subsiguiente de la pericial, aunque en ocasiones podrá invertirse el orden, si el conocimiento de la información proporcionada por los testigos puede resultar útil para la mayor riqueza de la pericia.

Por lo demás, de conformidad con el primer párrafo del artículo 328 CPP, los testigos propuestos por el Fiscal y las partes, rendirán sus declaraciones en el orden que determine el Presidente del Tribunal.

2.1.3.3. Forma de practicar la prueba testifical.

Los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con terceras personas antes de rendir sus declaraciones. Tampoco podrán estar presentes en la audiencia mientras cualquiera de ellos rinde su deposición ni ser, directa o indirectamente, informados de lo que hayan manifestado otros testigos (artículo 328.2 CPP).

Antes de que inicie su deposición -dispone el artículo 236.1 CPP- el testigo prestará juramento de decir la verdad y será instruido sobre sus obligaciones y las responsabilidades que asume, si viola el juramento prestado.

El juramento se ha laicizado considerablemente. Lo recibirá, como ordena el artículo 129 CPP, el Presidente del Tribunal de Sentencia, previa advertencia, al deponente, de las penas aplicables al falso testimonio.

La fórmula del juramento será, de acuerdo con su párrafo segundo, la siguiente: «*Prometo decir la verdad, sólo la verdad y nada más que la verdad*», poniendo la mano sobre la Constitución de la República.

Como, de acuerdo con el artículo 129.3 CPP, si el declarante se niega a prestar juramento, se le tendrá por juramentado, queda claro que lo verdaderamente decisivo es el efecto profiláctico de la advertencia de las penas con que se castiga el delito de falso testimonio (Fortín Pavón).

Esta advertencia no tiene que consistir en la lectura de los artículos del Código Penal dedicados al falso testimonio. Esta lectura podrá resultar, en muchas ocasiones, incomprensible para el testigo. Bastará (y aún será mejor) que la presidencia del Tribunal advierta al testigo que el falso testimonio (esto es, decir mentira conscientemente) en un juicio penal como el que se está llevando a cabo, es delito, y está castigado normalmente con pena de cárcel de tres a cinco años, y puede llegar a seis años de reclusión si la mentira perjudica a la persona acusada.

Cada testigo será interrogado en forma separada de los demás y se dejará constancia en autos de su nombre y apellidos, estado civil, edad, profesión, nacionalidad y domicilio. También se dejará constancia en los autos, de si tiene vínculos de parentesco con alguna de las partes o interés en el asunto que es objeto del proceso.

Si el testigo teme por su integridad física o que el peligro existe respecto de otra persona, podrá indicar al órgano jurisdiccional, en forma reservada, el lugar en que vive o en que se encuentra, aunque no podrá ocultar su identidad.

Así se dispone en los párrafos segundo y tercero del artículo 236 CPP.

De acuerdo con el 330 CPP, una vez identificados, juramentados, advertidos de las consecuencias legales de sus actos si faltan a la verdad e interrogados sobre sus antecedentes, sus relaciones con las partes y demás circunstancias que sea conveniente conocer para valorar su testimonio, el Presidente del Tribunal le concederá la palabra para que exponga todo lo que sabe acerca de la acción u omisión sobre la cual versa la acusación.

El desarrollo del testimonio se desglosa en dos fases:

[a] una primera, narrativa, en la que el testigo proporcionaría, sin interrupción, la información que posee sobre el hecho enjuiciado; seguida de

[b] una segunda etapa, constituida por el interrogatorio contradictorio (la «*cross examination*») a cargo de las partes y, finalmente, si lo cree necesario, del mismo

Tribunal.

Los testigos expresarán la razón y origen de sus informaciones y designarán con la mayor precisión posible, a los terceros que se las hayan comunicado, cuando se trate de testigos de oídas o de referencia.

Los deponentes responderán de viva voz y sin consultar notas o documentos. Se exceptúan en cuanto a la consulta de notas o documentos, los peritos y demás personas que sean autorizadas para ello por el órgano jurisdiccional (artículo 130.1 CPP).

Terminada la deposición, establece el artículo 330 CPP, el Presidente del Tribunal permitirá que el testigo sea interrogado por quien lo propuso y por los demás intervinientes. Las preguntas no deberán ser capciosas ni sugestivas (artículo 130.2 CPP).

Los miembros del Tribunal podrán interrogar al testigo después de que lo hayan hecho las partes. Cualquiera de las partes podrá objetar las preguntas a que se refiere este párrafo y la objeción valdrá cuando así lo decida el Presidente del Tribunal (artículo 330 CPP).

El Presidente determinará el orden de los interrogatorios, los moderará e impedirá que se le formulen al testigo preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas. Evitará, además, que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad (artículo 330 CPP).

El artículo 328 CPP previene que el Presidente podrá después de que hayan rendido sus declaraciones, ordenar que los testigos continúen incomunicados entre sí, autorizarlos para que presencien la audiencia o facultarlos para que se retiren.

El artículo 331 CPP (Interrogatorio de menores de quince años) establece que el interrogatorio de las personas menores de quince años, no estará sujeto a las reglas anteriores. Será hecho directamente por las partes. Durante el interrogatorio, podrán estar presentes los padres del menor o su representante legal.

Si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor, el Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá dejarlo en suspenso.

En la valoración de lo expresado por dicho menor, se tendrá especialmente en cuenta su grado de madurez, su objetividad y las circunstancias en que tomó conocimiento de los hechos.

2.2. La prueba pericial.

La utilidad del asesoramiento de los peritos ha sido reconocida desde siempre. Del órgano jurisdiccional cabe presuponer que conoce el Derecho aplicable (*«iura novit curia»*), pero el tratamiento jurídico del caso puede exigir la aplicación de saberes extrajurídicos que el juzgador no conoce o no tiene por qué conocer. La prueba pericial

ha de proporcionárselos, ya en general ya aplicados al caso concreto.

A medida que la sociedad se hizo más compleja y tecnificada, la solución jurisdiccional de los conflictos dependió, en proporción creciente, de la información proporcionada por estos especialistas en los más diversos saberes extrajurídicos. La relación entre el Juez y el perito se enturbió. El profesor Barbero Santos se hacía eco, hace más de un cuarto de siglo, de una realista reflexión de Leferenz. «...Al juez corresponde, ciertamente,... la soberanía del juicio valorativo; al perito, en cambio, la soberanía de su especialidad. De iure... es el perito sólo un auxiliar del juzgador; de facto, sin embargo, decide no raramente el juicio...».

La conciencia de esta realidad abrió el debate -aún no cerrado- sobre la naturaleza de la pericia, y las pautas que han de regir la ponderación de su fuerza probatoria.

2.2.1. La especialidad de la prueba pericial. La función *colaboradora* del perito y su falsa especificidad.

Los especialistas siguen debatiendo si la pericia constituye un auténtico medio de prueba, puesto que contribuye a la producción del caso, y a la falsación de las alegaciones de las partes; o si el perito ha de considerarse, más bien, como un auxiliar del órgano jurisdiccional, al que suministran los elementos de juicio pertenecientes a la experiencia técnica, para que el juzgador pueda desarrollar adecuadamente su función, sin que pueda, en cambio, ser tenido por medio de prueba, porque no aporta afirmaciones instrumentales, con eficacia directamente representativa de hechos; o si ambas perspectivas resultan perfectamente compatibles.

La pericia es regulada en el Código Procesal como medio de prueba (artículos 239 a 250 y 326 y 327 CPP).

Su dictamen versará, de acuerdo con el numeral 1) del artículo 239 CPP, «... [sobre] puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística ...».

El dictamen, normalmente, no se reducirá a la aportación de esos conocimientos, sino que se extenderá a su aplicación al caso concreto para esclarecer el extremo discutido.

Además, la pericia procederá igualmente, de acuerdo con el numeral 2) del artículo 239 CPP «... [sobre] puntos de derecho[s] referentes a alguna legislación extranjera. ...».

El Derecho del foro (incluidas las normas internacionales que hayan pasado a formar parte de su Derecho interno) se presupone conocido por el Tribunal, pero no así el Derecho extranjero que pudiera ser aplicable en caso de reenvío, de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional Privado. Esta situación se producirá cuando la aplicación de la norma penal implique la resolución de alguna cuestión previa de naturaleza no penal.

A mediados del pasado siglo, la intervención de los peritos en el proceso no era objeto

de regulación independiente, sino que se reconducía -como aún ocurre, con el «*expert witness*», en el Derecho anglosajón- a la normativa del testimonio. Tenía su explicación, en cuanto el perito *daba testimonio* de las normas de experiencia técnica que, a diferencia de las de la experiencia vulgar, no pertenecen al acervo común del conocimiento humano y que el órgano judicial necesita para reconstruir o decidir el caso; y, de ser preciso, las aplicaba para descubrir algún extremo hasta entonces desconocido o esclarecer algún punto dudoso.

Un Médico Forense puede ilustrar al Juez o al Tribunal sobre la forma correcta en que ha de realizarse un acto curativo; y valorar si, dadas las circunstancias, se ha observado en el caso concreto enjuiciado. La primera tarea es estrictamente informativa; la segunda, es, además probatoria. En ambas, obviamente, el perito *colabora* con el órgano judicial, como también colabora el testigo, pero su colaboración es cualitativamente distinta.

El testigo aporta, como ya se ha explicado, información directamente representativa, que refleja -más o menos lejanamente- como un espejo lo sucedido; el perito, en cambio, sólo proporciona información instrumental que hace posible conocer o esclarecer hechos necesarios para la decisión del caso. Cuando el testigo entra en contacto con el hecho litigioso, éste todavía no se ha judicializado. El perito, en cambio, se aproxima a él cuando ya ha iniciado el procedimiento, y si lo ha presenciado queda inhabilitado para intervenir como perito (artículo 241.3 CPP). Un profesional puede, por ejemplo, haber tratado a una persona enferma, y ser citado en juicio para que informe sobre el tipo de enfermedad que padecía. Dejando a un lado la posibilidad de invocar el deber de secreto para eximirse de declarar, en caso de que decida hacerlo, intervendrá en concepto de testigo, aunque sea un «*testigo experto*», y pueda ser interrogado sobre aspectos de su quehacer profesional contestando preguntas de carácter técnico en cuanto puedan aclarar o enriquecer lo que realmente es un testimonio.

Queda esto muy claro en el artículo 240.2 CPP. En él se dispone que «... [las] personas que reúnan los requisitos para ser peritos pero que no han sido designadas por autoridad competente para actuar como tales, si toman conocimiento de un hecho sometido a investigación criminal y deben rendir declaración, lo harán en su condición de testigos y no de peritos. ...».

2.2.2. Capacidad para ser perito.

2.2.2.1. Aptitud.

De acuerdo con el artículo 240 CPP, sólo podrán actuar como peritos quienes ostenten título profesional expedido por autoridad competente si la profesión, arte o técnica de que se trate está regulada por la ley. Son los peritos «*titulados*» (mejor que «*titulares*», como los designa Ricardo Pérez).

Si no está regulada o si en el lugar donde ha de efectuarse la pericia no existen profesionales autorizados, podrán actuar como peritos las personas que por notoriedad,

se sabe que cuentan con los conocimientos requeridos sobre la materia de que se trate.

La «*notoriedad*» alude, aquí, al reconocimiento generalizado de los conocimientos de una persona en una determinada actividad técnica, pese a no contar con título que lo acredite.

2.2.2.2. Capacidad.

El perito ha de tener capacidad jurídica o general y capacidad de obras, desde el punto de vista jurídico civil.

Por eso no podrán actuar como peritos aunque reúnan los requisitos de aptitud, los absoluta o relativamente incapaces (artículo 241.1 CPP).

Pero también habrá de tener capacidad psicofísica para desempeñarlo.

2.2.2.3. Inhabilitaciones y prohibiciones.

Tampoco podrán intervenir como peritos, incluso aunque cuenten con la titulación correspondiente:

[a] Quienes deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, según el presente Código (la mera posibilidad de abstenerse de testificar inhabilita para ser perito);

[b] Quienes hayan presenciado el hecho (lo que impide trasplantar a nuestro sistema procesal la figura del «*testigo experto*»¹ (artículo 240.2 CPP); y

[c] Los inhabilitados por sentencia firme (artículo 241 [2-4] CPP).

2.2.3. Designación de peritos.

De acuerdo con el artículo 242 CPP, el Tribunal de Sentencia competente, seleccionarán los peritos, con conocimiento de las partes.

Su número será determinado según la complejidad de las cuestiones por plantear, para lo cual deberán considerarse las sugerencias del Ministerio Público y las partes.

Se podrá nombrar un solo perito cuando la cuestión no fuere compleja.

2.2.4. Determinación del objeto y plazo de la pericia.

Asimismo, se fijarán con precisión los temas de la pericia y el plazo para la presentación de los dictámenes. Así lo dispone el párrafo tercero del artículo 242 CPP.

2.2.5. Investidura del perito.

El perito o los peritos serán notificados de su designación.

Citado al efecto, el perito designado comparecerá ante el Tribunal para ser juramentado y posesionado en su cargo. La fórmula del juramento será la prevista en el artículo 129 CPP para los testigos (artículo 243 CPP).

El testigo, notificado de su designación y del objeto de su pericia, deberá manifestar si acepta o no el encargo recibido.

Si concurre en él alguna causa de incapacidad, inhabilitación o prohibición deberá hacerla saber al Tribunal.

También deberá comunicar su abstención en caso de concurrir en él alguna causa de recusación.

No concurriendo causa de incapacidad, inhabilitación, prohibición o recusación, prestará juramento y será investido de su cargo.

2.2.6. Recusación de los peritos.

Las partes -con arreglo al artículo 243 CPP- podrán recusar al perito o peritos por alguna causa legal de incapacidad y también por alguna de las causas de recusación de jueces, magistrados o auxiliares de los órganos jurisdiccionales, comprendidas en los numerales 1), 2), 5), 6), 7), 9), 10), 11), 12) y 13) del Artículo 83.

A saber:

- 1) Ser cónyuge, conviviente o compañero de hogar, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o de adopción o segundo de afinidad de alguna de las partes o de su mandatario o representante legal;
- 2) Estar o haber sido acusado, denunciado o querrellado por alguna de las partes como autor o cómplice de un delito o falta; ...
- 5) Ser o haber sido denunciante, Acusador Privado o querellante de quien recusa;
- 6) Ser o haber sido tutor o curador de alguna de las partes;
- 7) Haber estado bajo tutela o curatela de alguna de las partes; ...
- 9) Ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes;
- 10) Haber aconsejado o manifestado extrajudicialmente de alguna manera su opinión sobre la causa;
- 11) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes;

12) Haber recibido o esperar recibir en forma personal o directa o haberlo hecho su cónyuge o compañera de hogar, sus padres o hijos u otras personas que vivan a su cargo, beneficios de cualquier clase de alguna de las partes, o haber recibido las mismas personas, después de haberse iniciado el proceso, presentes o dádivas de cualquier valor de una de las partes; y

13) Haber intervenido o estar interviniendo como Juez en el mismo asunto, algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por adopción o el cónyuge o persona con quien hace vida marital.

Las relaciones personales que pueden dar lugar a la recusación del perito, serán las que medien entre éste y el Juez, cualquiera de los miembros del tribunal, o las partes.

Las partes deberán interponer la recusación hasta el momento en que se cite al perito para su juramentación y el órgano jurisdiccional oídas las demás partes, resolverá por auto motivado, lo que tenga por conveniente.

Una vez investido judicialmente, el perito procederá a cumplir el encargo recibido. Pondrá en conocimiento de quién lo designó, la fecha en que procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia. La autoridad que lo nombró, lo comunicará a las partes, para que puedan presenciar su práctica, salvo el caso en que esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el buen éxito de aquélla.

2.2.7. Obligatoriedad del desempeño del cargo.

El perito designado una vez que acepte el cargo, tendrá la obligación de desempeñar su cometido, salvo que alegue justa causa, valorada prudencialmente por el órgano que lo designó, previa audiencia de las partes (artículos 242.4 y 243 CPP).

El perito tendrá la obligación de abstenerse de desempeñar su cargo cuando concurra en él alguna causa de recusación, que pondrá en conocimiento de quién lo designó (artículo 243 CPP).

2.2.8. Operaciones periciales.

Hay que distinguir entre las operaciones periciales (por ejemplo, el examen médico de una persona) y el informe pericial consiguiente.

Como regla, siempre que sea posible, las operaciones periciales se efectuarán en la audiencia misma (artículo 326 CPP).

No siéndolo, el perito pondrá en conocimiento de quien lo designó, la fecha en que procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia. El Tribunal lo comunicará a las partes, para que puedan presenciar su práctica, salvo el caso de que esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el

buen éxito de aquélla (párrafo último del artículo 242 CPP).

2.2.9. Auxilio judicial a los peritos.

El Juez, a solicitud del Ministerio Público o de las partes, podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, o la comparecencia de personas, si ello es necesario para llevar a cabo las operaciones periciales (artículo 247.1 CPP). Parece que también podrá interesarlo el perito, cuando lo considere imprescindible para el mejor desempeño de su cometido.

La orden judicial de puesta coactiva de objetos a disposición del perito sólo procederá - a juicio de Ricardo Pérez- en caso de negativa al requerimiento del perito dirigido a la persona que los tenga en su poder.

También se podrá requerir al imputado o a otras personas, que escriban de su puño y letra lo que se les dicte, estampen su firma, graben su voz o realicen cualquier otro acto necesario para la pericia (artículo 247.2 CPP).

2.2.10. El informe del perito en juicio oral.

2.2.10.1. Citación de los peritos.

Los peritos serán citados en la misma forma que los testigos y tendrán el deber de comparecer al debate, durante el cual rendirán su informe de modo detallado, claro y preciso (artículo 244.1 CPP).

2.2.10.2. Incomparecencia del perito.

Regulan la situación los artículos 244 y 327 CPP.

Cuando el perito oportunamente citado, se negare a comparecer sin causa justificada, será citado por segunda vez.

El juicio se continuará para la práctica de la prueba pendiente si ello fuere posible, de no serlo, se suspenderá.

Si el perito, no compareciera a la segunda citación, el Presidente ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso, colabore con la diligencia.

La segunda citación del perito se hará bajo prevención de que si no comparece, será conducido por la fuerza pública y sin perjuicio de la pena que deberá aplicársele por el delito de desobediencia.

2.2.11. El informe o dictamen pericial.

Se rendirá en el acto del juicio oral. De ser varios los peritos que han de informar sobre

un mismo extremo, será útil su comparecencia simultánea, que facilitará la confrontación o careo (a tenor del artículo 260 CPP), en caso de divergencia.

Lo regulan los artículos 245 y 326 CPP.

[a] Identificación y juramento.

Los peritos

[a.1] Serán identificados.

[a.2] Prestarán juramento.

[a.3] Serán advertidos de las consecuencias legales de sus actos, si faltan a la verdad (responsabilidad penal por delito de falso testimonio: artículo 385 CP). Vale lo que ya queda anotado, a propósito de la prueba testifical, sobre la comprensibilidad de esta advertencia. En el caso de la pericia, al ser prestada por profesionales, puede tener un importante efecto disuasorio complementario la amenaza de sufrir pena de inhabilitación por tiempo de tres a ocho años.

[b] Emisión del informe.

En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito.

El informe verbal es compatible con la consulta de notas o apuntes que sin duda serán imprescindibles cuando hayan de citarse numerosos datos, que sería imprudente confiar a la memoria.

La pericia escrita previamente será leída en juicio -como exige la observancia de las pautas de inmediación, oralidad y publicidad- y ratificada por el perito. Podrá, éste, a continuación, completarlo con las observaciones o aclaraciones espontáneas que tenga por conveniente.

[c] Interrogatorio cruzado de las partes.

Los peritos responderán las preguntas que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del tribunal.

Las preguntas deberán referirse a extremos realmente útiles para el tratamiento del caso. No podrán ser capciosas ni sugestivas (artículo 130.3 CPP). La formulación de una pregunta compleja, que en realidad incluye una pluralidad de ellas, deberá ser rechazada por el Tribunal, requiriendo a la parte que la haya hecho para que formule sucesiva e independientemente cada una.

El Tribunal puede también formular preguntas al perito.

En ocasiones, esta oportunidad puede entrañar algún riesgo para su posición de órgano neutral, ya que su interrogatorio puede sugerir a cualquiera de las partes una vía de ataque o de defensa en la que anteriormente no había reparado. El problema es complicado. La finalidad del proceso es -según se expresa en el artículo 8 CPP- «... la realización pronta y efectiva de la justicia penal.» El Tribunal ha de tratar de llegar al conocimiento de la llamada «verdad material»; en realidad, la verdad a secas, porque la denominada «verdad formal» no es sino una reconstrucción convencional del hecho conflictivo, cuya realidad -por motivos muy diversos- puede tratar de ocultar las partes al tribunal. Del mismo modo que el órgano sentenciador puede -para neutralizar un intento de fraude de ley sustantiva o procesal (artículo 322.3 CPP)- oponerse a una solución negociada entre las partes, que truncaría el debate dando lugar a una sentencia de estricta conformidad, podrá hacer uso de su facultad de interrogar al perito cuando las preguntas hechas por las partes evidencien una tentativa de manipulación fraudulenta de la prueba. Fuera de ello, las preguntas innovativas del Tribunal de Sentencia pueden comprometer los principios de neutralidad del juzgador y de igualdad de armas procesales a disposición de las partes. Acaso pueda servir de criterio orientativo en este difícil conflicto de intereses -públicos y privados- el que inspira, en caso de duda, la opción por aquel término de la alternativa más favorable al reo; así, el tribunal estaría legitimado éticamente para formular la pregunta que, no hecha por la Defensa, podría servir para poner de manifiesto una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad del acusado, pero no, en cambio, para hacer aquélla que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

2.2.12. Protección de peritos.

Las medidas protectoras previstas por el Artículo 237 de este Código en relación con los testigos, serán aplicables a los peritos que intervengan en el procedimiento, siempre que concurran las circunstancias que aquel precepto tiene en cuenta para su adopción (artículo 248 CPP).

2.2.13. Honorarios de los peritos.

Los peritos tendrán derecho a cobrar honorarios, los cuales serán pagados por la parte que los proponga, salvo si reciben sueldo en concepto de funcionarios o empleados públicos y prestan el servicio en horas laborables (artículo 249 CPP).

2.2.14. Utilización de la pericia dispuesta en la investigación preliminar.

El Fiscal podrá ordenar pericias durante la investigación preliminar, pero sólo podrán incorporarse por lectura al debate si se hubieren seguido las reglas sobre el anticipo de prueba, bajo control jurisdiccional y quedando a salvo la posibilidad que tiene el tribunal, el Ministerio Público y las partes de exigir la declaración del perito durante el debate (artículo 246 CPP).

2.2.15. Unos peritos especiales: la colaboración en la comunicación. Los traductores e intérpretes.

El desconocimiento del idioma español, utilizable, como regla, en las actuaciones procedimentales (artículo 125 CPP), exige, para que el proceso funcione realmente como «espacio escénico comunicativo» para la presentación y tratamiento del caso litigioso (Hassemer), la intervención de un traductor o intérprete (101, 125, 310 CPP).

Son, en definitiva, peritos -en traducción o interpretación- a los que, con arreglo al artículo 250 CPP, será aplicable lo establecido en los artículos 244 (citación), 245 y 326 (intervención en el juicio), 247 (auxilio judicial), y 249 (honorarios).

Su singularidad reside en su carácter de *mediador* entre interlocutores en distintas lenguas, así como de *informador* de lo que terceras personas puedan hablar entre sí. Así, intermedia (como «*intérprete*») entre un acusado que no entiende el idioma español y la parte o el tribunal que no entiende el idioma de aquél; e informa («*traduce*») a dicho imputado lo que hablan terceras personas en otras fases del procedimiento.

3. Principales causas de nulidad de actuaciones.

En el curso de los interrogatorios, resulta difícil que se incurra en vicios determinantes de nulidad de actuaciones.

Hay que procurar, ante todo, hacer al imputado y a los testigos las advertencias relativas a su privilegio de no declarar y de no contestar a preguntas que puedan comprometer directamente al declarante o personas relacionadas con él por vínculos que fundamentan aquella facultad.

La admisión indebida de preguntas impertinentes, inútiles o capciosas provoca la inutilizabilidad de la respuesta pero, además, habrá que valorar si el resto del interrogatorio ha podido quedar sesgado por la respuesta a la pregunta improcedente, en términos semejantes a la doctrina de «*los frutos del árbol envenenado*».

En efecto, si la información proporcionada por la contestación a una pregunta inadmisibile ha constituido el comienzo de una cadena de preguntas al hilo de aquélla, todo el material probatorio conseguido quedará viciado por la inutilizabilidad inicial.

Hay que tener un gran cuidado en el interrogatorio de los peritos, a fin de no implicarlos en materias que no son de su competencia. Uno de los casos más llamativos consiste en la pregunta acerca de la *imputabilidad* del imputado.

La imputabilidad no es un concepto médico, sino jurídico, de manera que corresponde al tribunal establecer su concurrencia. Un perito puede informar si el acusado padece algún trastorno mental, cuál es su diagnóstico y cuáles sus efectos. Hasta aquí llega su informe. El Tribunal, con base en él, habrá de decidir si el sujeto es o no imputable y explicar por qué.

Aún más reprobable es utilizar al perito como un sedicente interrogador del acusado.

No es infrecuente que las partes y aun el órgano jurisdiccional pregunten al perito psiquiatra o psicólogo si, en la anamnesis, esto es, en el interrogatorio sobre antecedentes de hecho, el explorado admitió su participación en el hecho delictivo. De considerar admisible este tipo de preguntas, se llegaría a la aceptación de un interrogatorio sin garantías y, para colmo, practicado por un profesional sanitario, revestido de la aureola de secretividad y confianza característica de la relación entre el médico y el enfermo.

Abrir la posibilidad de que el perito proporcione en juicio la información adquirida en la exploración del imputado, con la sola condición de advertirle que todo lo que comunique podrá ser retransmitido en juicio, generaría el peligro de frustración de la eficacia de la prueba, ya que el interrogado se colocaría en una posición de prevención, con el consiguiente peligro de sesgar sus respuestas a su favor.

La lectura de la documentación de actos de investigación debe reducirse estrictamente a casos de imposibilidad o extraordinaria dificultad de practicar la prueba en juicio. De otro modo, la utilización de ese material como fuente de convicción podría dar lugar a la anulación del fallo.

En el Derecho angloamericano esta expresión sirve para designar al perito. Aquí se utiliza, en cambio, para aludir a la persona que, habiendo conocido extraprocesalmente datos de interés para la reconstrucción o el tratamiento jurídico del hecho enjuiciado, añade, a los conocimientos propios de la experiencia común, otros específicos de alguna ciencia, arte o técnica, que hacen que su observación de aquellos datos adquiera una perspectiva muy especial.

Es importante poner de relieve que la información que puede proporcionar ha sido adquirido extraprocesalmente. Un profesional lofoscopista puede aportar datos de hecho -por ejemplo, lugar donde se encontraron las huellas y descripción de su entorno- que conoce, empero, en la medida en que ha recibido el encargo de realizar una investigación determinada en el curso del procedimiento. Respecto de esos datos funciona como testigo, o, si se prefiere, el desempeño de su cargo adquiere una *dimensión testifical*.

El testigo experto, en cambio, ha adquirido la información de que dispone antes de la apertura del procedimiento o, mejor aún, al margen de él.

Ese testigo puede ser interrogado sobre el hecho en bruto, pero también sobre las valoraciones que de él puede hacer en cuanto poseedor de unos conocimientos técnicos determinados. De este modo se acumulan, en él, las funciones de testigo y de perito.

Al prestar declaración, deberá ser advertido que, a su eventual responsabilidad por falso testimonio en sentido estricto, se añadirían las propias del perito prevaricador en caso de que emita algún dictamen sin ajustarse a su «leal saber y entender».

En el «Manual de Derecho Procesal Penal», interpreté que cabía la posibilidad de introducir la figura del testigo experto. Los tajantes términos del artículo 240.2.2 CPP parecen, no obstante, impedirlo.

LECCIÓN 18: EL TESTIMONIO: CASOS ESPECIALES DE MENORES, VÍCTIMAS DE AGRESIÓN SEXUAL, TESTIGOS PROTEGIDOS. LOS CAREOS. LA PERICIA.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Barbero Santos, M., «Estudio Preliminar», en Alberca Llorente, R., Valenciano Gayá, L., Sánchez-Pedreño, J. y Ros de Oliver, B., «Psiquiatría y Derecho Penal. Estudio preliminar de MARINO BARBERO SANTOS», Tecnos, Madrid, 1965.

Beling, E., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943.

Carnelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJE, Buenos Aires, 1950.

Casado Pérez, J.M^a, «La prueba en el proceso penal», en Casado Pérez, J.M^a, López Ortega, J.K., Seoane Spiegelberg, J.L., Lemus, M.E., Marco Cos, J.M., Antón Blanco, J.L., Quintanilla, L.H., Escalante Saravia, A., Noubleau Orantes, P., «Derecho Procesal Penal Salvadoreño», Corte Suprema de Justicia y Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, 2000.

Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1960.

Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995
Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en Palacios Mejía, J.M^a, y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

Foschini, G., «L'imputato. Studi», Giuffrè, Milano, 1956.

Goldschmidt, J., «Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935», Bosch, Barcelona, 1935

González, G., «La prueba en el proceso penal hondureño», en Vivas, G. (Coordinador) Manual de Derecho Procesal Hondureño, 2000, pág. 202

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en «Código Procesal Penal comentado (Honduras)», Corte Suprema de Justicia/Congreso

Nacional/Cooperación Española/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, pág. 494

Fortín Aguilar, M.A., Comentario al artículo 310, Ibidem, pág. 507.

Palacios Mejía, J.M^a., y **Fernández Entralgo, J.**, «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

Pérez, R., Comentario a los artículos 198 a 262, en Palacios & Fernández .

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995.

Serra Domínguez, M., «Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria», en «Revista de Derecho Procesal», 1968; «Declaración del imputado e indagatoria», en «Nueva Enciclopedia Jurídica», XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss.; «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962

Vázquez Sotelo, J.L., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984.

Viada López-Puigcerver, C. y Aragonese Alonso, P., «Curso de Derecho Procesal Penal», Madrid, 1970

Vivas, G. (Coordinador), «Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño», Corte Suprema de Justicia y Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 2003

BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

Alonso Quecuty, M^a.L., «Creencias erróneas sobre los testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal». Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1997

Beristain Ipiña, A., «¿La Sociedad/Judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos?», en «La Victimología», Cuadernos de Derecho Judicial, 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 161-222

Bierhoff, H.W., Buck, E. y Klein, R., «Attractiveness and respectability of the offenders as factors in the evaluation of criminal cases», en Wegener & otros, 1989

Binet, A., «La suggestibilité». Schleicher. Paris. 1900

Bohannon, J. N., «Arousal and memory: Quantity and consistency over the years», en Winograd y Neisser, págs. 65-91.

Carrasco Gómez, J.J., y Maza Martín, J.M., «Psiquiatría legal y forense», La Ley-

Actualidad, Madrid, 1997

Cataldo Neugurger, L. de, «Psicologia della testimonianza e prova testimoniale», Giuffrè, Milano, 1988

Ceci, S. J.; Foss, D., y Toglia, M. P., «Suggestionability of children's memory: psycholegal implications. Journal of Experimental Psychology», General, 116, 1987, págs. 38-49

Christianson, S. A., «The relationship between induced emotional arousal and amnesia». Scandinavian Journal of Psychology, 25, 1984, págs. 147-160.

Christianson, S. A., «Emotional stress and eyewitness memory: A critical review». Psychological Bulletin, 112, 1992, págs. 284-309.

Crombag, H.M., «When Law and Psychology meet», en Wegener & otros, 1989

Davies, G.M., Ellis, H.D., y Sheperd, J., «Perceiving and remembering faces», Academic Press, London, 1981

Davies, G.; Stevenson-Robb, Y., y Flin, R., «Telling tales out the school: Children's memory for an unexpected event», en M. Gruneberg, P. Morris y R. Sykes, 1988

Davies, G.; Tarrant, A., y Flin, R., «Close encounters of the witness kind: Children's memory for a simulated health inspection». British Journal of Psychology, 80, 1989, págs. 415-429.

Dent, H. R., y Stephenson, G., «An experimental study of the effectiveness of different techniques of questioning child witnesses». British Journal of Social and Clinical Psychology, 18, 1979, págs. 411-451.

Deffenbacher, K. y Horney, J., «Psycho-legal aspects of face identification», en Davies, G.M., Ellis, H.D., y Sheperd, J., 1981

Diesen, Ch., Sánchez Heras, J., del Molino Alonso, C., Horno Goicoechea, P., y Santos Núñez, A., «Niños y niñas víctimas de abuso sexual y el procedimiento judicial», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004

Diges, M. y Alonso-Quetcuty, M.L., «Psicología forense experimental», Promolibro, Valencia, 1993

Erdelyi, M. H., «Repression, reconstruction, and defense: history and integration of the psychoanalytic and experimental frameworks», en Singer, págs. 1-31

Flin, R., «Age effects in children's memory for unfamiliar faces». Developmental Psychology, 16, 1980, págs. 373-374

García Quesada, M^a.T., «El miedo de los testigos», en «La prueba en el proceso Penal», Cuadernos de Derecho Judicial, 1/1992, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 393/402

Gimeno Jubero, M.A., «El testimonio de niños», La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Formación Continuada (12), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 143 y ss.

Gruneberg, Morris, P., y Skes (eds.): «Practical aspects of memory». Willey. Chichester: 1988

Gudjonsson, G., «The psychology of interrogations, confessions and testimony», John Willey & sons, Chichester/New York/Brisbane/Toronto/Singapore, 1992

Hammersley, R., y Read, J. D., «Voice identification by humans and computers», en Sporer, Malpass y Koehnken, págs. 117-152

Ibade, I., «Factores que influyen en la relación confianza-exactitud de los testigos presenciales», Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminología. (9), septiembre 1999

Keane, A., «The modern Law of Evidence», Butterworths, London-Edinburgh, 1989

Lloyd, S.M. y Clifford, B.R., «Evaluating Witness Evidence», Wiley & Sons, New York, 1983

Loftus, E. F., «Eyewitness testimony». Cambridge: Harvard University Press. 1979

Loftus, E. F., «Memory». Washington: Addison-Wesley Publishing. 1980 (Traducción española: «Memoria». Continental, México, 1985)

Loftus, E.F., y Davies, G. M. (1984): «Distortions in the memory of children». Journal of Social Issues, 40, 1984, págs. 51-67.

Malpass, R.S. y Devine, P., «Eyewitness identification: Lineup instructions and the absence of the offender», en «Journal of Applied Psychology», 66, 1981, págs. 482 y ss.

Mira, J. J., y Diges, M., «Teorías Intuitivas sobre Memoria de Testigo: Un examen de metamemoria». Revista de Psicología Social, 6, 1991, págs. 47-60.

Muñoz Sabaté, L., «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967

Muñoz Sabaté, LL., «Sobre la falta de controles probatorios», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1979, reproducido en sus «Estudios ...», 1987

Muñoz Sabaté, LL., «Estudios de Práctica Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1987

Pastor Alcoy, F., «Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia», tirant lo blanch, Valencia, 2003

Peters, D. P., «Eyewitness memory and arousal in a natural setting», en M. Gruneberg, P. Morris y R. Sykes, 1987

Romero Coloma, A.M^a., «Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad», Thomson-Civitas, Madrid, 2004

Ross, D.F., Ceci, S.J., Dunning, D. y Tolia, M.P., «Unconscious transference and lineup identification: Toward a memory blending approach», en Ross, Real y Tolia, págs. 80 y ss.

Ross, D.F., Real, J.D. y Tolia, M.P., «Adult eyewitness testimony. Current trends and developments.», Cambridge University Press, 1994

Shapiro, P. N., y Penrod, S., «Meta-analysis of facial identification studies». Psychological Bulletin, 100, 1986, 139-156

Shepherd, J.W., Ellis, H.D. y Davies, G.M., «Identification evidence», Aberdeen University Press, Aberdeen, 1982

Sobral, J., Arce, R. y Prieto, A., «Manual de Psicología Jurídica», Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1994

Sobral Fernández, J. y Prieto Eder, A., «Psicología y Ley», EUDEMA, Madrid, 1994
Yarmey, A.D., «Eyewitness evidence: Memory for a perpetrator's voice», en Ross, Real y Tolia, págs. 101 y ss.

Yarmey, A.D. y Jones, H.P., «*Is the psychology of eyewitness identification a matter of common sense?*», en Lloyd y Clifford 1983

Carrasco Gómez, J.J., y Maza Martín, J.M., «Psiquiatría legal y forense», La Ley-Actualidad, Madrid, 1997

Cataldo Neugurger, L. de, «Psicologia della testimonianza e prova testimoniale», Giuffrè, Milano, 1988

Ceci, S. J.; Foss, D., y Tolia, M. P., «Suggestibility of children's memory: psycholegal implications. Journal of Experimental Psychology», General, 116, 1987, págs. 38-49

Ceci, S., y Bruck, M., «The suggestibility of the child witness: A historical review and

synthesis». *Psychological Bulletin*, 113, 1993, págs. 403-439.

Christianson, S. A., «The relationship between induced emotional arousal and amnesia». *Scandinavian Journal of Psychology*, 25, 1984, págs. 147-160.

Christianson, S. A., «Emotional stress and eyewitness memory: A critical review». *Psychological Bulletin*, 112, 1992, págs. 284-309.

Crombag, H.M., «When Law and Psychology meet», en Wegener & otros, 1989

Davies, G.M., Ellis, H.D., y Sheperd, J., «Perceiving and remembering faces», Academic Press, London, 1981

Davies, G.; Stevenson-Robb, Y., y Flin, R., «Telling tales out the school: Children's memory for an unexpected event», en M. Gruneberg, P. Morris y R. Sykes, 1988

Davies, G.; Tarrant, A., y Flin, R., «Close encounters of the witness kind: Children's memory for a simulated health inspection». *British Journal of Psychology*, 80, 1989, págs. 415-429.

Dent, H. R., y Stephenson, G., «An experimental study of the effectiveness of different techniques of questioning child witnesses». *British Journal of Social and Clinical Psychology*, 18, 1979, págs. 411-451.

Deffenbacher, K. y Horney, J., «Psycho-legal aspects of face identification», en Davies, G.M., Ellis, H.D., y Sheperd, J., 1981

Diesen, Ch., Sánchez Heras, J., del Molino Alonso, C., Horno Goicoechea, P., y Santos Núñez, A., «Niños y niñas víctimas de abuso sexual y el procedimiento judicial», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004

Diges, M. y Alonso-Quetcuty, M.L., «Psicología forense experimental», Promolibro, Valencia, 1993

Flin, R., «Age effects in children's memory for unfamiliar faces». *Developmental Psychology*, 16, 1980, págs. 373-374

Gimeno Jubero, M.A., «El testimonio de niños», La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Formación Continuada (12), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 143 y ss.

Gruneberg, Morris, P., y Skes (eds.): «Practical aspects of memory». Willey. Chichester: 1988

Gudjonsson, G., «The psychology of interrogations, confessions and testimony», John Willey & sons, Chichester/New York/Brisbane/Toronto/Singapore, 1992

Huertas Martín, M.I., «*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*», J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999

bade, I., «Factores que influyen en la relación confianza-exactitud de los testigos presenciales», *Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminología*. (9), septiembre 1999

Keane, A., «*The modern Law of Evidence*», Butterworths, London-Edinburgh, 1989

Lloyd, S.M. y Clifford, B.R., «*Evaluating Witness Evidence*», Wiley & Sons, New York, 1983

Loftus, E. F., «*Eyewitness testimony*». Cambridge: Harvard University Press. 1979

Loftus, E. F., «*Memory*». Washington: Addison-Wesley Publishing. 1980 (Traducción española: «*Memoria*».Continental, México, 1985)

Loftus. E.F., y Davies, G. M. (1984): «Distortions in the memory of children». *Journal of Social Issues*, 40, 1984, págs. 51-67.

Lorca Navarrete, A.M., «*La diligencia de reconocimiento de voz*», en «*LA LEY*», 1987-2, págs. 1159 y ss.

Malpass, R.S. y Devine, P., «Eyewitness identification: Lineup instructions and the absence of the offender», en «*Journal of Applied Psychology*», 66, 1981, págs. 482 y ss.

Mira, J. J., y Diges, M., «Teorías Intuitivas sobre Memoria de Testigo: Un examen de metamemoria». *Revista de Psicología Social*, 6, 1991, págs. 47-60.

Muñoz Sabaté, L., «*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*», Praxis, Barcelona, 1967

Muñoz Sabaté, LL., «*Sobre la falta de controles probatorios*», en «*Revista Jurídica de Cataluña*», 1979, reproducido en sus «*Estudios ...*», 1987

Muñoz Sabaté, LL., «*Estudios de Práctica Procesal*», Librería Bosch, Barcelona, 1987

Pastor Alcoy, F., «*Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*», tirant lo blanch, Valencia, 2003

Peters, D. P., «Eyewitness memory and arousal in a natural setting», en M. Gruneberg, P. Morris y R. Sykes, 1987

Power, P. A., Andriks, J. L., y Loftus, E. F., «Eyewitness accounts of females and males». *Journal of Applied Psychology*, 64, 1979, págs. 339-347.

Romero Coloma, A.M^a., «Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad», Thomson-Civitas, Madrid, 2004

Ross, D.F., Ceci, S.J., Dunning, D. y Toglia, M.P., «Unconscious transference and lineup identification: Toward a memory blending approach», en Ross, Real y Toglia, págs. 80 y ss.

Ross, D.F., Real, J.D. y Toglia, M.P., «Adult eyewitness testimony. Current trends and developments.», Cambridge University Press, 1994

Shapiro, P. N., y Penrod, S., «Meta-analysis of facial identification studies». Psychological Bulletin, 100, 1986, 139-156

Shepherd, J.W., Ellis, H.D. y Davies, G.M., «Identification evidence», Aberdeen University Press, Aberdeen, 1982

Singer, J.L. (ed.): «Repression and dissociation: Implications for personality theory, psychopathology, and health». University of Chicago Press. Chicago, 1990

Sobral, J., Arce, R. y Prieto, A., «Manual de Psicología Jurídica», Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1994

Sobral Fernández, J. y Prieto Ederra, A., «Psicología y Ley», EUDEMA, Madrid, 1994

Sporer, S., Malpass, M., y Koehnken, G. (eds.), «Psychological issues in eyewitness identification», Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1996

Velasco Núñez, E., «El reconocimiento o identificación del autor de una infracción delictiva», en «Poder Judicial», 24 (1991), págs. 131 y ss.

Winograd, E. y U. Neisser (eds.), «Affect and accuracy in recall: The problem of "flashbulb" memories». Cambridge University Press. New York. 1992

Yarmey, A.D., «Earwitness evidence: Memory for a perpetrator's voice», en Ross, Real y Toglia, págs. 101 y ss.

Yarmey, A.D. y Jones, H.P., «Is the psychology of eyewitness identification a matter of common sense?», en Lloyd y Clifford 1983

1. El testimonio. Recordatorio.

El testigo proporciona información directamente representativa de lo sucedido. Sus manifestaciones lo reflejan total o parcialmente a modo de *registro personal*. El testigo ha percibido sensorialmente, de forma personal y directa, lo ocurrido, o parte de ello, y lo *traslada* al Tribunal de Sentencia; sin que se oponga a estas consideraciones la admisión de l testigo de referencia (de oídas; el «*hearsay*» angloamericano), que es, en realidad, testigo de un testimonio, testigo de las manifestaciones que hace el que lo fue directamente del hecho enjuiciado; de ahí la aprensión que suscita la fiabilidad de este testimonio impropio.

La relación que guarda el testigo con el hecho justiciable es claramente extraprocesal, porque nace cuando ese hecho se está desarrollando, y aún no se ha iniciado procedimiento alguno, o éste no ha sido determinante de la toma de contacto del testigo con el suceso.

Obviamente, el testigo no trasmite sus percepciones en estado bruto, sino su elaboración de lo percibido, lo que supone un inevitable riesgo de interpretación personal; riesgo que se reproduce cuando ha de trasladar sus recuerdos en la Sala de Justicia. A la valoración de la prueba testifical corresponde la ponderación de la credibilidad y fiabilidad que ha de atribuirse al testimonio prestado.

A tenor del artículo 226 CPP, todos los habitantes del país «... tienen la obligación de atender las citaciones que les libren los órganos jurisdiccionales, para declarar lo que sepan sobre un delito. Se excluyen únicamente los absolutamente incapaces y las personas [a quienes exime expresamente de ello el Código Procesal Penal] ...».

De su párrafo último se infiere que carecen de capacidad para ser testigos «... los absolutamente incapaces ...».

Ricardo Pérez afirma contundentemente que, en nuestro sistema procesal penal «... [la] capacidad para ser testigo no tiene prácticamente límites, puesto que en el proceso penal cualquier persona, sea cual fuere su edad y circunstancias, puede ser testigo, a no ser que sea un incapaz física y psíquicamente ...»¹

Gina González² comenta más ampliamente:

«... En principio ... solamente carecería de capacidad para ser testigo quien por deficiencia física o psíquica no esté *absolutamente* en condiciones de *percibir* por sus sentidos, o pudiendo percibir, no pueda *transmitir* sus percepciones del modo previsto en la ley. ... No cualquier incapacidad física (sobreviniente con posterioridad o permanente) inhabilita a la persona para declarar, lo que en ciertos casos sólo

representará una modificación del trámite para la recepción de su declaración ...».

Podrán, pues, testificar los menores de edad, los sordos, los mudos y los sordomudos, los ciegos e incluso los dementes pues «... “la enfermedad mental no siempre quita o altera toda facultad intelectual, y se puede localizar en determinados centros de la actividad psíquica, dejando más o menos inmunes a los demás”³ y, en consecuencia, será materia de valoración de su mayor o menor fuerza convictiva en función de la mayor o menor verosimilitud del testigo ...»⁴.

2.1.3.1. Criterios para la valoración del testimonio.

Mira y Diges se han ocupado específicamente de la fiabilidad del recuerdo de los testigos presenciales. He aquí el resultado de sus investigaciones:

[a] Testimonio bajo condiciones de amenaza.

Una persona que experimenta un intenso estrés al ser víctima de un crimen, tendrá menor capacidad para fijarse y para recordar detalles de lo sucedido que la que tiene en condiciones normales.

[b] Capacidad de atención de la víctima de una agresión con empleo de un arma.

La generalidad de las personas consideran que una situación emocional de estrés contribuye a memorizar más contenido y a una mayor persistencia del recuerdo. Los estudios especializados permiten concluir que, muy al contrario, el *estrés* perjudica a la capacidad de atención del testigo, lo que significa un peor recuerdo.

La relación entre el estrés y la memoria es el resultado de complejas interacciones entre una serie de variables.

Christianson (1992) menciona las siguientes:

[a] el tipo de suceso: emocional o neutro;

[b] el tipo de detalles a recordar: centrales o periféricos dentro de un escenario emocional, o información circunstancial que preceda o siga al suceso;

[c] la demora en la toma de declaración: recuerdo inmediato o demorado, y

[d] las condiciones de recuerdo: la presencia de suficientes ayudas, el estado de ánimo, claves contextuales, varios intentos de recuerdo, etcétera.

En un suceso que produce un fuerte impacto emocional, la atención de la víctima se centra en los aspectos más llamativos. La persona a la que se ha puesto un cuchillo al cuello, estará básicamente pendiente del arma y de los movimientos de la mano que la esgrime, aunque preste atención, obviamente, a las palabras de su agresor.

Ocasionalmente se produce, en cambio, en esas situaciones, lo que se llama el

recuerdo de destello (flashbulb memories). El testigo recuerda detalles aparentemente anodinos (una sortija, un tatuaje, la falta de una pieza dentaria) más detalladamente y durante más tiempo que si se enmarcaran en un suceso emocionalmente neutro.

Hay coincidencia en que, un contexto con fuerte carga emocional, se tiene un recuerdo cuantitativa y cualitativamente más pobre de los detalles periféricos y de los hechos que precedieron o siguieron al núcleo del suceso. Sin embargo cabe recuperarlos recurriendo a claves contextuales, aguardando un tiempo, hasta que desaparece el *choque* inicial⁵ o haciendo que el testigo repita el relato varias veces⁶.

Hombres y mujeres recuerdan mejor los hechos no violentos que los violentos; y es mejor el recuerdo de las características de personas de su propio sexo⁷. Y, contra lo que se cree, los estudios de Mira y Diges apuntan a que las mujeres resultan mejores testigos en algunos aspectos, por ejemplo, a la hora de recordar las ropas que vestían las personas implicadas en el hecho⁸.

Mira y Diges creen empíricamente verificado que los ancianos son tan competentes como los testigos jóvenes, aunque acusen más el paso del tiempo; y advierten que la fiabilidad de su identificación visual de una persona no depende de su capacidad para describirla.

Consideran, en cambio, a los niños poco fiables como testigos por ser especialmente sugestionables. Alonso Quetcuty matiza que ello sólo puede considerarse aplicable a los niños en edad preescolar.

La percepción del tiempo se modifica al presenciar un hecho impactante. Al testigo le parece que el hecho duró más tiempo del real.

El recuerdo de las facciones de una persona, cuyo rostro se ha visto fugazmente se pierde después de un mes.

La indicación de la fotografía de una persona como participante en un hecho puede viciar un posterior reconocimiento cuando le es presentado un grupo o *rueda* de personas.

La percepción visual y el recuerdo de un hecho está, sin duda, muy relacionada con la iluminación de la escena, pero no sólo de ella. Otros factores puede contribuir a deteriorar el recuerdo: el tiempo transcurrido entre la percepción y la identificación (a mayor demora, más riesgo de error); la previa visión de fotografías (riesgo de transferencia inconsciente); la presencia o la ausencia del sospechoso en la rueda.

Desmintiendo una creencia muy extendida, la firmeza que demuestra un testigo en su identificación no ha de tomarse como indicio de mayor fiabilidad. La aceptación de un margen de error puede no revelar sino una mayor capacidad de autocrítica de la propia memoria, lo que hace al testigo más digno de confianza.

Yarmey introduce una nueva e interesante cuestión. En muchas ocasiones, el testigo

no ha podido percibir visualmente al autor de la infracción, o su percepción ha sido muy incompleta, pero, en cambio, ha podido escuchar su voz, su modo de expresarse verbalmente. Esto ocurre con frecuencia en casos de delitos cometidos en un ambiente poco iluminado, o cuyo autor actúa enmascarado, o cuando se cometen mediante una comunicación telefónica. Surge, entonces, la posibilidad de un reconocimiento no de personas sino de voces.

Velasco Núñez y Huertas Marín distinguen entre reconocimiento «*de voz*» y el reconocimiento «*por la voz*».

En el primer caso, una persona que ha escuchado una voz trata de identificarla con alguna de las diferentes voces que se le hacen escuchar, a fin de identificar a quién corresponde la oída por aquélla. Se corresponde con la identificación sobre un grupo o rueda de personas.

Otra variante consiste en la utilización de un procedimiento pericial para investigar si una voz registrada en un soporte magnético corresponde a la de una persona determinada. La identificación del imputado se traslada así al campo de la investigación pericial, aunque quepan otros procedimientos identificadores (al margen de su fiabilidad), incluida la percepción personal del órgano jurisdiccional.

En realidad, nada impediría incluirla como modalidad de la identificación «*por la voz*»: una duda en la identificación visual puede disiparse mediante la audición de la voz de la persona dubitada por el testigo que escuchó la del autor del delito.

Luisella de Cataldo recuerda que el interés del reconocimiento de voz se agudiza a partir de la sentencia del caso «*U.S. v. Hauptmann*», en que el tribunal norteamericano tomó en cuenta el testimonio de Charles Lindbergh, quien reconoció la voz del acusado, que había escuchado, en el curso de una conversación telefónica, nada menos que tres años antes.

En su Sentencia de 12 de abril de 1984, el Tribunal italiano de casación entendió que «... el reconocimiento de voz es admisible en virtud del principio de libertad de prueba, no siendo incompatible con el sistema de la ley procesal penal ... Al reconocimiento de voces no son aplicables los requisitos prescritos para el reconocimiento de personas. En todo caso, al practicarlo, no se debe prescindir de esos requisitos, encaminados a disminuir la probabilidad de error en la identificación de las personas ... El reconocimiento de voces llevado a cabo sin intercalar voces extrañas con aquella que ha de ser reconocida, y sin reproducir condiciones similares a aquellas en que fue escuchada la voz que es objeto de examen, sólo puede tener valor de indicio. El juez debe valorar los resultados con mayor rigor, recurriendo también a elementos de corroboración ...»⁹.

El reconocimiento de voz se configuraría, de este modo, como sugiere Lorca Navarrete, como una actuación instructora más, dentro de las relativas a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, y, todavía más en concreto, de las destinadas a fijar la identidad del delincuente y sus circunstancias personales.

No coincide, en su objeto ni en su contenido, con el reconocimiento en rueda de personas, porque, no recae sobre el aspecto externo de éstas, perceptible primordialmente (ya que la percepción es un fenómeno muy complejo) por el sentido de la vista, sino que tiene por objeto la percepción auditiva de la voz humana, o, con mayor exactitud, habitualmente, de la articulación de una serie de fonemas dotada de sentido comunicativo en una lengua determinada. Cuestión diferente¹⁰ es que, afalta de regulación legal específica, se aprovechen, por analogía, las normas que dedica el Código Procesal Penal al reconocimiento en rueda de presos (artículos 253 y siguientes CPP)¹¹.

La ausencia de taxatividad del sistema de prueba en el actual modelo de proceso penal, abre la posibilidad de su utilización, construyendo una normativa específica básicamente sobre esos preceptos destinados a regir la práctica de la exhibición de un conjunto de personas al testigo presencial del hecho, para que indique si vio que alguna de ellas hubiese tenido participación relevante en él.

A la hora de decidir sobre la utilidad de la práctica de esta modalidad de reconocimiento, no se deberá olvidar que, como subraya Yarmey, es opinión consolidada en la bibliografía especializada que, a partir de un lapso de veinticuatro horas, la fiabilidad de la identificación de la voz comienza a ser progresivamente menor.

Los expertos enuncian las condiciones específicas para que la identificación de una voz pueda ser fiable.

Ante todo, es preciso evaluar la capacidad auditiva del testigo mediante un previo reconocimiento por un médico especialista en Otorrinolaringología.

Del mismo modo que en el reconocimiento visual ha de evitarse que el testigo quede *contaminado* por la previa visión del detenido o del imputado, se debe procurar que el testigo no tenga ocasión de escuchar al sospechoso, para conjurar el riesgo de *transferencia inconsciente*.

Al testigo ha de presentarse una pluralidad de voces. Se recomienda que se hagan escuchar unas veinte muestras. Cada muestra puede consistir en un período largo, o en una sucesión de fragmentos más breves (alrededor de unas treinta palabras) entre los que se deja mediar un cierto tiempo. A la hora de elegir, no se debe olvidar que los especialistas parecen concordar en que la corrección del reconocimiento no requiere demasiado tiempo de percepción, pero se enriquece mediante percepciones sucesivas¹²

Las voces que han de ser objeto de comparación deben presentar características similares. Lorca Navarrete recomienda, para ello, el auxilio de peritos en la materia.

En la bibliografía especializada se discute si es preferible que el reconocimiento se practique haciendo escuchar al testigo una sucesión de frases o párrafos, pronunciados sucesivamente por distintas personas a las que, a la vez, puede ver; o si es más

aconsejable que se evite la visión de quienes hablan para que no se interfieran las percepciones visual y auditiva.

En caso de limitar la percepción al plano auditivo, se discute, a su vez, si es preferible la audición directa de las voces de quienes hablan, o grabar la sucesión de muestras en cinta magnetofónica, dando lugar a lo que Lorca Navarrete ha dado en llamar «*rueda de magnetofones*». Posiblemente por dificultades prácticas se prefiere utilizar este último sistema; no obstante, en tal caso, habrá que extremar el cuidado para el registro no distorsione las características de las voces originales.

Se desaconseja que el texto coincida con las palabras escuchadas por el testigo al tiempo de ocurrir el hecho, para evitar que sesgos de entonación provoquen resultados *falsos-positivos* o *falsos-negativos*. El volumen de voz debe corresponder con el original. Si la persona a la que oyó el testigo hablaba en susurros, la rueda debe realizarse con muestras de voz susurrantes. Los encargados de hacer escuchar la grabación con las muestras de voces no deberían conocer cual es la muestra que corresponde a la voz del sospechoso, para evitar el denominado *efecto Yes*.¹³.

3. Casos especiales.

3.1. El testimonio de «*personas interesadas*»: el testimonio de la persona coacusada, de menores y de la víctima.

3.1.1. El testimonio de la persona acusada.

Los testigos no pueden ser recusados invocando una posible relación con cualquiera de las partes (o personas especialmente allegadas a ellas) que arroje cualquier sombra de sospecha de parcialidad, consciente o inconsciente. Si existe, una vez probada, podrá servir de base a la argumentación encaminada a desacreditar el testimonio de la persona a quien afecte. Esto no obstante, si efectuada la crítica de las declaraciones del testigo, éstas resultan creíbles y fiables, podrán ser utilizadas procesalmente.

El mismo imputado puede funcionar como testigo respecto de quien lo sea en el mismo proceso, o en otro diferente.

Carnelutti distingue estas cuatro situaciones:

[a] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona, descargándose a sí mismo de ella («*chiamata in reità*»: llamada al [verdadero] responsable al procedimiento).

[b] El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona corresponsable, con aquél, del delito («*chiamata di correo*» o «*in correità*»: llamada a un co-reo o corresponsable).

[c] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito conexo (sustantiva o procesalmente) con el imputado a aquél.

[d] El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito carente de conexión con el imputado a aquél.

Como, respecto de estos hechos que se imputan a un tercero el imputado actúa como testigo, tendrá -se insiste, en cuanto a ellos- el estatuto jurídico del testigo, sin disfrutar de los privilegios del imputado.

En el Código Procesal Penal no se hacen estos distinguos. Cuando se regula la declaración de los acusados, parece presuponer la tónica de descargo de propia responsabilidad frente a la imputación formulada.

Aunque el interrogatorio del coimputado tenga una doble vertiente, que incluye su papel como testigo en relación con aquellos que se refiere al otro u otros coacusados, su declaración será sin embargo, única, lo que obligará a que, al ser instruido de sus derechos como imputado, sea advertido de que, en cuanto a las preguntas que se refieran a la posible responsabilidad de un tercero, está sujeto a las mismas responsabilidades que el testigo ordinario en caso de falso testimonio.

3.1.2. El testimonio de menores.

El valor de una declaración depende de la sinceridad de su autor y del grado de correspondencia entre el contenido de aquélla y la realidad. Importa que el manifestante diga «su» verdad, y que ésta sea «la» verdad¹⁴.

La crítica de la credibilidad y de la fiabilidad del testimonio son campo abonado para una mitología, plagada de errores, de los que participan lo mismo los profesionales jurídicos que los legos en Derecho. «... Por lo general -sintetizan Diges y Mira- se supone que el testimonio de un ciudadano normal, que nunca ha tenido problemas con la ley, y que acude diariamente a su trabajo, ha de tener cierta credibilidad, puesto que no es probable que pretenda engañar y estorbar la labor de la Justicia. En contra de esta opinión, el hecho es que los psicólogos que estudian la memoria han mostrado empíricamente que el recuerdo que se tiene de un suceso no es una réplica exacta de lo sucedido, ya que la memoria no es en absoluto una grabación fiel de los sucesos, sino más bien una reconstrucción a partir de esquemas y categorías previos. De esta forma, los estudiosos del testimonio han llamado la atención a policías y juristas para que en sus investigaciones tengan en cuenta esta posibilidad, primero para salvaguardar la libertad de personas inocentes y, segundo, para limitar la acción de los infractores.

»Los procesos de transferencia inconsciente [falso reconocimiento de una fisonomía por la familiaridad producida por un contacto en circunstancias ajenas al hecho enjuiciado], las influencias del lenguaje, el intervalo de tiempo transcurrido, el atractivo físico del agresor, la edad y el sexo de víctima y agresor, los estereotipos, el tipo de transgresión o agresión, etc., han sido estudiados como variables que afectan poderosamente a la calidad del testimonio de los testigos y a su recuerdo de lo sucedido ...».

La falta de congruencia entre dos manifestaciones sucesivas, espaciadas en el tiempo, de un mismo testigo, o entre distintas partes de una misma manifestación suelen ser interpretadas como indicio, en todo caso, de baja fiabilidad. Del mismo modo que se identifican firmeza en la expresión y fiabilidad de un testigo¹⁵. Sin embargo, como advierte Diges, estos y otros indicios de falsedad testimonial resultan, a menudo, erróneos.

Todos estos tópicos, tan generalizados como erróneos, se acentúan a propósito del testimonio de los menores.

Esta materia -como advierte Gimeno Jubero- se caracteriza tanto por las dudas sobre la competencia del testigo menor de edad, como por la necesidad de evitar que, cuando ha sido víctima del delito, su comparecencia en juicio constituya una *segunda victimización*. Esto no obstante, continúa sensatamente, en cualquier modelo procesal democrático «... los derechos del acusado y las garantías del proceso son pilares fundamentales. A menudo, con afán de proteger al niño, se da lugar a que no se respeten otros derechos básicos, lo que a la postre en nada abunda en la aplicación de la Justicia. ...».

[a] El artículo 331 del Código Procesal Penal.

El artículo 331 CPP establece normas específicas para el interrogatorio de las personas menores de quince años¹⁶ que «... el interrogatorio de las personas menores de quince años, no estará sujeto a las reglas comunes. Será hecho directamente por las partes ...», suprimiendo por tanto la primera etapa, del relato ininterrumpido del testigo.

Fortín Aguilar¹⁷ se sorprende, con razón, de que se restrinja la excepción a las reglas comunes al menor de quince años, lo que parece contradecir lo dispuesto tanto en el Código Penal como en el de la Niñez. En efecto, si la mayoría de edad penal -y la consiguiente responsabilidad penal- comienza al cumplir dieciocho años, parece inexplicable que a partir de los quince haya que recibir juramento al menor y advertirle de las penas con que está castigado el falso testimonio. Puesto que es principio general de interpretación de las normas jurídicas la presuposición de su utilidad, pudiera resolverse la antinomia en favor de la extensión de la regla del artículo 331 CPP en cuanto a esos dos extremos a los menores de dieciocho años.

Del mismo modo, cuando el testigo menor esté comprendido entre las personas exentas del deber de testimoniar, el Juez o el Presidente del Tribunal habrá de hacérslo saber, para que manifieste si desea acogerse a este privilegio.

«... Durante el interrogatorio, podrán estar presentes los padres del menor o su representante legal. ...».

No se aclara si el uso del verbo «*poder*» ha de interpretarse como un «*derecho*» de los padres o del representante legal, que sus titulares puede ejercitar o no a su voluntad, o de una mera «*posibilidad*», que puede ser negada por el Tribunal invocando razones

sólidas por las que pueda temerse que la presencia de tales personas pueda resultar disfuncional, por inspirar al menor miedo o vergüenza. La ponderación de intereses en juego y la importancia del descubrimiento de la verdad material, conducen a optar por este segundo término de la alternativa.

«... Si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor, el Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá dejarlo en suspenso. ...»

Por supuesto, cabe una suspensión transitoria, hasta que se reponga el testigo.

La suspensión puede ser definitiva en casos en que el menor pudiera exponerse a un serio daño psíquico. Este peligro prevalecería sobre las exigencias del descubrimiento de la verdad material.

En este caso, el tribunal, antes de la audiencia de las partes, deberá recabar previamente el informe de un perito. Aunque no se requiera legalmente, resultará imprescindible para que el tribunal pueda resolver con fundamento científico y no por meras apreciaciones subjetivas. La decisión judicial deberá estar suficientemente motivada.

[b] Valoración del testimonio prestado por un menor de edad.

«... En la valoración de lo expresado por dicho menor, se tendrá especialmente en cuenta su grado de madurez, su objetividad y las circunstancias en que tomó conocimiento de los hechos. ...» (Párrafo final del artículo 331CPP).

Gimeno Jubero, siguiendo a Cantón y Cortés¹⁸, identifica los siguientes temas básicos en relación con el testimonio de menores:

[a] capacidad del niño para prestar declaración;

[b] sugestibilidad de los niños en general y en las entrevistas; y

[c] técnicas utilizables para reducir el riesgo de sugestibilidad.

Davis, al final del pasado siglo, resumía en unas cuantas preguntas los debates sobre el testimonio infantil: ¿En qué condiciones ofrecen los niños un testimonio fiable?; ¿en cuáles, uno infiable?. Las entrevistas sugestivas ¿pueden sesgar la información proporcionada por los niños hasta el punto de fundamentar denuncias falsas?. Los niños ¿son siempre vulnerables a la sugestión, o a veces la resisten y declaran lo que realmente presenciaron?.

[b.1] Competencia del testigo menor de edad.

La actitud ante el testimonio oscila entre dos polos, determinados en gran medida por estereotipos socioculturales (en buena parte, heredados) sobre la psicología infantil y del puber.

Por un lado, la creencia en la *ingenuidad* del menor, inversamente proporcional a su edad, condujo a atribuir a su testimonio mayor fiabilidad que al del adulto¹⁹.

Experiencias negativas derivadas de esta creencia produjeron en los Estados Unidos de América, a partir del siglo XVII²⁰, un cambio radical, de modo que el testimonio infantil por sí solo no se consideraba suficiente, sino que debía ser corroborado por el de un adulto. La negación de fiabilidad al testimonio de los niños se convirtió, como escribe Mittermaier, en un principio de derecho común²¹.

Alonso Quetcuty atribuye esta desconfianza «... a dos problemas relacionados con su corta edad: (a) una memoria limitada, y (b) una gran susceptibilidad a las preguntas sesgadas o sugerentes (i.e. Binet, 1900) ...».

Existen, según ella, «... cuatro posiciones históricas respecto al testimonio prestado por niños, dos de ellas centradas en sus capacidades cognitivas y dos más en su credibilidad. Así el testigo infantil puede ser considerado:

- a) Cognitivamente competente y por tanto capaz de dar un testimonio exacto de lo sucedido.
- b) Cognitivamente incompetente y por tanto incapaz de prestar testimonio.
- c) Con una credibilidad similar a la de los adultos.
- d) Como incapaz de diferenciar realidad y fantasía por lo que su testimonio debería ser rechazado sin más. ...

[Estas] cuatro posiciones se agrupan en dos grandes teorías implícitas sobre los niños testigos:

1. Teoría de aceptación que defienden aquellos que asumen que un niño es cognitivamente competente e incapaz de mentir.
2. Teoría de rechazo, presente en aquellos que asumen que un niño carece de la madurez cognitiva necesaria para prestar testimonio a la vez que se le considera víctima de su incapacidad para diferenciar hechos de fantasías. ...».

Por supuesto, abundan los estudios sobre la confiabilidad del testimonio de los menores, dentro de los que cabe diferenciar dos métodos.

Los estudios *clásicos* se basaban fundamentalmente en experimentos de laboratorio. Primeramente se presentaba a los niños imágenes (estáticas o dinámicas) descriptivas de un hecho no necesariamente constitutivo de un delito. Cuando, más tarde, se les preguntaba. Más tarde, en una segunda fase se les hacían diversas preguntas sobre esas imágenes.

Los resultados permitieron concluir que no existían diferencias sensibles de confiabilidad entre los adultos y niños de diez u once años, observándose que, cuando se les dejaba narrar libremente su recuerdo, el relato perdía contenido pero ganaba exactitud; exactamente lo contrario ocurría cuando se paraba directamente a preguntas concretas²².

Hoy, en cambio, como explica Alonso Quetcuty, los propios niños participan en el experimento. En su presencia se desarrolla una escena penalmente irrelevante; por ejemplo, un hombre entra en la clase donde se encuentran, da una vuelta por el aula, se despidе asépticamente y sale.

Los niños son sometidos a interrogatorio, formulándoseles preguntas de forma y contenido muy diversos, sin descartar el empleo de las tendenciosas²³.

Alonso Quetcuty resume la comparación entre las conclusiones obtenidas por uno y otro método:

«... En estos estudios de campo realizados en los últimos años, los resultados de la tarea de recuerdo de la situación coinciden con los observados en los laboratorios. Los niños mayores fueron mejores que los más pequeños, pero sólo en algunas tareas. Además la diferencia era de carácter cuantitativo y no cualitativo. Esto es, se observaron diferencias en el número de elementos de la situación recordados por los niños. Mayor en el grupo de más edad; pero no en el tipo de elementos citados por los niños de una y otra edad. Por otra parte, y como era de esperar, ambos grupos mostraron una marcada superioridad del recuerdo ayudado sobre el libre, si bien se producía una mayor proporción de error tras la ayuda (Davies y cols., 1989). Estos resultados se han informado tanto en niños, como en adultos. ...».

Conviene retener que el precio de la mayor información proporcionada mediante el método del *recuerdo ayudado* es un incremento del nivel de error, o lo que es igual, en una reducción del grado de confiabilidad²⁴.

Hay pocos estudios sobre la que puede asignarse a la identificación de personas hecha por un menor. Algunos de los factores que la reducen son comunes también a los adultos. Cuando se muestran al testigo colecciones de fotografías, se tropieza con la dificultad que representa el comparar la visión de una imagen bidimensional, no siempre en color ni siempre reciente, y correspondiente (cuando se trata de reseñas policiales) en circunstancias que alteran la fisonomía y apariencia habituales del fotografiado: fotografías tomadas tras una detención o pasadas horas después de practicada, en las que la persona detenida aparece desaseada, desarreglada y con expresión muy diferente de la que adopta normalmente. El testigo ha de comparar esta imagen con su recuerdo tridimensional y dinámico, que, por regla general, se ha adquirido fugazmente y en una situación traumática.

Añádase a lo anterior que el testigo puede tomar el reconocimiento como una especie de prueba de aptitud y presuponer que la imagen del autor del delito se encuentra *necesariamente* entre las fotografías presentadas²⁵. Lo que incrementa el peligro de

resultados *falsos positivos*, esto es, de identificaciones erróneas²⁶.

Incluso cuando se presenta al testigo un grupo de personas, por si puede designar a alguna de ellas como partícipe en el hecho investigado, aun cuando se les haga cambiar de posición y caminar por el recinto, las condiciones del reconocimiento en relación con las del escenario del hecho son tan diferentes que el riesgo de error es elevado.

Estas consideraciones, sin embargo, son igualmente válidas tratándose de un adulto²⁷.

«... En relación con el supuesto de que “es bien sabido que los niños mienten o fabulan”, solo una pregunta: ¿Cómo estar seguros de que los niños mienten más?, ¿no podría suceder que los niños, simplemente mintieran peor y fueran descubiertos con más facilidad? ...».

María-Luisa Alonso Quetcuty

Se dio por seguro que la fiabilidad del testigo aumenta en proporción directa a su edad²⁸, pero estudios empíricos posteriores desmintieron esta proposición²⁹.

Ahora se acepta que, con anterioridad a los tres años, la confiabilidad del testimonio del menor es escasa son excepcionales los casos de recuerdo en menores³⁰. Va ascendiendo hasta los seis años³¹ y a esa edad parece establecerse un *momento de corte*, tras el cual las diferencias con el adulto se reducen notablemente, hasta ser difícil considerarlas relevantes

Gimeno Jubero concluye que «... sin duda el desarrollo neurológico afecta a la capacidad de atención y que la capacidad de memoria también está influida por la edad. Así la cantidad de información recordada por un niño de tres años disminuye entre una y tres semanas después, y durante ese mismo periodo se mantiene en el niño de seis ...».

[b.2] Sugestibilidad de los menores de edad.

Por otro lado, se convirtió en un lugar común la afirmación de la fuerte *sugestibilidad* del menor, muy vulnerable, por ello, al influjo de preguntas sesgadas o capciosas³².

Si ya es debatida la eficacia de este tipo de preguntas sobre los adultos³³, cabe imaginar cuánto más lo es sobre los menores.

La pregunta es si éstos resultan más fácilmente sugestionables. Loftus y Davies concluyen, tras una serie de experimentos de laboratorio, que el *recuerdo libre*³⁴ de los adultos sobre hechos que presenciaron es más rico que el de los niños; nada más.

Ceci, Foss y Toglia afirman haber comprobado -en experimentos fuera de laboratorio, más situacionales- que, a partir de un grado de evolución que una vez más se fija en

los seis años, los menores demuestran una creciente resistencia a dejarse influir por preguntas sesgadas en cuanto a los aspectos esenciales de hechos en que se han visto involucrados.

Por su parte, Ceci y Bruck identifican cuatro factores determinantes del aumento de la sugestibilidad del niño:

[1] El bajo estrés del episodio sobre el que declara.

[2] Su condición de mero observador de la acción.

[3] Ser preguntado sobre detalles periféricos.

[4] Hablar de hechos no relacionados con el suceso.

Y como factores reductores del nivel de sugestibilidad:

[1] Que el episodio sea muy estresante.

[2] Ser participante en la acción.

[3] Ser interrogado sobre detalles centrales.

[4] Hablar de lo sucedido.

En edades tempranas (niñez en sentido psicológico y prepubertad) hay que contar, además, con que el menor vive en una atmósfera de lo que en literatura latinoamericana se denominó «*realismo mágico*», pero ello no significa que sean incapaces de distinguir la realidad y la fantasía, y, superados antiguos radicalismos, actualmente se adoptan posiciones moderadas.

Lo anterior parte de la aceptación de que la menor edad no es una etapa durante la que las características del niño se mantienen inalteradas. Su psicología evoluciona, y la fiabilidad de su testimonio lo hace paralelamente. La comunicación entre menores y adultos es mayor cuanto más extenso es el léxico que comparten. Téngase en cuenta, además, que la comprensión del lenguaje de los adultos por los niños es superior a su capacidad de expresión en él; y que no siempre utilizan significantes correspondientes al significado que quieren expresar. Los actores profesionales del proceso desconocen a menudo esta realidad, y emplean con los testigos menores el mismo tono académico que con los mayores. Un lenguaje poco inteligible para el niño y un tono de interrogatorio que percibe como amenazador inhiben al interrogado. Su testimonio fallará, entonces, no por incompetencia del testigo sino del interrogador.³⁵

[b.3] Técnicas para reducir el grado de sugestibilidad: Protocolos de interrogatorio

Los especialistas han ido elaborando o promoviendo la redacción de modelos de

entrevista o interrogatorio con menores, en general, y para casos de delincuencia sexual en particular.

Un buen ejemplo de protocolo de carácter oficial es el *Memorandum of Good Practice*, publicado en 1992 y redactado por el *Home Office and the Department of Health* de Inglaterra y País de Gales.

En él se contiene información sobre la legislación aplicable, normas para el manejo del interrogatorio, técnicas para su registro y reglas sobre la conservación y eventual destrucción de las grabaciones³⁶.

María-Luisa Alonso Quetcuty ha elaborado un guión de actuación para la obtención de declaraciones válidas y fiables de testigos infantiles³⁷.

Los hitos fundamentales de la entrevista con el menor son:

- [1] creación de un clima de confianza;
- [2] recuerdo de los hechos en estilo libre narrativo;
- [3] formulación preguntas; y
- [4] finalización de la entrevista.

Si la entrevista se ordena por el Juez director de la investigación a instancia de más de una parte, se recomienda que la entrevista se realice simultáneamente por todos los peritos. Recuérdese que la repetición de exploraciones va deteriorando la espontaneidad y reduciendo el grado de confiabilidad.

La primera fase de la entrevista ha de dirigirse a crear un clima de distensión y de confianza. El niño tiene que encontrarse cómodo y relajado.

El entrevistador es, en principio, un desconocido y ha de saber presentarse adecuadamente. Será útil abordar al entrevistado entablando conversación sobre cuestiones indiferentes y que despierten el interés y el agrado del menor. Ello dependerá de su edad, sexo y desarrollo; también de cómo ha transcurrido el tiempo de espera anterior a la entrevista³⁸.

Alonso Quetcuty explica que el entrevistador ha de explicar al niño, en términos comprensibles, la razón de su encuentro³⁹, cuidando de no mencionar el hecho que lo motiva.

Esta primera aproximación no sólo permitirá que el menor se relaje y adquiera confianza con su interlocutor, sino que éste se forme una idea provisional de su desarrollo cognitivo, de su riqueza léxica, de su grado de comprensión lingüística, de su capacidad de exposición de su entorno sociocultural; además, servirá para determinar el

grado de disposición al diálogo del entrevistado.

Ya en esta primera fase el entrevistador puede aprovechar para sondear hasta qué punto el menor se presta a hablar sobre el hecho investigado.

Una vez superada esta fase inicial, se pasará a la segunda, encaminada a conseguir información, en *narración abierta*, sobre lo que pudiera haber ocurrido. Es, éste, un momento delicado, ya que el ideal es que la información «fluya del entrevistado al entrevistador», y no a la inversa.

La introducción general al tema ha de hacerse indirectamente, de manera que enlace con las preguntas anteriores, sin una brusca solución de continuidad que pueda percibir el menor como un «*cambio del tono*» de la entrevista. Una vez centrado el tema, se pasará a preguntas abiertas de carácter general («¿qué viste?», «¿qué pasó?»), con las que se consigue que el menor construya un relato de memoria libre, sin intervención del entrevistador.

El problema surge porque cuanto menor es la edad de los menores, sus respuestas son más concisas, lo que obligará al entrevistador a completar las contestaciones con preguntas más concretas, lo que hará que las dos fases se entrecrucen con frecuencia.

En ninguna de ellas ha de tener el menor la sensación de estar siendo *examinado*.

El niño no está acostumbrado a entrevistas de esta clase, de modo que las identifica con el modelo de los exámenes escolares; en él, las respuestas han de ser *acertadas*, y, en caso de desconocer la contestación adecuada, el *examinado* puede tratar de llenar la laguna de conocimiento con un contenido aleatorio de acuerdo con su cálculo de probabilidad de aproximación a la respuesta correcta, porque admitir que no la sabe cuenta como un fallo.

El entrevistador, por el contrario, ha de llevar al ánimo del entrevistado que no se trata de un examen o de un concurso; que quiere hablar sobre lo que pasó tal como el niño lo recuerda; que, por tanto, en esta entrevista, un «no sé» no cuenta como un fallo sino como un acierto⁴⁰; que, por tanto, es mejor decir siempre la verdad y si no sabe o no recuerda aquello por lo que se le pregunta, es preferible que lo manifieste así.

En la etapa de preguntas concretas, Alonso Qauetcuty considera, con razón, menos arriesgadas aquellas que sitúan el hecho temporal y espacialmente («¿Qué hora era?» «¿Dónde estabas?»), porque son abiertas aunque -advierte- presupongan que el niño conoce la respuesta⁴¹.

Al igual que ocurre con los adultos, han de evitarse las preguntas *selectivas*, en las que se ofrece al niño la posibilidad de elegir entre varias respuestas previamente seleccionadas por el entrevistador («el carro en que viajaste ¿era blanco o negro?»)⁴². El riesgo es mayor porque los niños de corta edad acostumbran a dar como respuesta el último término de la alternativa (incluso cuando se trata de elegir entre el «sí» y el «no»; por eso, será prudente repetir la pregunta al cabo de varios minutos, invirtiendo el

orden de los términos. Igual riesgo atribuye a las preguntas en las que la respuesta es sí/no.

Las preguntas más peligrosas son -como ocurre con los adultos- las sugerentes, con premisas, que impliquen descripciones y evaluaciones, repetidas, con presión a la conformidad, etc.; preguntas habituales en los juicios y que muchas veces no son rechazadas por los tribunales, sin darse cuenta del peligro que entrañan⁴³.

En la cuarta fase, el entrevistador tiene que saber *finalizar la entrevista*. Al igual que a su comienzo, la despedida tiene que hacerse poco a poco. Hay que saber devolver relajadamente al menor al estado en que se encontraba antes de la exploración. Dependerá de su edad que el entrevistador le dé las gracias, y, de una manera informal, le explique que la entrevista no se repetirá o que quizá vuelvan a verse; o que simplemente remate como cualquier visitante, dejando siempre abierta la puerta a un nuevo encuentro⁴⁴.

Como se partió de que no se trataba de *acertar*, el entrevistador no hará valoración alguna del resultado de la exploración. El entrevistado ha de quedar con la sensación de haber mantenido una conversación -acaso algo chocante, pero nunca traumatizante- con un adulto *un poco especial*.

[b.4] El registro de la entrevista.

Actualmente, las exploraciones de menores se graban en cinta videográfica o soporte análogo.

[b.5] El interrogatorio del menor en el proceso penal.

Entre diez y dieciocho años, el interrogatorio del testigo menor puede practicarse en la Sala de Justicia.

El lenguaje empleado ha de ser comprensible y adaptado a cada edad. El uso del «*tuteo*» puede ser aceptable hasta los quince años, pero debe emplearse sin asomo de familiaridad. Ha de procurarse mantener un clima distendido pero sin restar al acto la trascendencia que tiene.

El Código Procesal Penal permite pasar directamente al turno de preguntas por las partes, pero no impide que previamente se permita al menor contar lo que recuerde de lo ocurrido⁴⁵.

El escenario de la Sala de Justicia, con todo su aparato litúrgico, no es el más indicado para menores de diez años.

Nada impedirá que el interrogatorio se lleve a cabo en un espacio especialmente acondicionado, sin asistencia de público ni escenografía procesal alguna.

El Tribunal y las partes se colocarán informalmente, ajustándose en su interrogatorio a

las reglas antes expuestas. La dirección del Presidente del Tribunal ha de ser extremadamente discreta y flexible. No siempre será conveniente que cada parte agote su interrogatorio de una vez, sino que las intervenciones se alternen para dar mayor espontaneidad al acto.

Los intervinientes tendrá que tener mucho tacto, ya que se producirá una acumulación de personas en la sala que inevitablemente reducirá la fluidez del diálogo. Un niño soporta aceptablemente la intromisión de un extraño, pero no, en cambio, la de un grupo de ellos.

Si anteriormente ha sido entrevistado por un experto, podrá éste servir de introductor de los nuevos personajes, presentándolos como un grupo de amigos. El vestuario informal de los asistentes contribuirá a facilitar la comunicación.

Las formalidades de lenguaje son perjudiciales. Los presentes tratarán a los entrevistados como a cualquier otro niño. Por cierto, habrán de recordar que un menor de edad no es un discapacitado psíquico. Los gestos y las palabras artificialmente edulcorados (cambios de tono de voz, sonrisas fingidas, abuso de diminutivos y de lenguaje mal estructurado⁴⁶) pondrán al menor a la defensiva, porque percibirá falta de naturalidad en el ambiente.

Regalar unas golosinas o alguna chuchería al principio de la exploración puede contribuir a ganar la confianza del entrevistado, siempre que el obsequio se entregue de una forma espontánea.

Los entrevistadores podrán servirse de material de dibujo para que el menor pueda expresarse mejor; aunque, dependiendo de su edad, el resultado pueda ser muy difícil de interpretar. También se emplean, especialmente en la investigación de delitos sexuales, muñecos con que el menor pueda ilustrar lo que presenció, pero hay que hacerse ilusiones acerca de los resultados del experimento.

A partir de entre los siete y los diez años (aproximadamente), el testigo menor puede comparecer en la Sala de Justicia. Si se cohibe, hasta inhibir las respuestas, habrá que suspender la sesión y plantear un cambio de escenario. El Código Procesal Penal no lo impide explícitamente.

Si la exploración inicial se llevó a cabo extrajudicialmente, el explorador habrá de comparecer en juicio como testigo; y, si se efectuaron grabaciones, deberá aportarlas al Tribunal, para que sean vistas en el curso del debate y las partes puedan formular al examinador sobre el resultado de la investigación.

Si se ordena una vez iniciado el procedimiento, el perito oficial (Médico Forense) y el designado por cada parte, en su caso, podrán -incluso se aconseja que lo hagan así- proceder a un reconocimiento simultáneo.

Más difícil será aceptar la propuesta (actualmente muy extendida, para evitar la *doble victimación*) de que, tratándose de menores, no vuelvan a ser citados a la presencia

judicial. Procederá, a lo sumo, si la actitud del explorando frustra los intentos de sus posibles investigadores. En tal caso, podría darse lectura de las actas o procederse a la proyección de las grabaciones, ratificándolas el especialista que haya propuesto la prueba, como si se tratara de un caso de lectura del registro de una actividad de la instrucción.

3.1.3. El testimonio de víctimas de agresión sexual

3.1.3.1. El testimonio de la víctima.

No existe impedimento legal para que la víctima o una persona perjudicada hecho enjuiciado pueda ser testigo en juicio; pero, como su declaración está bajo sospecha de parcialidad, habrá que depurar no sólo si las manifestaciones son creíbles (por objetivamente verosímiles y coherentes) sino también si son fiables, discerniendo si el testigo, por su calidad de víctima o perjudicado, se encuentra en un estado emocional tal que trate de que se condene al acusado a toda costa o incluso que, por efecto de un *bisogno di reità*, se condene a cualquier persona.

Está muy generalizada la exigencia de una pluralidad de requisitos para que se valore este testimonio como prueba de cargo:

1. ausencia de infiabilidad⁴⁷ derivada de las relaciones imputado (o ya acusado) y víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda; o, más exactamente, que de los términos de la declaración del testigo y de su actitud pueda inferirse que está bajo la influencia de sentimientos de resentimiento y de necesidad de venganza, de que se condene a alguien (lo que se denomina en Italia el «*bisogno di reità*⁴⁸») tan intensos que fundamenten una sospecha racional y grave de parcialidad;

2. verosimilitud y coherencia de sus manifestaciones⁴⁹;

3. persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades.⁵⁰

3.1.3.2. El testimonio de víctimas de agresión sexual.

Estas pautas son aplicables igualmente al caso de las víctimas de agresión sexual.

1. ausencia de infiabilidad.

La valoración de este extremo obliga a tener en cuenta la posible concurrencia de alguna de las causas que pueden interferir o los mecanismo de percepción y de memorización.

En el caso de la delincuencia sexual influyen también sentimientos de vergüenza, de culpabilidad y de miedo a la estigmatización social.

[1] El sentimiento de vergüenza es frecuente cuando la víctima ha mantenido inicialmente contactos de contenido erótico con el agresor, negándose, en cambio, a practicar el coito; o aceptando el vaginal pero no el anal o la felación.

La vergüenza puede ser producida por la presencia del público (y de representantes de medios de comunicación) o concretamente de familiares del testigo⁵¹. El Tribunal valorará, en estos casos, la procedencia de practicar esta prueba sin la presencia de público, a fin de neutralizar este factor perturbador⁵².

[2] Las relaciones entre el imputado o acusado y la víctima pueden hacer que esta última testifique falsamente como consecuencia de resentimiento o enemistad.

En el caso de la delincuencia sexual la ruptura de unas relaciones previas normales (a veces, fugaces), en las que se produjeron contactos sexuales consentidos, puede producir en la persona abandona deseos de venganza, describiendo todos o alguno de aquéllos como fruto de la amenaza o de la coacción psíquica.

[3] La venganza está presente en casos de personas dedicadas a la prostitución acusen falsamente de agresión sexual a clientes que se negaron a pagar el precio convenido después de satisfacer sus pulsiones sexuales⁵³.

[4] Cuando el bien jurídico lesionado es la libertad sexual, el miedo al acusado (o a su entorno) puede convertirse en un factor inhibitorio o capaz de sesgar el contenido del testimonio. La posibilidad de evitar la confrontación visual con aquél y de suspender la publicidad de los interrogatorios pueden neutralizar el peligro⁵⁴.

[d] Menores de edad.

Hay que tener un exquisito cuidado en los casos de testigos menores de edad.

En los menores maduros, la presentación de un contacto sexual como fruto de una agresión o coacción puede deberse a la vergüenza, o al miedo -reverencial o real- a su familia.

Los niños de corta edad no suelen vivencias los abusos sexuales no violentos como emocionalmente estresantes, sino como comportamientos extraños de los adultos y el descubrimiento de hechos⁵⁵ antes desconocidos. La vergüenza comienza a aparecer con la introyección (explícita o implícita) de la reprobabilidad de ciertos actos; y a partir de ese momento aparece también el riesgo de que proporcionen información sesgada.

La vulnerabilidad a la sugestión ha de tenerse igualmente en cuenta. Este factor influye considerablemente en los casos en que un niño, afectado por el impacto de un abuso sexual no violento (por lo que tiene de novedoso y extraño) es interrogado por sus familiares. Los datos fragmentarios y desordenados que proporcionan son *interpretados* por sus interrogadores quienes, tras formarse una idea inicial de lo ocurrido, comienza a formular preguntas sobre extremos concretos que pueden -consciente o inconscientemente- sesgar definitivamente el testimonio infantil, en la medida en que el niño incorpore a su recuerdo los hechos sugeridos por el adulto.

En casos de crisis de pareja, se han presentado casos en los que el progenitor que queda a cargo del menor, ante cualquier indicio extraño (irritación anal o en los genitales) o incluso ante hechos en principio inocuos (la desnudez o el baño o la ducha compartidos), consiguen, a través de la sugestión de nuevos datos, convertir lo ocurrido en un abuso sexual, con el fin de desacreditar a su antiguo compañero o compañera. El estudio de los antecedentes de comportamiento de la persona acusada previo a la ruptura puede contribuir positivamente a deshacer equívocos.

En fin, hay que contar con que a veces la víctima está presa de un deseo patológico de venganza a cualquier precio⁵⁶ puede impulsarla a reconocimientos precipitados de la persona autora de la agresión. Cuando se sospeche una conducta de esta clase, será preciso extremar las cautelas en la práctica de las identificaciones en rueda y en la comprobación de la coartada de la persona identificada.

2. Verosimilitud y coherencia de sus manifestaciones.

En algunas ocasiones, el lenguaje empleado en el interrogatorio puede convertirse en una fuente de equívocos.

El habla vulgar utiliza, en materia sexual, una terminología distinta del habla culta y prescinde de los eufemismos empleados en ésta⁵⁷.

No se debe reprender a un testigo por usar el léxico que le es habitual, considerando procacidades lo que él o ella emplea como términos descriptivos; no deben los interrogadores recatarse en usarlos cuando se comprueba que no comprenden debidamente los cultismos, si no se quiere correr el riesgo de tergiversar el contenido del testimonio.

La comprobación de contradicciones en el relato no ha de interpretarse necesariamente como indicio de la incredulidad de todo él. Un testigo puede presentar como forzado desde un comienzo un contacto sexual, por vergüenza a reconocer que consintió a determinadas prácticas eróticas pero no a otras.

3. Persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades.

Un cambio de la historificación de lo ocurrido obligará a indagar sus razones, para, a la vista de su persuasividad, concluir la de la última declaración realizada.

La retractación de la víctima puede ser un buen ejemplo de esta situación.

Los especialistas muestran una explicable preocupación por prevenir los efectos de la denominada «*victimación secundaria*» en el curso del interrogatorio de los testigos que se presentan como víctimas del delito.

Beristain Ipiña define el proceso de victimación secundaria como el conjunto de «... los sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, etc. ...».

Y continúa, poco después: «... A lo largo del proceso penal (ya desde el comienzo de la actividad policial) los agentes del control social con frecuencia se despreocupan de (ignoran a) la víctima; y, por si fuera poco, muchas veces, la victimizan todavía más. Especialmente en algunos delitos, como los sexuales. No es raro que en estas infracciones el sujeto pasivo sufra repetidas vejaciones, pues, a la agresión del delincuente se añade la postergación y/o estigmatización por parte de la policía, de los médicos forenses y del sistema judicial. Durante todo el proceso ... se observa frecuentemente que los agentes masculinos tienen más miedo de condenar y/o tratar injustamente a los hombres que a las mujeres; en este aspecto, les mueve menos de lo debido el principio de justicia y equidad. No observan debidamente la Declaración, de las Naciones Unidas, sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 7 de noviembre de 1967, ni la Convención, también de las Naciones Unidas, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979. ...»⁵⁸

3.1.3.3. Los testigos protegidos.

Una de las causas de la falta de colaboración de testigos (y también de peritos) proviene del miedo que sienten a las consecuencias perjudiciales que aquélla les pueda deparar.

María-Teresa García Quesada identifica dos factores causales de ese miedo.

[a] El miedo al proceso en sí mismo.

El testigo teme el protagonismo (aunque sólo sea transitorio) que adquiere al testificar en el juicio y la publicidad que se le pueda dar, incluida la de fotografías que puedan tomársele y aparecer en los medios de comunicación.

Normalmente «... carece de asesoramiento legal, desconoce el procedimiento del que no es parte en sentido procesal, ignora cuál es la situación personal del acusado, la pena que para él se pide por la acusación, y se encuentra con que le van a tomar juramento o promesa de decir verdad, le van a advertir que la ley sanciona con pena privativa de libertad el falso testimonio vertido en causa criminal, y va a tener que

responder a las preguntas de personas para él desconocidas acerca de un hecho que para la víctima es una vivencia cuando menos desagradable. ...»⁵⁹.

Pero también el acusado puede infundir temor al testigo, ya por sí mismo ya por el peligro que puedan representar las personas de su entorno y que alcanza la máxima intensidad en los juicios por delitos de criminalidad organizada.

El miedo puede tener un fundamento real por haber recibido, él o personas de su familia o amistad, presiones, amenazas o coacciones. Otras veces, puede estar basado en la peligrosidad criminal demostrada en anteriores ocasiones por el acusado o por personas que lo rodean; pero también puede deberse a un fondo psicológico del testigo, especialmente suspicaz o timorato. En estos casos, escribe García Quesada, el Juez o Tribunal «... tan sólo puede informar a éste que si sufre cualquier tipo de amenaza o presión debe denunciarlo inmediatamente», aunque, como apostilla a continuación, tal advertencia no significa para el testigo la confianza y tranquilidad que está demandando.

El artículo 5 CPP ya proclama como principio general el de protección de los intervinientes en el proceso:

«... El Estado por medio de sus órganos competentes, brindará de oficio asistencia y protección a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran.».

Este principio se concreta en el artículo 237 CPP en el que se establecen específicas medidas de protección de los testigos.

«... Cuando el órgano jurisdiccional, por propia iniciativa o por manifestación del testigo, aprecie que racionalmente existe un peligro grave para la persona o los bienes del testigo, de su cónyuge o compañero de vida, o de un ascendiente, descendiente o hermano de cualquiera de ellos, como consecuencia del testimonio que de prestar, deberá, oyendo a las partes, adoptar las medidas de protección que estime conveniente y, entre ellas, cualquier de las siguientes:

- 1) Que no consten en las actuaciones que se lleven a cabo, el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión del testigo (que, figurando en documento que se guardará en sobre cerrado y sellado, sólo serán conocidos por el órgano jurisdiccional, y por el secretario), ni dato alguno que pudiera servir para conocer su identidad y localización, utilizándose para identificarlo en el procedimiento un número o clave; y,
- 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el público⁶⁰; y,
- 3) Que se fije como domicilio, a efecto de comunicaciones, la propia sede del órgano jurisdiccional interviniente, por cuyo conducto serán enviadas reservadamente a su destinatario.».

4. Los careos.

El careo no es más que la confrontación directa entre personas que sostienen cosas diferentes sobre un extremo determinado. Procura alternatively conseguir que lleguen a un punto de acuerdo o una base para establecer la prevalencia de una sobre otra.

A tenor del artículo 260 CPP (El careo de testigos, imputados y peritos), el careo tendrá lugar cuando dos o más testigos, hayan discrepado en sus declaraciones sobre hechos o circunstancias importantes del proceso. Se aplicarán al careo las reglas contenidas en el Capítulo III del Título VII del Libro Primero del Código Procesal Penal a propósito de los testigos.

Procederá igualmente el careo entre dos o más imputados o entre un imputado y uno o más testigos, cuando existen discrepancias entre sus respectivas declaraciones, siempre que el imputado no se niegue a participar en el careo.

En caso de discrepancia entre peritos, podrá disponerse que se careen entre sí, en la misma forma prevista para el careo de testigos.

El artículo 261 CPP dispone el procedimiento para practicar el careo.

El careo no podrá verificarse entre más de dos personas simultáneamente.

La diligencia se iniciará con la lectura, en lo pertinente, de las declaraciones que se reputen contradictorias y que hayan sido rendidas antes del debate, o tan pronto como las contradicciones se pongan de manifiesto durante el debate. Cumplido lo anterior, se llamará la atención a los careados sobre sus discrepancias, a fin de establecer la verdad respecto de las mismas. En el careo podrán intervenir el Fiscal, las partes y el Tribunal de Sentencia.

5. La prueba pericial.

La utilidad del asesoramiento de los peritos ha sido reconocida desde siempre. Del órgano jurisdiccional cabe presuponer que conoce el Derecho aplicable (*«iura novit curia»*), pero el tratamiento jurídico del caso puede exigir la aplicación de saberes extrajurídicos que el juzgador no conoce o no tiene por qué conocer. La prueba pericial ha de proporcionárselos, ya en general ya aplicados al caso concreto.

A medida que la sociedad se hizo más compleja y tecnificada, la solución jurisdiccional de los conflictos dependió, en proporción creciente, de la información proporcionada por estos especialistas en los más diversos saberes extrajurídicos. La relación entre el Juez y el perito se enturbió. El profesor Barbero Santos se hacía eco, hace más de un cuarto de siglo, de una realista reflexión de Leferenz. «...Al juez corresponde, ciertamente,... la soberanía del juicio valorativo; al perito, en cambio, la soberanía de su especialidad. De iure... es el perito sólo un auxiliar del juzgador; de facto, sin embargo,

decide no raramente el juicio...».

La conciencia de esta realidad abrió el debate -aún no cerrado- sobre la naturaleza de la pericia, y las pautas que han de regir la ponderación de su fuerza probatoria.

5.1. La especialidad de la prueba pericial. La función *colaboradora* del perito y su falsa especificidad.

Los especialistas siguen debatiendo si la pericia constituye un auténtico medio de prueba, puesto que contribuye a la producción del caso, y a la falsación de las alegaciones de las partes; o si el perito ha de considerarse, más bien, como un auxiliar del órgano jurisdiccional, al que suministran los elementos de juicio pertenecientes a la experiencia técnica, para que el juzgador pueda desarrollar adecuadamente su función, sin que pueda, en cambio, ser tenido por medio de prueba, porque no aporta afirmaciones instrumentales, con eficacia directamente representativa de hechos; o si ambas perspectivas resultan perfectamente compatibles.

La pericia es regulada en el Código Procesal como medio de prueba (artículos 239 a 250 y 326 y 327 CPP).

Su dictamen versará, de acuerdo con el numeral 1) del artículo 239 CPP, «... [sobre] puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística ...».

El dictamen, normalmente, no se reducirá a la aportación de esos conocimientos, sino que se extenderá a su aplicación al caso concreto para esclarecer el extremo discutido.

Además, la pericia procederá igualmente, de acuerdo con el numeral 2) del artículo 239 CPP «... [sobre] puntos de derecho[s] referentes a alguna legislación extranjera. ...».

El Derecho del foro (incluidas las normas internacionales que hayan pasado a formar parte de su Derecho interno) se presupone conocido por el Tribunal, pero no así el Derecho extranjero que pudiera ser aplicable en caso de reenvío, de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional Privado. Esta situación se producirá cuando la aplicación de la norma penal implique la resolución de alguna cuestión previa de naturaleza no penal.

A mediados del pasado siglo, la intervención de los peritos en el proceso no era objeto de regulación independiente, sino que se reconducía -como aún ocurre, con el «*expert witness*», en el Derecho anglosajón- a la normativa del testimonio. Tenía su explicación, en cuanto el perito *daba testimonio* de las normas de experiencia técnica que, a diferencia de las de la experiencia vulgar, no pertenecen al acervo común del conocimiento humano y que el órgano judicial necesita para reconstruir o decidir el caso; y, de ser preciso, las aplicaba para descubrir algún extremo hasta entonces desconocido o esclarecer algún punto dudoso.

Un Médico Forense puede ilustrar al Juez o al Tribunal sobre la forma correcta en que ha de realizarse un acto curativo; y valorar si, dadas las circunstancias, se ha observado en el caso concreto enjuiciado. La primera tarea es estrictamente informativa; la segunda, es, además probatoria. En ambas, obviamente, el perito *colabora* con el órgano judicial, como también colabora el testigo, pero su colaboración es cualitativamente distinta.

El testigo aporta, como ya se ha explicado, información directamente representativa, que refleja -más o menos lejanamente- como un espejo lo sucedido; el perito, en cambio, sólo proporciona información instrumental que hace posible conocer o esclarecer hechos necesarios para la decisión del caso. Cuando el testigo entra en contacto con el hecho litigioso, éste todavía no se ha judicializado. El perito, en cambio, se aproxima a él cuando ya ha iniciado el procedimiento, y si lo ha presenciado queda inhabilitado para intervenir como perito (artículo 241.3 CPP). Un profesional puede, por ejemplo, haber tratado a una persona enferma, y ser citado en juicio para que informe sobre el tipo de enfermedad que padecía. Dejando a un lado la posibilidad de invocar el deber de secreto para eximirse de declarar, en caso de que decida hacerlo, intervendrá en concepto de testigo, aunque sea un «*testigo experto*», y pueda ser interrogado sobre aspectos de su quehacer profesional contestando preguntas de carácter técnico en cuanto puedan aclarar o enriquecer lo que realmente es un testimonio.

Queda esto muy claro en el artículo 240.2 CPP. En él se dispone que «... [las] personas que reúnan los requisitos para ser peritos pero que no han sido designadas por autoridad competente para actuar como tales, si toman conocimiento de un hecho sometido a investigación criminal y deben rendir declaración, lo harán en su condición de testigos y no de peritos. ...».

5.2. Capacidad para ser perito.

5.2.1. Aptitud.

De acuerdo con el artículo 240 CPP, sólo podrán actuar como peritos quienes ostenten título profesional expedido por autoridad competente si la profesión, arte o técnica de que se trate está regulada por la ley. Son los peritos «*titulados*» (mejor que «*titulares*», como los designa Ricardo Pérez).

Si no está regulada o si en el lugar donde ha de efectuarse la pericia no existen profesionales autorizados, podrán actuar como peritos las personas que por notoriedad, se sabe que cuentan con los conocimientos requeridos sobre la materia de que se trate.

La «*notoriedad*» alude, aquí, al reconocimiento generalizado de los conocimientos de una persona en una determinada actividad técnica, pese a no contar con título que lo acredite.

5.2.2. Capacidad.

El perito ha de tener capacidad jurídica o general y capacidad de obras, desde el punto de vista jurídicocivil.

Por eso no podrán actuar como peritos aunque reúnan los requisitos de aptitud, los absoluta o relativamente incapaces (artículo 241.1 CPP).

Pero también habrá de tener capacidad psicofísica para desempeñarlo.

5.2.3. Inhabilitaciones y prohibiciones.

Tampoco podrán intervenir como peritos, incluso aunque cuenten con la titulación correspondiente:

- * Quienes deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, según el presente Código (la mera posibilidad de abstenerse de testificar inhabilita para ser perito);
- * Quienes hayan presenciado el hecho (que comparecerán en concepto de «*testigo experto*» (artículo 240.2 CPP); y
- * Los inhabilitados por sentencia firme (artículo 241 [2-4] CPP).

5.3. Designación de peritos.

De acuerdo con el artículo 242 CPP, el Tribunal de Sentencia competente, seleccionarán los peritos, con conocimiento de las partes.

Su número será determinado según la complejidad de las cuestiones por plantear, para lo cual deberán considerarse las sugerencias del Ministerio Público y las partes.

Se podrá nombrar un solo perito cuando la cuestión no fuere compleja.

5.4. Determinación del objeto y plazo de la pericia.

Asimismo, se fijarán con precisión los temas de la pericia y el plazo para la presentación de los dictámenes. Así lo dispone el párrafo tercero del artículo 242 CPP.

5.5. Investidura del perito.

El perito o los peritos serán notificados de su designación.

Citado al efecto, el perito designado comparecerá ante el Tribunal para ser juramentado y posesionado en su cargo. La fórmula del juramento será la prevista en el artículo 129 CPP para los testigos (artículo 243 CPP).

El testigo, notificado de su designación y del objeto de su pericia, deberá manifestar si acepta o no el encargo recibido.

Si concurre en él alguna causa de incapacidad, inhabilitación o prohibición deberá hacerla saber al Tribunal.

También deberá comunicar su abstención en caso de concurrir en él alguna causa de recusación.

No concurriendo causa de incapacidad, inhabilitación, prohibición o recusación, prestará juramento y será investido de su cargo.

5.6. Recusación de los peritos.

Las partes -con arreglo al artículo 243 CPP- podrán recusar al perito o peritos por alguna causa legal de incapacidad y también por alguna de las causas de recusación de jueces, magistrados o auxiliares de los órganos jurisdiccionales, comprendidas en los numerales 1), 2), 5), 6), 7), 9), 10), 11), 12) y 13) del Artículo 83.

A saber:

- 1) Ser cónyuge, conviviente o compañero de hogar, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o de adopción o segundo de afinidad de alguna de las partes o de su mandatario o representante legal;
- 2) Estar o haber sido acusado, denunciado o querellado por alguna de las partes como autor o cómplice de un delito o falta; ...
- 5) Ser o haber sido denunciante, Acusador Privado o querellante de quien recusa;
- 6) Ser o haber sido tutor o curador de alguna de las partes;
- 7) Haber estado bajo tutela o curatela de alguna de las partes; ...
- 9) Ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes;
- 10) Haber aconsejado o manifestado extrajudicialmente de alguna manera su opinión sobre la causa;
- 11) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes;
- 12) Haber recibido o esperar recibir en forma personal o directa o haberlo hecho su cónyuge o compañera de hogar, sus padres o hijos u otras personas que vivan a su cargo, beneficios de cualquier clase de alguna de las partes, o haber recibido las mismas personas, después de haberse iniciado el proceso, presentes o dádivas de cualquier valor de una de las partes; y
- 13) Haber intervenido o estar interviniendo como Juez en el mismo asunto, algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por

adopción o el cónyuge o persona con quien hace vida marital.

Las relaciones personales que pueden dar lugar a la recusación del perito, serán las que medien entre éste y el Juez, cualquiera de los miembros del tribunal, o las partes.

Las partes deberán interponer la recusación hasta el momento en que se cite al perito para su juramentación y el órgano jurisdiccional oídas las demás partes, resolverá por auto motivado, lo que tenga por conveniente.

Una vez investido judicialmente, el perito procederá a cumplir el encargo recibido. Pondrá en conocimiento de quién lo designó, la fecha en que procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia. La autoridad que lo nombró, lo comunicará a las partes, para que puedan presenciar su práctica, salvo el caso en que esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el buen éxito de aquélla.

5.7. Obligatoriedad del desempeño del cargo.

El perito designado una vez que acepte el cargo, tendrá la obligación de desempeñar su cometido, salvo que alegue justa causa, valorada prudencialmente por el órgano que lo designó, previa audiencia de las partes (artículos 242.4 y 243 CPP).

El perito tendrá la obligación de abstenerse de desempeñar su cargo cuando concurra en él alguna causa de recusación, que pondrá en conocimiento de quién lo designó (artículo 243 CPP).

5.8. Operaciones periciales.

Hay que distinguir entre las operaciones periciales (por ejemplo, el examen médico de una persona) y el informe pericial consiguiente.

Como regla, siempre que sea posible, las operaciones periciales se efectuarán en la audiencia misma (artículo 326 CPP).

No siéndolo, el perito pondrá en conocimiento de quien lo designó, la fecha en que procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia. El Tribunal lo comunicará a las partes, para que puedan presenciar su práctica, salvo el caso de que esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el buen éxito de aquélla (párrafo último del artículo 242 CPP).

5.9. Auxilio judicial a los peritos.

El Juez, a solicitud del Ministerio Público o de las partes, podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, o la comparecencia de personas, si ello es necesario para llevar a cabo las operaciones periciales (artículo 247.1 CPP). Parece que también podrá interesarlo el perito, cuando lo considere imprescindible para el mejor desempeño de su cometido.

La orden judicial de puesta coactiva de objetos a disposición del perito sólo procederá - a juicio de Ricardo Pérez- en caso de negativa al requerimiento del perito dirigido a la persona que los tenga en su poder.

También se podrá requerir al imputado o a otras personas, que escriban de su puño y letra lo que se les dicte, estampen su firma, graben su voz o realicen cualquier otro acto necesario para la pericia (artículo 247.2 CPP).

5.10. El informe del perito en juicio oral.

5.10.1. Citación de los peritos.

Los peritos serán citados en la misma forma que los testigos y tendrán el deber de comparecer al debate, durante el cual rendirán su informe de modo detallado, claro y preciso (artículo 244.1 CPP).

5.10.2. Incomparecencia del perito.

Regulan la situación los artículos 244 y 327 CPP.

Cuando el perito oportunamente citado, se negare a comparecer sin causa justificada, será citado por segunda vez.

El juicio se continuará para la práctica de la prueba pendiente si ello fuere posible, de no serlo, se suspenderá.

Si el perito, no compareciera a la segunda citación, el Presidente ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso, colabore con la diligencia.

La segunda citación del perito se hará bajo prevención de que si no comparece, será conducido por la fuerza pública y sin perjuicio de la pena que deberá aplicársele por el delito de desobediencia.

5.10.3. El informe o dictamen pericial.

Se rendirá en el acto del juicio oral. De ser varios los peritos que han de informar sobre un mismo extremo, será útil su comparecencia simultánea, que facilitará la confrontación o careo (a tenor del artículo 260 CPP), en caso de divergencia.

Lo regulan los artículos 245 y 326 CPP.

[a] Identificación y juramento.

Los peritos

* serán identificados.

* Prestarán juramento.

* Serán advertidos de las consecuencias legales de sus actos, si faltan a la verdad (responsabilidad penal por delito de falso testimonio: artículo 385 CP). Vale lo que ya queda anotado, a propósito de la prueba testifical, sobre la comprensibilidad de esta advertencia. En el caso de la pericia, al ser prestada por profesionales, puede tener un importante efecto disuasorio complementario la amenaza de sufrir pena de inhabilitación por tiempo de tres a ocho años.

[b] Emisión del informe.

En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito.

El informe verbal es compatible con la consulta de notas o apuntes que sin duda serán imprescindibles cuando hayan de citarse numerosos datos, que sería imprudente confiar a la memoria.

La pericia escrita previamente será leída en juicio -como exige la observancia de las pautas de inmediación, oralidad y publicidad- y ratificada por el perito. Podrá, éste, a continuación, completarlo con las observaciones o aclaraciones espontáneas que tenga por conveniente.

[c] Interrogatorio cruzado de las partes.

Los peritos responderán las preguntas que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del tribunal.

referidas a extremos realmente útiles para el tratamiento del caso. No podrán ser capciosas ni sugestivas (artículo 130.3 CPP). La formulación de una pregunta compleja, que en realidad incluye una pluralidad de ellas, deberá ser rechazada por el Tribunal, requiriendo a la parte que la haya hecho para que formule sucesiva e independientemente cada una.

El Tribunal puede también formular preguntas al perito.

En ocasiones, esta oportunidad puede entrañar algún riesgo para su posición de órgano neutral, ya que su interrogatorio puede sugerir a cualquiera de las partes una vía de ataque o de defensa en la que anteriormente no había reparado. El problema es complicado. La finalidad del proceso es -según se expresa en el artículo 8 CPP- «... la realización pronta y efectiva de la justicia penal.» El Tribunal ha de tratar de llegar al conocimiento de la llamada «verdad material»; en realidad, la verdad a secas, porque la denominada «verdad formal» no es sino una reconstrucción convencional del hecho conflictivo, cuya realidad -por motivos muy diversos- puede tratar de ocultar las partes al tribunal. Del mismo modo que el órgano sentenciador puede -para neutralizar un intento de fraude de ley sustantiva o procesal (artículo 322.3 CPP)- oponerse a una

solución negociada entre las partes, que truncaría el debate dando lugar a una sentencia de estricta conformidad, podrá hacer uso de su facultad de interrogar al perito cuando las preguntas hechas por las partes evidencien una tentativa de manipulación fraudulenta de la prueba. Fuera de ello, las preguntas innovativas del Tribunal de Sentencia pueden comprometer los principios de neutralidad del juzgador y de igualdad de armas procesales a disposición de las partes. Acaso pueda servir de criterio orientativo en este difícil conflicto de intereses -públicos y privados- el que inspira, en caso de duda, la opción por aquel término de la alternativa más favorable al reo; así, el tribunal estaría legitimado éticamente para formular la pregunta que, no hecha por la Defensa, podría servir para poner de manifiesto una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad del acusado, pero no, en cambio, para hacer aquélla que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

5.11. Protección de peritos.

Las medidas protectoras previstas por el Artículo 237 de este Código en relación con los testigos, serán aplicables a los peritos que intervengan en el procedimientos, siempre que concurren las circunstancias que aquel precepto tiene en cuenta para su adopción (artículo 248 CPP).

5.12. Honorarios de los peritos.

Los peritos tendrán derecho a cobrar honorarios, los cuales serán pagados por la parte que los proponga, salvo si reciben sueldo en concepto de funcionarios o empleados públicos y prestan el servicio en horas laborables (artículo 249 CPP).

5.13. Utilización de la pericia dispuesta en la investigación preliminar.

El Fiscal podrá ordenar pericias durante la investigación preliminar, pero sólo podrán incorporarse por lectura al debate si se hubieren seguido las reglas sobre el anticipo de prueba, bajo control jurisdiccional y quedando a salvo la posibilidad que tiene el tribunal, el Ministerio Público y las partes de exigir la declaración del perito durante el debate (artículo 246 CPP).

5.14. Unos peritos especiales: la colaboración en la comunicación. Los traductores e intérpretes.

El desconocimiento del idioma español, utilizable, como regla, en las actuaciones procedimentales (artículo 125 CPP), exige, para que el proceso funcione realmente como «espacio escénico comunicativo» para la presentación y tratamiento del caso litigioso (Hassemer), la intervención de un traductor o intérprete (101, 125, 310 CPP).

Son, en definitiva, peritos -en traducción o interpretación- a los que, con arreglo al artículo 250 CPP, será aplicable lo establecido en los artículos 244 (citación), 245 y 326 (intervención en el juicio), 247 (auxilio judicial), y 249 (honorarios).

Su singularidad reside en su carácter de *mediador* entre interlocutores en distintas lenguas, así como de *informador* de lo que terceras personas puedan hablar entre sí. Así, intermedia (como «*intérprete*») entre un acusado que no entiende el idioma español y la parte o el tribunal que no entiende el idioma de aquél; e informa («*traduce*») a dicho imputado lo que hablan terceras personas en otras fases del procedimiento.

¹ Pérez, R., Comentario al artículo 226 CPP, en Palacios & Fernández, pág. 440

² González, G., «La prueba en el proceso penal hondureño», en Vivas, G. (Coordinador) Manual de Derecho Procesal Hondureño, 2000, pág. 202

³ Un enfermo de claustrofobia puede testificar sin problema sobre hechos ocurridos al aire libre; y un celotípico, sobre aquellos en que no esté comprometida una relación de pareja o la persona con la que él mismo la mantiene. Ha de existir, pues, una relación de sentido (o de historicidad) entre el trastorno mental y el hecho presenciado.

⁴ González, G., lugar citado en la nota 1. Cita igualmente a los ebrios. Cabe suponer que se refiere a personas que, en el momento de presenciar el hecho, se encontraban en estado de ebriedad.

⁵ Christianson, 1984

⁶ Erdelyi, 1990

⁷ Shapiro y Penrod, 1986

⁸ Power, Andriks y Loftus, 1979

⁹ Esta línea jurisprudencial anticipa la solución adoptada por el artículo 216 del vigente Código italiano de Procedimiento Penal, cajón de sastre que da entrada al «... reconocimiento de voces, sonidos o de todo aquello que pueda ser objeto de percepción sensorial ...». El precepto no establece directamente las reglas de la práctica de esta comprobación, remitiéndose a asumir las precauciones establecidas en el artículo 213 (previa descripción e información sobre anteriores reconocimientos) y en el 214.2 (protección del testigo reconociente) para el reconocimiento de personas.

El vigente Código portugués de Procedimiento Penal, en tantas cosas coincidente con el italiano, no incluye, en cambio, esta modalidad de reconocimiento, al que tampoco aluden sus comentaristas más conocidos.

En España, fue pionera una Sentencia, de 17 de abril de 1989, de la Audiencia

Provincial de Vizcaya, que sugiere la posibilidad de utilización de esta modalidad de reconocimiento.

¹⁰ Tal es el plano en que se mueve la conexión establecida por la Sentencia de 6 de noviembre de 1985, de la Audiencia Provincial de Vizcaya)

¹¹ Artículo 253 CPP.- Reconocimiento de personas en rueda. Para identificar a una persona o para establecer que quien la menciona efectivamente la conoce o la ha visto, deberá su reconocimiento, el cual se hará de la manera siguiente:

1) Quien lleve a cabo el reconocimiento, describirá a la persona de que se trate y manifestará si después del hecho que es objeto de investigación, la ha visto de nuevo, en qué lugar, por qué motivo y con qué propósito;

2) Se tomarán las previsiones para que le imputado no se desfigure y se le pondrá junto a otras personas que físicamente se le parezcan;

3) Se preguntará a quien a cabo el reconocimiento, si entre las personas a que se refiere el numeral anterior, se halla el imputado y, en caso afirmativo, se le invitará para que lo señale en forma precisa; y,

4) Finalmente, quien lleve a cabo el reconocimiento, expresará las diferencias y semejanzas que observe entre el estado actual de la persona señalada y el que tenía en la época a que se refiere la declaración.

El reconocimiento procederá aún si el consentimiento del imputado.

Cuando el imputado no pueda estar presente, se podrá utilizar su fotografía u otros registros.

La observación de las personas a que se refieren los numerales 1) y 2), se practicará desde un lugar en el que quien hace la identificación no pueda ser visto por aquél a quien se trata de identificar.

En España, Velasco, Berdugo y Huertas Marín patrocinan esta aplicación analógica.

¹² Yarmey, 1994

¹³ Lo producen gestos indicativos inconscientes (un movimiento de cabeza, una mueca de la boca, sugestivos del acierto o del fallo del testigo) percibidos subliminalmente por el reconociente.

Sobre todo lo anterior, Hammersley y Read, 1996.

¹⁴ Trankell, 1972, Undeutsch, 1984, Di Cataldo, 1988

¹⁵ Así, en Luisella Di Cataldo.

¹⁶ Debe entenderse que ya no rigen estas normas para los que hayan cumplido quince años. En este sentido, Fortín Aguilar, en Palacios & Fernández, pág. 523

¹⁷ Comentario al artículo 331 CPP, en Palacios & Fernández, pág. 523

¹⁸ Cantón, J., y Cortés, M^a. del R., «Guía para la Evaluación del Abuso Sexual infantil».

¹⁹ Romero Coloma, A., «La víctima frente al sistema jurídico-penal: Análisis y Valoración». Serlipost, Edicions Jurídicas. Barcelona, 1994

²⁰ Gimeno Jubero recuerda los célebres juicios por brujería en la comunidad de Salem. Algunos trabajos históricos han sugerido que, tras los procesos, quizás se ocultaran intereses económicos por la propiedad de las tierras de algunos de los acusados.

²¹ En general, en los trabajos de campo llevados a cabo entre profesionales del Derecho, se advierte que los entrevistados no responden en términos radicalmente afirmativos o negativos de la competencia de los menores como testigos, sino que la condicionan a un número variable de circunstancias, como la edad, el tipo de suceso o la cantidad y entidad de sus posibles contradicciones.

En los trabajos de Brigham y Spier (1992) y de Alonso Quetcuty (1996) se pudo comprobar que los abogados defensores constituyen el grupo que mayor rechazo muestra al testigo menor de edad.

²² Dent, H. R., y Stephenson, G., «An experimental study of the effectiveness of different techniques of questioning child witnesses». British Journal of Social and Clinical Psychology, 18, 1979, 411-451

²³ Ceci, Foss, y Toglia, 1987

²⁴ En el procedimiento penal, el menor testigo del hecho suele ser objeto de una pluralidad de sucesivos interrogatorios (comenzando en el mismo entorno familiar, en el que el influjo de la autoridad del adulto es mayor (Ceci, Foss y Toglia, 1987); y es no menos frecuente que cada interrogador introduzca en sus preguntas novedades que el menor puede incorporar a su recuerdo como realmente vividos.

²⁵ Cuando un adulto presenta el juego de fotografías a un menor, el testigo se siente doblemente presionado por la *autoridad* de aquél. Supone que, si se lo ha mostrado, es porque entre esas fotografías está la del autor; y desea *acertar* en su elección. Aquella presuposición y este deseo pueden inducirlo a elegir cualquiera de ellas o incluso autosugestionarse de que la elegida corresponde a la de la persona que él vio en su día.

²⁶ Davies, G.; Stevenson-Robb, y Flin, R. (1988)

En ciertos casos, este peligro puede verse acentuado si el investigador se siente presionado para presentar cuanto antes a un *culpable* a la opinión pública; algo nada infrecuente en casos especialmente impactantes. Algunos graves y conocidos errores judiciales de los Tribunales ingleses se debieron a la presentación de pruebas falsas construidas por una Policía urgida a descubrir cuanto antes a los responsables de graves y repetidos actos de terrorismo.

²⁷ Shapiro, P. N., y Penrod, S., «Meta-analysis of facial identification studies». *Psychological Bulletin*, 100, 1986, 139-156

²⁸ Flin, R., «Age effects in children's memory for unfamiliar faces». *Developmental Psychology*, 16, 1980, págs. 373-374

²⁹ Davies, G.; Stevenson-Robb, y Flin, R. (1988)

³⁰ Goodman, G. S., y Reed, R.S. «Age differences in eyewitness testimony». Trabajo inédito. Universidad de Denver. 1985; citado por Alonso Quetcuty.

³¹ Peters, D. P., «Eyewitness memory and arousal in a natural setting», en M. Gruneberg, P. Morris y R. Sykes, 1987; y King, M. A., y Yuille, J. C., «An investigation of the eyewitness abilities of children». Trabajo inédito. University of British Columbia. 1987; citado por Alonso Quetcuty.

³² Mira y Diges, 1991. Ceci, Foss y Toglia (1987) citan dos opiniones como ejemplo. A mediados de siglo, Whipple afirmaba: «El factor más importante que es responsable de los informes tan pobres dados por los niños es su excesiva sugestionabilidad, especialmente en los años previos a la pubertad»; veinte años después tarde, Brown sostenía: «Cree si usted quiere una idea de lo que el niño ha oído o visto y el niño muy probablemente verá u oirá lo que usted desee». Por su parte, en su conocida obra sobre la crítica del testimonio, Gorphe advertía que el niño, por estar todavía en formación su personalidad, es accesible a todas las sugerencias.

³³ Loftus, E. F., «Eyewitness testimony». Cambridge: Harvard University Press. 1979

³⁴ Esto es, la narración espontánea e ininterrumpida de lo que recuerdan de un hecho.

³⁵ En otras ocasiones -advierde Gimeno Cubero- «... se requieren precisiones temporales que todavía no han sido desarrolladas por el niño [y que, justo es añadirlo, tampoco están al alcance de muchos testigos adultos]; la capacidad para responder sobre hora o día no surge hasta los siete u ocho años de edad, y en edades inferiores puede incluso confundirse el antes y el después. ...». Lo mismo puede decirse de la percepción del espacio y la velocidad. Hasta aproximadamente los diez años, no se desarrollan completamente; de ahí la temeridad de muchos peatones en edad infantil.

³⁶ En España, explica Gimeno Jubero, es pionero el *Protocol Bàsic D'actuacions en Abusos Sexuals i altres Maltractaments de Menors a la Demarcació de Barcelona*, elaborado por la *Direcció General de Mesures Penals Alternatives i de Justícia Juvenil* de la *Generalitat de Catalunya*, asumido por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

«... En este protocolo -escribe Gimeno- se sientan los principios rectores de toda actuación, se definen los casos en los que se actuará conforme a él (situación de riesgo, sospecha de abuso o maltrato, certeza de abuso o maltrato) y cómo en cada uno de ellos, se evitará la duplicidad de exploraciones, haciendo que los iniciales reconocimientos se hagan conjuntamente entre el médico de urgencias del hospital y el médico forense; o evitando declaraciones en sede policial para supuestos de graves afectaciones, o si las pruebas se pueden obtener de otra manera, o si es menor de seis años, etc. Y a fin de facilitar la coordinación se señalan los concretos Hospitales donde debe acudir en función de la ubicación geográfica. ...».

³⁷ Alonso-Quecuty, M. L, «Exploración del Menor. El menor como testigo», Jornadas sobre El Tratamiento Jurídico del Menor, Consejo General del Poder Judicial y *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya*.

³⁸ No es igual iniciar la conversación con un niño de seis años que está jugando en una sala de espera que con uno de diez que aguarda en ella acompañado de algún familiar.

³⁹ Esta advertencia, muy parecida al *consentimiento informado* que el médico ha de obtener del enfermo, no siempre será fácil de hacer y pudiera prescindirse de ella si es previsible que pueda poner en peligro la eficacia de la entrevista.

⁴⁰ Lo que, por lo demás, es aplicable al interrogatorio con adultos. En el testimonio de investigadores policiales, por ejemplo, se corre el peligro de que, cuando ignora lo verdaderamente ocurrido (algo explicablemente frecuente cuando el caso no presenta características de relieve y ha transcurrido cierto tiempo, durante el que se repitieron otros semejantes), para no dar una imagen de competencia, rellene la laguna con «*lo que suele ocurrir*». Si llega a demostrarse que se equivocó, la Defensa contará con una buena baza para desacreditar el resto de su testimonio.

⁴¹ Por eso pudiera ser más aconsejable un modelo más aséptico: «¿Recuerdas qué hora era?» «¿Recuerdas dónde estabas?». Es muy posible que el niño conteste simplemente «sí» o «no». En el primer caso, el peligro de sugestión desaparece, pudiendo pasarse a la pregunta concreta «Y ¿qué hora era?» «Y ¿dónde estabas?»).

⁴² La alternativa que agota los términos posibles no puede considerarse peligrosa; con todo, hay que ser precavido: «¿era hombre o mujer?», aparentemente inocente, lo es menos si se tiene en cuenta que *hombre* y *mujer* son interpretados por el menor como antónimos de *niño* o *niña*. Si las contestaciones anteriores no dejaron claro (explícita o implícitamente) que se tratase de un adulto y es, éste, un dato a concretar, la pregunta

habrá de formularse dando un rodeo; invitando al entrevistado a que empiece por aclarar si era una persona *mayor* o no. Una vez aclarado este extremo se puede pasar a «¿era hombre o mujer?», o «¿era un niño o una niña?»

⁴³ El hecho de que el mismo Tribunal no se percate de ello demuestra su peligrosidad.

⁴⁴ En ningún caso es aconsejable dar a entender al explorado que «aquí se acabó todo, y no volveremos a vernos», so pena de dar al menor la impresión de haber sido utilizado por el adulto; lo que resultaría perjudicial en caso de que tuviera que realizarse alguna sesión más.

⁴⁵ Tal como se ha expuesto anteriormente, puede resultar incluso aconsejable; pero acaso haya de darle la palabra a tal efecto a la parte que propuso al menor como testigo; ella sabrá cuándo conviene cortar el *relato abierto* para pasar a las preguntas concretas.

⁴⁶ La forma todavía habitual de narrar cuentos infantiles puede ser un acabado ejemplo de lo que *no* debe hacerse al entrevistar a un menor.

⁴⁷ La jurisprudencia española utiliza en muchas ocasiones el concepto «incredibilidad subjetiva» para aludir a lo que realmente es «infiabilidad», que puede resultar de factores psicofísicos del testigo, que interfieren en la percepción, almacenamiento y evocación del recuerdo; o de relaciones o situaciones de muy diversa naturaleza.

⁴⁸ Con esta expresión, en la bibliografía italiana, se designa el estado emocional de una persona o de un conjunto de ellas o de sectores -más o menos amplios de la Sociedad- que produce una necesidad psicológica de encontrar y castigar al responsable del delito. El deseo de dar satisfacción a esa necesidad crea el peligro de que las instancias encargadas de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos presenten a una o varias personas como culpables, aunque no cuenten con una prueba suficiente. Así se explican algunos sonados errores judiciales en el Reino Unido en los tiempos más duros del terrorismo del IRA.

⁴⁹ La verosimilitud equivale a apariencia de verdad. Un relato es verosímil cuando, con arreglo a la experiencia común, puede ser real. La atribución de la muerte de una persona a la intervención de extraterrestres es escasamente verosímil. La afirmación de que la víctima falleció como consecuencia de las heridas sufridas al precipitarse sobre el acusado, quien empuñaba una navaja no puede descartarse como imposible, con arreglo a las enseñanzas de la experiencia vulgar.

La coherencia equivale a la consistencia del relato.

Hay tres niveles de coherencia.

[a] La coherencia interna sincrónica valora la compatibilidad, entre sí, de las diferentes

partes del relato desarrollado en un mismo acto: en las dependencias policiales, ante el Juez de Letras, ante el Tribunal sentenciador.

[b] La coherencia interna diacrónica valora la compatibilidad, entre sí, de los relatos hechos sucesivamente: el prestado ante el Tribunal de Sentencia en relación con el hecho ante el Juez de Letras y en las dependencias policiales.

[c] Hay una tercera coherencia, que pone en relación el relato del testigo con el resultado de otras pruebas, testificales o no.

⁵⁰ Un cambio de la historificación de lo ocurrido obligará a indagar sus razones, para, a la vista de su persuasividad, concluir la de la última declaración realizada.

⁵¹ La presencia de los padres es una conocida fuente de presión sobre los testigos menores o adultos jóvenes. La trascendencia de este factor sube de tono cuando el o la testigo han venido declarando falsamente en todo o en parte de su relato, y temen explicar abiertamente lo sucedido.

⁵² Así lo permiten los numerales 1) y 5) del artículo 308 CPP, cuando alguna parte del debate afecte directamente el honor, al intimidad personal o familiar o la vida privada de la víctima o de cualquiera de los testigos; o el testigo sea menor de dieciocho (18) años. La reserva se refuerza porque -como el Presidente del Tribunal ha de prevenir a los que se mantengan en la Sala, todos ellos deben mantener en secreto los hechos en que hayan participado o del os que hayan tenido conocimiento.

⁵³ También cabe, en casos de delitos relativos a la prostitución, que las personas que la ejercen testifiquen falsamente contra el proxeneta por problemas puramente económicos o emocionales generados en el contexto.

⁵⁴ García Quesada, M^a.T., «El miedo de los testigos», en «La prueba en el proceso Penal», Cuadernos de Derecho Judicial, 1/1992, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 393/402

⁵⁵ La eyaculación, por ejemplo.

⁵⁶ Los sentimientos inconscientes de culpabilidad pueden latir en el fondo de estos testimonios objetivamente falsos.

⁵⁷ ¡Cuánto más de unos latinismos quese van perdiendo progresivamente hasta quedar obsoletos!

⁵⁸ Beristain Ipiña, A., «¿La Sociedad/Judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos?», en «La Victimología», Cuadernos de Derecho Judicial, 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 161-222

⁵⁹ García Quesada, M^a.T., «El miedo de los testigos», en «La prueba en el proceso

Penal», Cuadernos de Derecho Judicial, 1/1992, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 393/402

⁶⁰ Estos medios pueden consistir en la desfiguración de su apariencia externa o en la interposición de obstáculos que impidan que sea visto por el acusado y por el público, entre el que puede encontrarse cualquier persona relacionada con el acusado a quien pueda facilitar información.

LECCIÓN 19: EXAMEN DE DOCUMENTOS Y LECTURAS AUTORIZADAS. DISCUSIÓN FINAL. CONCLUSIONES. AUDIENCIAS DE LAS VÍCTIMAS, ÚLTIMA PALABRA DEL IMPUTADO. CIERRE DEL DEBATE.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera de Paz, E., «Ley de Enjuiciamiento Criminal», V.III, Madrid, 1924, (esp. págs. 505 y ss.)

Asencio Mellado, J.M^a, «Prueba prohibida y prueba preconstituida», Trivium, Madrid, 1989

Barona Villar, S., «La incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista en el proceso penal», en «Justicia 84», 1984, IV, págs. 907 y ss.

Binder, A.M., «Introducción el Derecho Procesal Penal», Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.

Cafferata Nores, J.I., «Juicio penal oral», en «Temas de Derecho Procesal Penal», Depalma, Buenos Aires, 1988.

Cafferata Nores, J.I., «La prueba en el proceso penal», Depalma, Buenos Aires, 1994.
Castillo González, F., «El principio de inmediación en el proceso penal costarricense», en «Revista Judicial», 29, San José, 1984.

Chiovenda, G., «Instituciones de Derecho Procesal Civil», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

Díaz Cabiale, J.A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

Diego Díez, L.A., «Medios de Prueba en el Proceso Penal» en Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs. 341 y ss.

Diego Díez, L.A., «Los medios de prueba», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Estrella Ruiz, M., y Fortín Aguilar, M.A., «Valoración de la Prueba. Presunción de inocencia. In dubio, pro reo», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001.

Fairén Guillén, V., «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial», EDERSA, Madrid, 1986;

Fairén Guillén, V., «Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales», Librería Bosch, Barcelona, 1990.

Fernández Entralgo, J., «Principios del proceso y principios del procedimiento», en Andrés Ibáñez, P., Conde-Pumpido Tourón, C., Fernández Entralgo, J., Pérez Mariño, V. y Varela Castro, L., «*La reforma del proceso penal*», Tecnos, Madrid, 1990.

Fortín Aguilar, M.A., Comentario a los artículos 304 a 334, en Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, páginas 502 y ss.

Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en la misma obra, páginas 275 y ss.

Gimeno Sendra, V., «Fundamentos de Derecho Procesal», Civitas, Madrid,. 1981.
González Álvarez, D., y Arroyo Gutiérrez, J.M., «Principios y ventajas del sistema perocesar mixto moderno», Ilanud, San José, 1991.

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», citado, páginas 490 y ss.

Maier, J.B.J., «Derecho procesal penal», I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996.

Montero Aroca, J., «Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso», Tecnos, Madrid, 1976

Ortells Ramos, M., «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim», «Revista General de Derecho», 1979

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995

Serra Domínguez, M., «Informe oral», en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», XII, págs. 571-575

1. La prueba documental.

La prueba documental parece circunscribirse a escritos en sentido amplio, comprensivos del lenguaje escrito (en letras o números), pero también de gráficos, dibujos o pinturas, fotografías y medios análogos.

Así parece desprenderse del artículo 252 CPP, a cuyo tenor, para determinar el carácter público o privado de un documento, se estará a lo prescrito por los Códigos Civil (artículos 1496 y siguientes) y de Procedimientos Comunes (artículos 320 a 322).

Los documentos pueden aportarse en función de su carácter directamente representativo del hecho litigioso o de parte de él.

Estas pruebas documentales serán exhibidas en la audiencia, con indicación de su origen y leídas por el Secretario.(artículo 332 CPP), sin perjuicio de su examen directo por el Tribunal de Instancia.

En ocasiones su exhibición y eventual lectura habrá de ser completada por otra actividad probatoria, o, al contrario, está destinada a servirle de complemento.

Así, a tenor del artículo 251 CPP, los documentos incorporados al proceso, deberán ser exhibidos al imputado y a los testigos, para que manifiesten si los reconocen. El imputado y los testigos pueden no sólo reconocerlos (o rechazarlos) sino también hacer manifestaciones sobre ellos.

El documento, por otra parte, puede ser objeto de prueba pericial sobre su autenticidad o genuinidad, a fin de determinar si ha sido manipulado o tiene realmente el origen que se le asigna, por ejemplo, si un cuerpo de escritura ha sido efectuado realmente por la persona de quien se dice.

Consecuentemente, también tendrán acceso a los mismos los peritos, cuando sea necesario para el cumplimiento de sus cometidos (artículo 251 CPP).

Lo anterior vale para los demás objetos o piezas de convicción.

Los que hayan sido secuestrados, serán exhibidos para su reconocimiento por el imputado, los testigos, o los peritos (artículo 332.2.1 CPP). Todos ellos podrán hacer las observaciones que tengan por conveniente en relación con ellos, y contestar las preguntas y peticiones de aclaración que les formulen las partes o el Tribunal.

Las piezas de convicción (convencionalmente: cosas muebles, susceptibles de ser trasladadas a la Sala de Justicia) constituyen un medio de prueba («*monumentos*», en la terminología de Guasp, porque están llamadas a ser exhibidas: a la persona acusada, o a testigos o a peritos, y, en definitiva, al Tribunal), que, como tal, ha de ser propuesto en

el momento procesal oportuno. No cabe esperar a que preste declaración el acusado o perito o testigo al que se pretenden mostrar, sino que han de ser presentadas (directamente o por referencia del lugar donde se encuentren) en la audiencia de proposición o en el curso de la presentación del caso, al inicio del debate.

Conviene no confundir el juicio de admisibilidad de la proposición de examen de piezas de convicción con el juicio de su fiabilidad (valorando su autenticidad y genuinidad: es decir, si se trata realmente de piezas de convicción recogidas con motivo de la investigación del caso y si se han mantenido en el estado en que fueron encontradas, o han sido objeto de alguna manipulación), que, en su caso, entrañará la comprobación del correcto mantenimiento de la llamada «*cadena de custodia*», contrastando los resguardos de las sucesivas entregas, devoluciones y transmisiones de unas personas o instituciones a otras.

El contenido de las grabaciones y demás pruebas audiovisuales será dado a conocer durante la audiencia (artículo 332.2 CPP).

En ciertos casos puede bastar la escucha o visión de una parte de ellas, aquélla que tenga utilidad procesal; e incluso, tratándose de grabaciones de conversaciones podría prescindirse de su audición si el contenido de los registros fue transcrito fehacientemente y las partes están conformes en sustituir la escucha por la lectura.

Con todo, debe tenerse en cuenta que el mensaje comunicativo hablado no se agota en su texto. Su forma de expresión es fundamental para establecer su significado, y de ahí la importancia de la escucha directa por el órgano sentenciador.

2. Lecturas autorizadas.

La pauta de oralidad consagrada, como principio general rector del desarrollo del juicio oral por el artículo 310 CPP no es tan rígida que no permita excepciones. Están enumeradas en el artículo 311 CPP, en el que se permite que el tribunal sentenciador tenga conocimiento del contenido de determinados materiales escritos que podrá tener en cuenta para formar su convicción.

Estas excepciones se justifican por razones muy diversas.

[a] En unos casos, se trata de documentación de actos de investigación llevados a cabo durante la etapa preparatoria o instructora del proceso. Su introducción como material probatorio puede desempeñar

[a.1] una función integradora de la prueba practicada en el juicio oral o anticipadamente a él, por imposibilidad (o extraordinaria dificultad) de su reproducción; o

[a.2] una función de contraste, cuando el resultado de la prueba practicada en juicio sea contradictorio con el que arrojaron esas mismas fuentes de prueba en la etapa preparatoria o instructora.

[b] La utilizabilidad de la documentación de la prueba anticipada (practicada en los casos prevenidos por los artículos 256 y 277 CPP y con las garantías que en estos preceptos se establecen) está supeditada a la imposibilidad de su reproducción en el acto del juicio.

[c] La lectura de las manifestaciones que haga por escrito la persona que no pueda comunicarse oralmente como consecuencia de un defecto físico se justifica por la imposibilidad de servirse de un modo alternativo de expresión.

[d] La lectura de las pruebas documentales en sentido estricto (libros, documentos y piezas de convicción similares) se legitima porque sólo así puede el tribunal conocer su contenido y tenerlo en cuenta para formar su convicción.

2.1. La escritura como medio comunicativo por imposibilidad de utilización del lenguaje verbal.

A tenor del artículo 311.1 .3), el tribunal podrá instruirse, mediante lectura por el Secretario, en el curso del juicio oral, del contenido de las manifestaciones hechas por personas sordomudas que sólo puedan darse a entender por escrito, y que hayan sido documentadas de esta forma.

En el artículo 117.2 CPP (epigrafiado «Idioma y forma en que deben hacerse los actos procesales») ya que establece que «... [los] sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y las personas que por cualquier causa estén inhabilitadas para hablar, también serán interrogados por medio de intérprete que también prestará el juramento que se indica en el párrafo anterior. ...». Por tanto, la escritura está prevista como el modo ordinario de comunicarse con esas personas.

Insiste en esta misma idea el artículo 310.2 («Oralidad del juicio»): «... Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y quienes no puedan expresarse en el idioma nacional, lo harán por medio de intérprete. ...».

En puridad, esta previsión no constituye sino una excepción relativa o impropia, pues lo verdaderamente excepcional es que se dé lectura a la documentación de un material producido fuera de la presencia del tribunal sentenciador. Lo que importa, en los demás casos del artículo 311, no es -o no es tanto- la quiebra de la oralidad como de la inmediación, lo que pone de relieve la íntima conexión entre estas dos pautas procedimentales, ya destacada con anterioridad.

2.2. La introducción de material procedente de la instrucción del proceso.

El profesor Gómez Orbaneja, siguiendo a Goldschmidt, caracterizó plásticamente el proceso y procedimiento penales, un proceso y procedimiento «escalonados». Cada uno de sus diversos escalones, fases o etapas tiene una función muy precisa, que no debe ser usurpada por ninguno de los otros.

La instrucción es sólo -dentro de este tracto procedimental- una actividad preparatoria del juicio, del proceso en sentido estricto. Se generaliza la opinión que le niega carácter propiamente jurisdiccional. Por eso son cada vez más los Ordenamientos (entre ellos, el hondureño) que la encomiendan no a un órgano judicial, sino al Ministerio Fiscal, como acusador público, auxiliado por el aparato policial, aunque se reserve al Juez la decisión sobre la adopción u homologación de cualesquiera medidas que restrinjan derechos o libertades fundamentales.

Cuando vio la luz la vigente Ley española de Enjuiciamiento Criminal, la pervivencia secular del modelo inquisitivo había marcado profundamente la mentalidad de los procesalistas (o, si se quiere, de los procedimentalistas prácticos) de la época. No existía una clara conciencia de la diferencia cualitativa que existe entre la instrucción y el juicio oral. Una y otro aparecían unidos por un hilo de continuidad, que convertía al segundo en mera homologación o falsación de los resultados del primero.

No faltaron, sin embargo, ejemplos refrescantes, como la Instrucción número 52, recogida en la «*Memoria*» de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1883; y el discurso pronunciado por el Ministro de Gracia y Justicia, Romero Girón, en el solemne acto de apertura de los Tribunales, el mismo año de 1883.

En el fondo, entonces, y todavía ahora, existe una gran fe en la fiabilidad de unas diligencias cronológicamente más próximas al acaecimiento investigado. Una vez más, la lentitud del funcionamiento de la maquinaria judicial termina por corromper las exigencias de los principios del proceso penal de un Estado democrático de Derecho. Pero tampoco sería ocioso analizar si la tendencia recurrente a utilizar el material sumarial, en sustitución e incluso contra el resultado del «juicio verdadero» no está motivada por otra, aún más profunda, y muy difícil de admitir (en cuanto tiene de incómoda introspección colectiva, y de consiguiente autocrítica de los criterios organizativos del cañamazo social), que se resiste a la idea de que un posible culpable (y todavía hay que luchar tenazmente contra la realidad de la presunción de culpabilidad del imputado, digan lo que digan los bienintencionados textos constitucionales) pueda resultar absuelto.

Vaya, pues, por delante, una advertencia: en principio, la prueba, en sentido procesal estricto, y salvo las excepciones previstas respecto de la prueba anticipada, e introducción de material sumarial irreproducible como elemento probatorio, es la que se practica en el acto del juicio oral. Los procesalistas han sido siempre conscientes de la diferencia que separa las actuaciones sumariales, de la prueba en el juicio oral: y de cómo es ésta, y no aquéllas, la que ha de servir de fundamento a la sentencia del Tribunal.

«... Existe, desde el punto de vista estructural -escribe el profesor Ortells Ramos, haciéndose eco de un generalizado estado de opinión especializada- una radical diferencia entre el acto de investigación y el acto de prueba, consistente en que aquél no parte de un conjunto de afirmaciones de hecho con la finalidad de producir convicción

acerca de aquéllas, sino que, inversamente, ante una realidad desconocida o conocida imperfecta o fragmentariamente, la actividad investigadora se plantea como objetivo la posibilidad de hacer o no, y de qué modo, determinadas afirmaciones sobre hechos y el hallazgo de los elementos que permitirán después convencer a otros de la corrección de aquéllas...».

Los especialistas llaman la atención sobre el riesgo, nada remoto, de que el conocimiento, por el Tribunal, del material procedente de la instrucción, inficcionen, consciente o inconscientemente, el juicio jurisdiccional a la hora de reconstruir el caso. Monografistas como los profesores Gimeno Sendra y Asencio Mellado proponen limitar el acceso del órgano sentenciador al material instructorio, especialmente con anterioridad al comienzo de la sesión del juicio. Cuando se insiste tanto en la garantía de imparcialidad objetiva del juzgador, proscribiendo la acumulación de funciones instructora y decisora, profundizar en esta línea no es un vano ejercicio de psicologismo judicial. La lectura previa de la instrucción genera un peligro claro de que el órgano que ha de juzgar inicie las sesiones del plenario con el lastre de un prejuicio consciente o (y esto es quizá más temible) inconsciente.

Se ha llegado, así, a proponer -por el profesor Montero Aroca- que, al igual que ocurre en el proceso penal italiano el Tribunal sentenciador no disponga del sumario, cuyos destinatarios serían las partes acusadoras y acusadas. Con base en el material instructorio, formularían ellas sus alegaciones, propondrían las pruebas en defensa de las mismas, y dispondrían su estrategia procesal, partiendo del hecho de que lo no realizado en el acto de la vista, no existiría. Esto sería especialmente importante para el acusador, habida cuenta de la presunción de inocencia y del principio «*in dubio, pro reo*»; pero también afectaría a la Defensa, sobre todo, en relación con la acreditación de las circunstancias eximentes y atenuantes¹.

Por eso, la lectura de antecedentes sumariales tiene una función específica, a saber, la sustitución o complemento de pruebas que cabía esperar se practicasen en juicio oral, adornadas de la inmediación, contradicción y publicidad que le son propias. Por eso, también, su introducción excepcional ha de hacerse en términos tales que estas garantías se vean aseguradas en la mayor medida posible. Sólo en esas condiciones - advierte Goldschmidt- no sería, en puridad, contradictoria de cuanto requiere la plena vigencia del principio de inmediación.

Semejante exigencia viene, por otra parte, reclamada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su Sentencia de 24 de noviembre de 1986 (caso «*Unterpertinger*»), se estima la demanda del reclamante, y, en el punto 31 de su texto, se argumenta que la lectura de antecedentes instructorios «...en sí no puede considerarse opuesta al artículo 6.1 y 3.d) del Convenio [Europeo de 1950]; pero su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa, cuya protección es el objetivo y la razón de ser del precepto. Sucede así especialmente cuando la persona acusada, a la que el artículo 6.3.d) reconoce el derecho de "interrogar o hacer interrogar" a los testigos propuestos por la acusación, no ha podido en ningún momento del procedimiento anterior preguntar a las personas cuyas declaraciones se leen en la

audiencia pública...». Y su Sentencia de 6 de diciembre de 1988 (caso «*Barberá, Mesegue y Jabardo*») previene contra el abuso de la fórmula de tener, sin más, «*por reproducidos*» los documentos sumariales, sin siquiera su lectura en el acto del juicio², en la medida en que puede hurtar a la publicidad la práctica de una gran parte de las pruebas.

La incorporación, como prueba, del material informativo procedente de la preparación o instrucción, permitiendo la lectura de su registro documental en juicio, cuando no se pueda reproducir en él, constituye una solución que trata de armonizar el ideal de formación de la convicción judicial sobre la base de la prueba practicada ante él y el de garantizar la eficacia del proceso, que podría verse comprometida en caso de prohibir radicalmente el acceso de ese material como acervo probatorio utilizable por las partes y, en último término, por el órgano sentenciador³.

La lectura de los antecedentes escritos documentadores de actos de obtención de material probatorio practicados fuera de la presencia del tribunal tiene una finalidad múltiple, y en modo alguno puede ser banalizada como una formalidad prescindible⁴.

Permite, ante todo, integrar el conseguido en el mismo acto del juicio, evitando que se pierdan datos que pueden resultar fundamentales para la reconstrucción de lo sucedido (permitiendo aproximarse en mayor medida al ideal de conocimiento de la «*verdad material*») o el tratamiento jurídico del caso; y haciendo realidad los principios de igualdad de armas y de contradicción, ya que, mediante la lectura de este material documentado, ambas partes tienen conocimiento de su contenido, y pueden, consecuentemente, criticarlo y utilizarlo o rechazarlo según convenga a sus intereses.

El profesor Asencio Mellad elaboró el siguiente cuadro comparado (en el ámbito europeo occidental) de causas justificativas de la lectura de antecedentes instructorios:

«... 1º. Muerte del testigo o perito. Residencia desconocida. Anomalía psíquica o física que se opone a la declaración (§ 251.1.1 StPO alemana; § 252.1.1 StPO austríaca; artículo 356.4 CPP portugués).

2º Enfermedad. Debilidad. Mayor edad. Imposibilidad duradera. Otros impedimentos irremovibles o razones importantes que se oponen a la presencia de testigos, peritos o coimputados en tiempo razonable o incierto (§ 251.1.2 StPO alemana; § 252.1.2 StPO austríaca; artículo 356.4 CPP portugués).

3º Residencia alejada de la sede del Tribunal (§ 251.1.3 StPO alemana; § 251.1.1 StPO austríaca).

4º Conformidad de las partes (§ 251.1.4 y 251.2 StPO alemana; § 251.1.4 StPO austríaca; artículo 356.2.b CPP portugués)...».

Extendiendo el análisis al espacio centroamericano, cabe sintetizar el siguiente esquema:

1º. Muerte del testigo o perito (artículo 364.2 CPPGuatemala). Residencia desconocida (artículo 364.2 CPPGuatemala). Rebeldía del coimputado ya juzgado anteriormente (artículo 364.4 CPPGuatemala; artículo 330.3 CPPEI Salvador; artículo 334.c CPPCosta Rica).

2º. Impedimentos irremovibles o razones importantes que se oponen a la presencia de testigos, peritos o coimputados en tiempo razonable o incierto (artículo 364.2 CPPGuatemala; artículo 330 CPPEI Salvador)

3º Residencia alejada de la sede del Tribunal (artículo 364.2 CPP Guatemala)

4º Conformidad de las partes (artículo 363.2 CPP Guatemala)

En todos los Códigos estudiados se admite la incorporación, por lectura, de la documentación del resultado de determinadas actuaciones investigadoras irreproducibles en juicio, así como de las practicadas por auxilio interjudicial.

Partiendo de la bibliografía más citada⁵, se podría construir una teoría y práctica de las causas de admisibilidad de la lectura de antecedentes instructorios, para formar la convicción judicial.

Para empezar, se distingue entre imposibilidad y dificultad (más o menos grave) de reproducción de la prueba.

No representa escollo alguno la imposibilidad absoluta -irremediable («*unvermeidbar*»), en la terminología de Roxin- de reproducción. La muerte, ignorado paradero o anomalía física o psíquica definitivamente inhabilitante para prestar declaración, o la destrucción del objeto sobre el que habría de practicarse la pericia, entrarían (de acuerdo con Ortells y Díaz-Cabiale) en este capítulo.

En otras ocasiones, en cambio, es posible practicar la prueba, pero se oponen obstáculos que o hacen especialmente difícil su práctica, o ésta representaría una notable dilación. Se hace, entonces preciso -como observa la profesora Barona Villar- ponderar los intereses en juego y optar entre la lectura sustitutiva, o la suspensión del juicio para la práctica de la prueba.

Una vez más, pueden suscribirse las sensatas palabras del profesor Asencio Mellado: «...En estos supuestos cabría ... atender a diversos factores de manera singularizada y no sujetos a normas generales, tales como la duración previsible de la incomparecencia, la importancia de la declaración o su innecesariedad, el hecho penal enjuiciado, la situación personal del imputado, el interés económico de las víctimas, y los perjuicios derivados de la espera en resumen, etc., que podrían bien aconsejar el prescindir de la prueba, o bien la lectura en función del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a los ... intereses de las víctimas del delito...»⁶.

La introducción, por vía de lectura en juicio, material procedente de la fase instructora, a

efectos de formación de la convicción judicial debería hacer reflexionar sobre la imperiosa necesidad de una documentación fiel y exacta de las manifestaciones emitidas e informes rendidos, sirviéndose de todas las posibilidades que proporciona la moderna tecnología de reproducción audiovisual.

Es preciso no confundir, a estos efectos, escribe Díaz Cabiale, «... lo que no es más que el aseguramiento de pruebas, obtención de piezas de convicción o registros de voz, con lo que es la prueba por imperativo de la oralidad: la declaración de quien practicó el registro, la audición de las grabaciones, o la lectura de la transcripción de las mismas, en el juicio oral, ya que ... sólo esos supuestos constituyen verdaderas pruebas en cuanto que aseguran la contradicción y la inmediación. No se trata ... de que estas últimas actuaciones descritas se practiquen, porque es irrepetible el registro domiciliario o la interceptación de las comunicaciones, pruebas en sentido lato, sino porque son ellas las verdaderas pruebas en el sentido procesal del término, y que responden al concepto de prueba en un sentido acusatorio. ...».

La comparación entre el numeral 4) y el 2) del artículo 311 CPP resulta sumamente ilustrativa de lo expuesto. En el primer caso, la lectura sustituye la práctica material del testimonio o de la pericia en el acto del juicio; en el segundo, la lectura de las actas documentadoras de inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos no exime de la necesidad de que sean ratificado su contenido por las personas que respectivamente los realizaron.

Ese material procedente de la instrucción, es valorado según las reglas de la sana crítica junto con el resultado del resto de la prueba, de acuerdo con la regla de valoración establecida en el artículo 202 CPP. Con «...la misma virtualidad probatoria que [se atribuye] a las demás pruebas practicadas en el acto del juicio oral...», en palabras de un comentarista tan clásico como Aguilera de Paz.

Cuestión controvertida es la eficacia probatoria que ha de atribuirse a ese material. No hay dificultad en admitir su poder de verificación o contraste de la practicada en el juicio oral. La lectura de una declaración prestada por el acusado o por un testigo en el curso de la instrucción y contradicha por sus manifestaciones durante el debate, puede ser utilizada para desacreditar estas últimas, si aquéllas parecen más creíbles (por objetivamente verosímiles y coherentes internamente) y fiables (por más próximas al hecho y más espontáneas), y así se reconoce en numerosos sistemas procesales tanto de Derecho europeo continental, como del ámbito anglosajón.

El problema surge cuando se pretende asignarles un valor no meramente verificador o de contraste, sino también de prueba directa de cargo, sobre la que pueda sustentarse el fallo condenatorio, por suficiente para enervar la afirmación interina de inocencia.

Algunos sistemas niegan tal posibilidad. El ejemplo más rotundo de esta opción acaso sea el vigente Código italiano de Procedimiento Penal⁷.

En España, existe un estado de opinión (respaldado por las doctrinas jurisprudencial y

constitucional) favorable a la viabilidad de que, en el modelo de proceso penal ante órganos jurisdiccionales profesionales (no así ante el Tribunal del Jurado), el fallo condenatorio pueda fundarse en este material sumarial, siempre que se dé lectura de él en el acto del juicio, se interroge al acusado, testigo o perito sobre la contradicción apreciada, para que pueda dar explicación de sus causas, y tengan, las partes, oportunidad de criticarla contradictoriamente⁸.

La lectura del artículo 311 CPP permite distinguir dos casos y finalidades diferentes de autorización de la lectura de material procedente de la etapa preparatoria⁹.

[a] Lectura con finalidad integradora.

a.1. Lectura de material que ha de servir de base a un testimonio o pericia propuestos para ser practicados durante el debate en juicio oral.

Tal es el caso del artículo 311.1.4), alusivo a las «... actas que documenten inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos que se hayan obtenido o realizado en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Código, pero habrán de ser ratificadas en juicio siempre que sea posible. ...»; y del artículo 311.1.5), referente a los «... informes periciales realizados durante la etapa preparatoria, a efectos de ratificación en el acto del juicio. ...».

Una necropsia, una comprobación alcoholimétrica, un registro domiciliario o una interceptación y registro de una comunicación telefónica son, en sí mismos, actos irreproducibles. Sin embargo, sí pueden ser citados a fin de que comparezcan en juicio los expertos que llevaron a cabo esas investigaciones o los funcionarios policiales que efectuaron el registro, a fin de que manifiesten cómo se practicaron y cuáles fueron sus resultados, y puedan ser sometidos a examen contradictorio (la «*cross examination*» del Derecho procesal penal angloamericano) por todas las partes procesales, de modo que el órgano sentenciador pueda valorar su credibilidad y fiabilidad, bases del juicio de persuasividad.

a.2. Lectura de material que ha de servir para formar la convicción del órgano sentenciador.

El artículo 311.1.2) CPP permite la lectura de los «... testimonios o pericias practicadas durante la etapa preparatoria, cuando sea imposible o extraordinariamente difícil su reproducción en el acto del juicio oral. ...».

Las consideraciones expuestas con anterioridad sobre el juicio de imposibilidad o extraordinaria dificultad de reproducción de la prueba testifical o pericial en el acto del juicio oral.

En todo caso, únicamente debería abrirse esta vía al material obtenido en fase o etapa preparatorias observando la garantía de oportunidad de asistencia contradictoria por ambas partes.

El valor probatorio potencial de este material es, en principio, el mismo que el del conseguido en el acto del juicio oral. Puede servir de fundamento para contrarrestar otras pruebas y, además, para fundar positivamente un fallo condenatorio, enervando la afirmación interina de inocencia.

Las partes podrán criticar, al defender sus respectivas conclusiones definitivas en la discusión final, la fuerza persuasiva de los testimonios o pericias incorporados por esta vía como material probatorio utilizable para formar el convencimiento del tribunal sentenciador. Obviamente, no será el mismo si su documentación comprende la transcripción literal e íntegra de las preguntas y respuestas, que si se han resumido por quien redactó el acta documentadora. En todo caso, siempre se habrá perdido (salvo registro audiovisual) la parte del mensaje comunicativo propia del lenguaje oral y del lenguaje no verbal o gestual. Por todo ello, la utilización de este material ha de hacerse con suma cautela, y razonarse cumplidamente en la sentencia su admisión o descarte a efectos probatorios.

[b] Lectura con finalidad contrastadora.

Aluden a ella los numerales 5 (inciso segundo) y 6 del primer párrafo del artículo 311 CPP.

Así, cuando los informes periciales realizados durante la etapa preparatoria contradigan el contenido de los rendidos en juicio, «... las partes podrán interrogar al perito sobre la contradicción apreciada entre ambas manifestaciones sucesivas ...»; y lo mismo podrán hacer en caso de contradicción del acusado o de algún testigo cuando lo declarado en juicio no concuerde con lo dicho anteriormente, en la fase o etapa preparatorias.

Ni en este artículo ni en el numeral 2 de la regla cuarta del artículo 338 CPP, a propósito de la sentencia en primera instancia, queda explícita la eficacia de esta lectura de contraste y del posterior interrogatorio del perito y del acusado o del testigo sobre la contradicción apreciada entre sus sucesivos informes o declaraciones.

No será polémica la admisión de su valor desacreditativo. Si el acusado, testigo o perito no dan explicación satisfactoria sobre su retractación en juicio, el tribunal podrá negar persuasividad a lo manifestado en él.

El problema se suscita a propósito de su eficacia directa o positiva como prueba de cargo. La ambigüedad del tenor legal -en que no parece haberse caído al redactar las normas transcritas¹⁰- podría resolverse en favor de la admisión de esta eficacia, en la medida en que el reconocimiento de la realización de las anteriores manifestaciones o informes, sin alegar razón alguna que las desacrediten, constituye una situación equivalente a la que produciría una sucesión de manifestaciones contradictorias entre sí durante su interrogatorio por las partes en el acto del juicio.

En definitiva, pues, cuando el acusado, un testigo o un perito manifiestan, en juicio, cosa

contradictoria a la relatada o informada en la fase o etapa preparatorias, se podrá dar lectura de sus manifestaciones anteriores¹¹, a instancia de cualquiera de las partes procesales que pretenda utilizarlas a efectos probatorios.

El declarante será interrogado contradictoriamente sobre esta alegada contradicción, a fin de que dé explicación sobre ella.

Si su descargo no parece satisfactorio al tribunal, podrá, éste, en todo caso, no tomar en consideración la declaración o informe pericial prestados en juicio. En cambio, es dudoso que pueda fundar un fallo condenatorio sobre la base de las manifestaciones o pericia precedentes, en caso de considerarlos creíbles y fiables, aunque hay buenas razones para admitir esta posibilidad.

2.3. La lectura de la prueba practicada anticipadamente.

El numeral 1) del párrafo primero del artículo 311 CPP permite dar lectura -e implícitamente utilizar como prueba- a los «... testimonios o pericias que se hayan recibido antes del debate conforme a las reglas de la prueba anticipada y que resulte imposible reproducir en el acto del juicio ...».

También, en este caso, la verdadera dificultad de esta excepción no radica tanto en lo que tiene de tal al principio de oralidad, sino al de inmediación, ya que la práctica de esa prueba no tiene lugar ante el Tribunal de Sentencia.

Si, aun practicada anticipadamente, puede reproducirse sin dificultad ante el órgano sentenciador en el juicio oral, deberá proponerse y practicarse, sin que puedan ser sustituidas por la lectura permitida -bajo el presupuesto de irreproductibilidad- por el artículo 311.1.1) CPPP- independientemente de que, en caso de contradicción, se esté a lo explicado con anterioridad a propósito de lo establecido por el artículo 311.1 [5 y 6] CPP.

3. Discusión final. Conclusiones. Audiencias de las víctimas, última palabra del imputado. Cierre del debate.

3.1. Discusión final. Conclusiones.

A tenor del artículo 334 CPP (Discusión final y cierre del debate»), «... [terminada] la recepción de las pruebas, el Presidente concederá, sucesivamente, la palabra al Fiscal, al Acusador Privado y al Defensor, para que en ese orden expresen sus conclusiones.

»Durante la presentación de las conclusiones, las partes evitarán la lectura íntegra de aquellas, aunque puedan servirse de notas para ordenarla o para ayudar su memoria.

»El Fiscal y los representantes de las partes, podrán hablar por segunda vez, con la venia del Presidente, para aclarar conceptos.

»El Presidente impedirá las divagaciones, repeticiones o interrupciones.

»Si el Fiscal o el Acusador Privado, en su caso, modificase la calificación inicial del hecho, considerándolo como falta, la competencia del tribunal se extenderá al pronunciamiento sobre este extremo. ...».

Se reúnen en un solo momento procesal dos actuaciones distintas, a saber, la fijación de las calificaciones y pretensiones definitivas de las partes y su argumentación.

El tenor literal del precepto inclina a interpretar que cada parte procesal intervendrá sucesivamente a fin de formular su calificación y pretensiones. Esto podría conducir a que las que lo hagan en último lugar se encontrasen en una situación ventajosa, puesto que conocerían los argumentos de la contraparte, mientras que ésta no habría podido sino hipotetizar los que podrían utilizar las partes que le siguieran en el uso de la palabra. La previsión del turno de réplica para aclaración de conceptos resuelve esta dificultad.

El informe de las partes constituye, en palabras de Serra Domínguez, «... una pieza fundamental, la más importante intervención de las partes a lo largo del proceso ...»; enumerando una serie de características que compondrían el modelo ideal.

[a] Orden expositivo.

Es indispensable -escribe Serra Domínguez- «... que la exposición se ajuste a un esquema ordenado en el que se vayan insertando los diversos extremos, de hecho y de derecho, jurídicamente relevantes ...».

La parte informante deberá preparar previamente el esquema de su intervención, sin confiarse a la improvisación. Un esquema, obviamente, no significa el desarrollo íntegro y exhaustivo del informe, para ser leído ante el tribunal. La lectura resta espontaneidad y obliga al auditorio a un esfuerzo de atención. Este factor no debe desdeñarse, puesto que el tribunal se ve obligado a escuchar, día tras día, numerosos informes. Por otra parte, el artículo 334 CPP parece prohibir que las partes se limiten a leer mecánicamente sus conclusiones escritas. El precepto contiene un mandato de oralidad estricta, aunque permita valerse de notas o apuntes para ordenar el informe -aquí entraría el esquema para su desarrollo- o para refrescar su memoria, por ejemplo, cuando haya de manejar datos o cifras precisos, o hacer citas legales, jurisprudenciales o doctrinales.

Cuando se interviene en primer lugar, se puede preparar un esquema rígido, en el que habrá que prever posibles objeciones de la contraparte (hipotéticas o ya afloradas en el curso del debate) y anticiparse en su refutación, calculando estratégicamente, también en este caso, si, procediendo así, se corre el peligro de aperebirla sobre puntos en los que podría no haber reparado.

Los esquemas de los intervinientes sucesivos habrán de ser, por necesidad, parcialmente abiertos, y las partes, estar preparadas para modificarlos al compás de las

intervenciones anteriores.

El informe de la parte acusadora deberá comenzar estableciendo con claridad y precisión la calificación y pretensiones definitivas. Lo que en el escrito de acusación fue provisional o eventual, ahora habrá de fijarse con carácter definitivo. La Defensa, por su parte, podrá proponer unas conclusiones especulares (pero de signo contrario, esto es, negativas) respecto de la acusación, o -principal o subsidiariamente- otras independientes, siempre, claro está, que mantengan relación con el hecho enjuiciado.

Las partes podrán optar por formular conclusiones únicas, o escalonar unas principales y otra, u otras, subsidiarias, para el caso de no estimarse las anteriores. Esta estrategia se desdeña a menudo, por las Defensas, pese a su utilidad, temiendo que, negado el hecho o la participación del acusado, una calificación subsidiaria invocando una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad, pueda ser entendida como una admisión implícita y subliminal de culpabilidad. Así es percibida en la práctica, en realidad, por algunos tribunales, por lo que las Defensas deberán escrutar la psicología de los juzgadores para calcular los riesgos que podría entrañar este planteamiento.

La argumentación se concretará a «... resumir brevemente las pruebas y a plantear con precisión los diversos problemas jurídicos y humanos resultantes de los hechos que se consideran probados ...». Las partes habrán de evaluar psicológicamente a los jueces, para elegir el método persuasivo que mejor los motive para aproximarlos a las conclusiones presentadas por aquéllas. Dillehay, partiendo de los resultados de estudios especializados, recuerda que el tribunal puede responder a la argumentación de las partes por una de estas vías (o por ambas): «[1] la valoración del contenido de los argumentos, sus afirmaciones y conclusiones, o [2] ... las características de persuasión, las que rodean la comunicación, tales como la atracción del comunicador, o el poder que tenga. ...». Tratándose de un tribunal profesional, primará la primera, pero las partes no tienen por qué renunciar a utilizar técnicas de persuasión que «... activen emociones fuertes de la audiencia ... introducir símbolos potentes que evoquen valores centrales ... [del tribunal], y no se prohíbe que ... [empleen] los elementos del suspense, las descripciones gráficas de hechos y las sugerencias duras. ...».

[b] Brevedad.

El ideal es que el informe sea «*ajustado*», esto es, proporcionado a las exigencias del caso¹².

Un informe -advierte sensatamente Serra Domínguez- «... no debe ser reiterativo. Repetir machaconamente los mismos problemas sólo sirve para cansar la atención del tribunal y distraerlo respecto de otros aspectos más sugestivos. ... [El] informe debe limitarse a uno o varios aspectos del problema debatido, a aquellos más relevantes para el fallo, sin que pueda pretender abarcarlos todos. ... La brevedad no debe, empero, significar el olvido de los puntos fundamentales ... [En definitiva,] deben abordarse todos los problemas fundamentales en el menor plazo posible, proporcionalmente a la dificultad que representan. ...»

[c] Lenguaje.

El mensaje comunicativo propio del informe requiere una combinación equilibrada de corrección formal, con ocasionales concesiones al habla más llana¹³, y técnica jurídica depurada. Por supuesto, un informe no es una lección magistral dictada desde una cátedra universitaria, y el reto, para la parte interviniente, es conseguir combinar las dosis justas de teoría y aplicación práctica del conocimiento teórico al caso concreto.

Podrá invocar argumentos de autoridad y los criterios de la doctrina jurisprudencial, sin olvidar que lo fundamental es la explicación del contenido de aquéllos y de éstos, sin reproducirlos monótonamente ni conformarse con la simple cita de autores o de sentencias.

La emoción tiene su lugar en el discurso argumentativo, pero no se debe confundir con la fastidiosa retórica hueca, que puede producir efectos contraproducentes en el tribunal si la percibe como ejercicio de narcisismo o como síntoma de ausencia de razones de peso sustentadoras de la posición de la parte interviniente.

[d] Respeto.

«... El informe -escribe Serra Domínguez- debe ser respetuoso, tanto por lo que respecta al tribunal cuanto a los restantes informantes, con las partes y con los terceros más o menos relacionados con la causa ...».

Las actitudes agresivas y de descrédito hacia las contrapartes o hacia terceros pueden resultar perjudiciales para los propios intereses, al provocar una actitud -consciente o inconsciente- de rechazo del Tribunal. Por lo mismo, la ironía ha de manejarse con extremo cuidado.

Al Presidente del Tribunal se atribuye un poder de disciplina sobre las partes, del que deberá hacer uso proporcionado, en aras de la mayor eficacia del derecho que cada parte tiene a defender sus respectivas posiciones.

3.2. La intervención de la víctima.

De acuerdo con el artículo 334 CPP, la víctima «.. podrá hacer uso de la palabra por una sola vez, aunque no hubiera intervenido en el proceso. ...».

Esta oportunidad de que la víctima haga oír su voz al final del debate constituye una manifestación del movimiento de revitalización del papel procesal de aquélla.

La víctima podrá expresar su parecer sobre el caso, sobre el desarrollo del proceso o sobre alguna prueba o sobre su valor persuasivo. El Presidente del Tribunal tendrá, sobre su intervención, el mismo poder de control que sobre las partes procesales en sus intervenciones.

3.3. El derecho del acusado a la «última palabra».

«... Finalmente, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después de lo que él exprese, declarará cerrado el debate ...». Así se lee en el último párrafo del artículo 334 CPP.

Este derecho «a la última palabra» es considerado, en la bibliografía especializada, como una manifestación del derecho de defensa¹⁴, sobre el que el Presidente del Tribunal puede controlar en los términos establecidos en este mismo artículo respecto de las partes.

El acusado, en este trámite, podrá admitir los hechos imputados, retractarse de sus anteriores declaraciones, objetar las formuladas por coimputados, testigos y peritos, o argumentar contra las partes acusadoras. Podrá, incluso, ampliar los razonamientos de su Defensa y hasta discrepar abiertamente de ella.

En ocasiones, tras intervenciones muy técnicas y apegadas al hecho enjuiciado, este trámite constituye la única vía para que el Tribunal tenga noticia de la biografía del acusado, de su perfil como persona y de su andadura vital. El impacto psicológico de esta intervención -frente a la que las partes no pueden hacer sino guardar silencio¹⁵- puede ser muy diferente según los casos. La Defensa obrará prudentemente preparando esta última intervención de su patrocinado, porque, a veces, la falta de conciencia del alcance de sus palabras hace que la persona acusada convierta esta oportunidad de defensa en un verdadero alegato en su contra o en menoscabo de la estrategia defensiva de su Abogado.

4. Cierre del debate.

Tras la intervención del acusado, el Presidente del Tribunal declarará cerrado el debate y los Magistrados se retirarán a deliberar (inciso último del último párrafo del artículo 334 CPP).

El caso queda cerrado y visto para sentencia.

NOTAS

¹. La propuesta no tiene por qué sorprender. Así ocurre en el juicio con jurado (también en el español, a partir de 1995); y en esa línea se orientó la reforma procesal, operada en Italia, en 1988.

En efecto, al disponer la apertura del juicio oral, el Juez encargado de las Diligencias Preliminares, controlador de la instrucción, remite al Tribunal sentenciador un cuaderno

(el «*fascicolo per il dibattimento*») conteniendo sólo parte del material instructorio. A los efectos que ahora interesan, se incluye en él la documentación de los actos de investigación no reproducibles practicados por el Ministerio Fiscal y por la Policía judicial, así como de la prueba anticipada (artículo 431); mientras que la totalidad de aquel material procedente de la instrucción se incorpora a otro cuaderno (el «*fascicolo del pubblico ministero*»), que queda a disposición de las partes acusadoras y de la Defensa (artículo 433)

². Práctica viciosa que fue muy frecuente en España, hasta que el Tribunal Constitucional empezó a poner orden en el proceso penal, a partir de su trascendental Sentencia 31/1981, de 28 de julio. Lo perturbador no era tanto que se pudiese prescindir de la lectura material, en el acto del juicio, de las actuaciones sumariales verdaderamente irreproducibles en él, sino que, prescindiendo de la exigencia legal de su irrepeticibilidad en él, se entendía que la totalidad de la información conseguida en el curso de la instrucción, podía ser asumida como prueba si cualquiera de las partes interesaba que se tuviera «pro reproducida».

³. Ferrúa, P., «Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali», Milán, 1988, págs. 339 y ss.

Diversas legislaciones del entorno cultural europeo occidental admiten la lectura de actuaciones sumariales, en el curso del proceso, para contribuir a la formación de la convicción judicial.

Así, el artículo 251 de la Ley Procesal Penal de la República Federal Alemana dispone: «...(1) El interrogatorio de un testigo, perito o coimputado podrá ser sustituido por la lectura del acta sobre su anterior interrogatorio judicial cuando: 1. El testigo, perito o coimputado hubiera fallecido o caído en estado de enfermedad mental, o no se averiguara su residencia; 2. Se opusiera a la comparecencia del testigo, perito o coimputado, en la vista principal, por largo o incierto tiempo, la enfermedad, la debilidad u otro impedimento irremovible («...*nicht zu beseitigende*...»); 3. No pudiera exigirse al testigo o perito la comparecencia en la vista principal, a causa de la gran distancia, teniendo en cuenta la importancia de su declaración; 4. Estuvieran de acuerdo con la lectura el Fiscal, el defensor y el acusado. (2) Si hubiera fallecido un testigo, perito o coimputado, o no pudiera ser interrogado judicialmente por otra causa prontamente, podrán leerse también actas sobre otro interrogatorio, así como documentos que contengan una declaración escrita proveniente de él...»

El artículo 512 del nuevo Código Procesal italiano permite que el Juez, a instancia de parte, acuerde la lectura de los documentos en que consten las actuaciones practicadas por el Ministerio Público y por el Juez, en el transcurso de la audiencia preliminar, cuando por hechos o circunstancias sobrevenidas sea imposible su reproducción en el juicio.

El 513.1, por su parte, establece que «si el imputado se hallare en situación de rebeldía o estuviere ausente, o se negase a someterse al interrogatorio, se autorizará, a instancia de parque, a que se dé lectura de las actas en que consten las declaraciones realizadas por el imputado ante el Ministerio Público o ante el Juez en el transcurso de las investigaciones preliminares, o en la audiencia preliminar...». Una regla similar rige, en última instancia (tras haber agotado todos los medios para lograr el interrogatorio en forma), respecto de las declaraciones prestadas por imputados en procedimientos conexos (artículo 513.2).

Y el 356.4 del no menos nuevo Código portugués de Procedimiento Penal, permite igualmente la lectura de declaraciones prestadas ante el Juez o ante el Ministerio Público, si los declarantes no hubieran podido comparecer por fallecimiento, anomalía psíquica sobrevenida o imposibilidad duradera.

De igual modo, en el artículo 730 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal se dispone que podrán «... leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. ...».

⁴. Paolozzi, G., «Dei testimoni», CEDAM, Padova, 1984, pág. 13

⁵. Ortells, loc. cit.; Asencio, loc. cit., págs. 184 y ss.; Barona Villar, S., «La incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista en el proceso penal», en «Justicia 84», 1984, IV, págs. 907 y ss.

⁶. De acuerdo con el artículo 730 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, las causas de la imposibilidad o dificultad de la práctica de la prueba han de ser independientes de la voluntad de las partes.

Este requisito es interpretado por el profesor Asencio Mellado como impeditivo de la sustitución de la prueba por la lectura de antecedentes sumariales, en virtud del acuerdo de las partes, hipótesis permitida, en cambio, por las Leyes federal alemana, austríaca y portuguesa, así como en la guatemalteca, todas ellas de procedimiento penal. Para Díaz Cabiale, la la utilizabilidad del material obtenido en la fase preparatoria o instructora, mediante su lectura en el acto del juicio oral, ha de ponerse en relación con las exigencias del principio acusatorio, y la carga de la prueba que pesa sobre cada una de las partes procesales, de modo que sólo cabría «... en los supuestos de irrepeticibilidad sobrevenida con carácter imprevisible, existiendo como regla general la carga de las partes, especialmente de la acusación, de determinar cuando podría imposibilitarse la repetición de una diligencia dentro de los límites de lo razonable ...». La parte, en caso de riesgo de pérdida de la fuente de prueba en el plazo que medie entre el período de proposición y el juicio oral, habrá de interesar su práctica anticipada y, de no haberlo hecho así, no podrá, luego, pretender la lectura del resultado de lo actuado durante la fase investigadora.

⁷. Ennio Amodio, parafraseando el mandamiento del Decálogo, construye este contundente precepto que el juicio oral dirige al juez: «*no buscarás prueba alguna fuera*

de mí» (*«non avrai altra prova all'infuri di me»*)[Amodio, E., «Fascicolo processuale», en la obra colectiva «Lezioni sul nuovo processo penale», Giuffrè, Milano, 1990, pág. 172].

⁸. Ortells, loc. cit., pág. 426; y en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Ortells Ramos, M. y Montón Redondo, A., «Derecho Jurisdiccional», III, Proceso Penal, Librería Bosch, Barcelona, 1991, pág. 327; Devis Echandia, H., «Principios fundamentales del derecho procesal penal», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1982, pág. 549, insistiendo mucho en la necesidad de garantizar la exigencia de contradicción; Asencio, loc. cit., pág. 194, sólo para testigos y peritos, no así para el acusado; Díaz Cabiale, loc. cit., págs. 260 y ss., con alguna reticencia, y siempre que el material sumarial haya sido obtenido legítimamente. Gimeno Sendra parece partidario de permitir este efecto sólo cuando el material haya sido obtenido en condiciones que permitan equipararlo a una prueba anticipada o preconstituída: en Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., Almagro Nosete, J. y Cortés Domínguez, V., «Derecho Procesal», II, proceso Penal, tirant lo blanch, Valencia, 1988, pág. 406. Claramente a favor de aprovechar al máximo las posibilidades de *importación* de material probatorio conseguido en la fase preparatoria o instructora, se muestra Burgos Ladrón de Guevara, J., «El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español», Civitas, Madrid, 1992. En contra de esta opinión mayoritaria, Gómez Orbaneja, en Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V., «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968, pág. 238. Ramos Méndez es tajante en este sentido: «... No constituye prueba documental la simple lectura de folios sumariales o de los que documenten otras diligencias de instrucción. La lectura constitucional del artículo 730 de la LECr [que la permite] conduce a ignorarlo sin más. ...» 3: Ramos Méndez, F., «El proceso penal. Lectura constitucional», Librería Bosch, Barcelona, 1988, pág. 339.

⁹. Fortín Aguilar, M.A., Comentario al artículo 311, en Palacios Mejía, J.M^a y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras» cit. pág. 509

¹⁰. Son los riesgos de las elipsis en la redacción de las normas, provocadas a menudo por la elusión de determinados presupuestos que su redactor o redactores dan como implícitos, cuando sólo para ellos lo son, y por eso la fórmula lingüística utilizada resulta, finalmente, desgraciadamente equívoca.

¹¹. Previamente, se exhibirá el documento al declarante, para que manifieste si reconoce que está firmado (o escrito, si es total o parcialmente autógrafo) por él. En caso de manifestar que la firma o el cuerpo de escritura a él atribuidos son falsos, podría abrirse una investigación complementaria sobre este extremo, con suspensión del procedimiento, a tenor del artículo 312.6 CPP. Será prudente no precipitarse a suspenderlo, aguardando a la conclusión del juicio para dilucidar si este extremo tiene verdadera relevancia para la decisión del caso.

¹². «... Un informe que dure varias horas puede ser breve en exceso, mientras puede ser agotador un informe de diez minutos. ...», Serra, «Informe ...» cit., pág. 749

¹³. Un informe desarrollado en habla vulgar, con empleo de recursos efectistas, puede ser sintomático de que su verdadero destinatario no es tanto el Tribunal como el propio cliente, o el público y, en su caso, los medios de comunicación presentes en la Sala de Justicia. El efecto que puede causar sobre los juzgadores podría ser negativo, si la estrategia es entendida como desinterés real por el tratamiento jurídico serio del caso.

¹⁴. Llorente, loc. cit., pág. 501; Picó i Junoy, J., «Las garantías constitucionales del proceso», Bosch, Barcelona, 1997, pág. 104. El Tribunal Constitucional Español, en su Sentencia de 20 de junio de 1994, hace estas interesantes reflexiones: «... El derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] ... en la medida en que lo regulan las leyes procesales de cada país configuradoras del Derecho. ... [La Ley española de Enjuiciamiento Criminal] ofrece al acusado el “derecho a la última palabra” ..., por sí mismo, no como una mera formalidad, sino ... “por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera”. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando, mínima, ha de separarse, como garantía, de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio. ...». Con el derecho constitucional a la audiencia en juicio (artículo 94 de la Constitución Hondureña), lo relaciona Llorente (loc. cit., pág. 501).

¹⁵. Aun cuando el acusado haga revelaciones o retractaciones sorprendentes, no por ello dejará de cerrarse el debate, sino poder acordar la investigación suplementaria que procedería en otro caso (artículo 312.2.6 CPP).

LECCIÓN 20: LA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA. ASPECTOS LEGALES, FORMALES, ESTRUCTURA LÓGICA. LA SENTENCIA COMO MENSAJE COMUNICATIVO. LA FIJACIÓN DE HECHOS PROBADOS, VALORACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA, HECHOS NO PROBADOS, EXIGENCIAS DE REDACCIÓN, PRINCIPALES ERRORES DE REDACCIÓN. LA MOTIVACIÓN DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. INDICIOS. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO Y EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL FALLO. LOS CONCEPTOS JURÍDICAMENTE INDETERMINADOS. EL FALLO. REMISIÓN A OTROS SABERES.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Amodio, E., «Motivazione della sentenza penale», en «Enciclopedia del Diritto», XXVII, Giuffré, Milano, 1977. Andrés Ibáñez, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en «La Sentencia Penal», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XIII, Madrid, 1992. Bacigalupo, E., «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en «La sentencia penal», Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992. Bettiol, G., «Instituciones de Derecho Penal y Procesal», Bosch, Barcelona, 1977. Canelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJEa, Buenos Aires, 1950. Carrillo Vinader, F.J., «Motivación de las resoluciones judiciales», en J., Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000. Clariá Olmedo, «Tratado de Derecho Procesal Penal», Buenos Aires, 1960. Conde-Pumpido Ferreiro, C., Comentarios a los artículos 3 a 7, en «Ley de Enjuiciamiento Criminal», Trivium, Madrid, 1998. Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, Comentarios a los artículos 335 a 346, en Palacios & Fernández. Fairén Guillén, V., «Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales», Librería Bosch, Barcelona, 1990. Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960. Fernández Entralgo, J., «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en «Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas», «Poder Judicial», número especial VI, Madrid, 1986. Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995. Ferrera Turcios, D., y Gómez Colomer, J.L., «Las Costas», en Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L.

(Autores Coordinadores), «*Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico*», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004 Fortín Pavón, H.E., Comentario a los artículos 125 a 171, en Palacios & Fernández, págs. 275 y ss. Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., «Derecho Procesal Penal», 2ª ed., Colex, Madrid, 1997. Gómez Orbaneja, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Bosch, Barcelona, 1947. Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, E., «Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968. Gorphe, «Las resoluciones judiciales», EJEa, Buenos Aires, 1953. Guasp, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», I, M. Aguilar, Madrid, 1943. Gutiérrez-Alviz y Conradi, F., «La valoración de la prueba penal», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1975. Gutiérrez de Cabiedes, E., «La correlación entre acusación y sentencia», en «Estudios de Derecho Procesal», EUNSA, Pamplona, 1974. Hassemer, W., «Fundamentos de Derecho Penal», Bosch, Barcelona, 1984. Illuminati, G., «La presunzione d'innocenza dell'imputato», Zanichelli, Bologna, 1984. Jiménez Conde, F., «La apreciación de la prueba legal y su impugnación», Salamanca, 1978. Larenz, K., «Metodología de la Ciencias del Derecho», Ariel, Barcelona, 1994. López Barja de Quiroga, J., «La motivación de las sentencias», en «La sentencia penal», Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992. Mantovani, F., «Il problema della criminalità», Cedam, Padova, 1984. Manzini, V., «Trattato di Diritto processuale Penale italiano ...», 1931. Montero Aroca, J., «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», en «Justicia 83», 1983 (II). Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Ortells Ramos, M. Y Montón Redondo, A., «Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal», Librería Bosch, Barcelona, 1991. Oliva, A. De y Fernández, M.A., «Derecho Procesal Civil», PPU, Barcelona, 1984. Ortells Ramos, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericano», 1977, 4. Perelman, Ch., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Civitas, Madrid, 1979. Recasens Siches, L., «Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX», México, 1963. Rodríguez-Aguilera, C., «La Sentencia», Bosch, Barcelona, 1974. Rodríguez Ramos, L. «Comentario a la STC 55/1987, de 13 de mayo», en «La Ley», 1987-4. Salemi, «La pregiudiziale nei rapporti fra le giurisdizioni amministrativa e penale », en «Rivista di diritto processuale civile», 1924-1925. Serra Domínguez, M., «Incongruencia Civil y Penal», en «Revista de Derecho Procesal», 1965, y en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», XII, Barcelona, 1965. Taruffo, M., «"Il giudice e lo storico", considerazione metodologiche», en «Rivista di Diritto Processuale», 1967.

La sentencia es, por su contenido, una decisión razonada; pero ha de expresarse para que pueda ser conocida, cumplida y ejecutada. La sentencia se exterioriza, pues, como un mensaje comunicativo que, para su conservación para el futuro, se hace constar por escrito. La sentencia tiene, así, naturaleza de documento que contiene la resolución jurisdiccional (Rodríguez-Aguilera).

El artículo 338 CPP fija los requisitos estructurales (formales y materiales) de la sentencia.

[1] **Forma de expresión** de la sentencia.

Las sentencias se redactarán **por escrito**.

[2] **Estructura de la sentencia.**

[2.1] **Encabezamiento.**

Las sentencias se dictarán **en nombre del Estado de Honduras** (artículo 338.regla primera, CPP).

[2.2] **Preámbulo:**

De acuerdo con la regla segunda del artículo 338 CPP), en él se expresarán los datos identificativos del Tribunal y de las partes intervinientes, a saber:

1) El **Tribunal** que la dicte,
los **nombres y apellidos de sus miembros** y
el **lugar** y la **fecha** de la sentencia;

2) Los **delitos o faltas objeto de la acusación**;

3) Los **nombres y apellidos del Fiscal**, si hubiere intervenido en el juicio, y, en su caso, **del acusador y del apoderado**, si lo tuvieran;

4) **[Menciones de identidad de la persona acusada]**
El nombre y apellidos de la persona acusada,
edad,
filiación [reducida al nombre y apellidos del padre y de la madre],
estado civil,

profesión u oficio,

nacionalidad,

lugar de nacimiento y

el de su domicilio o residencia; así como

el número de tarjeta de identidad o cualquier documento legal o auténtico que lo identifique, lo mismo que

el nombre y apellidos de su Defensor.

No es obligada -e incluso puede ser impertinente- la descripción física de la persona acusada, que se incluye en algunas sentencias y que sólo será precisa en el caso (escasamente probable) de absoluta imposibilidad de fijar con certidumbre cualquier otra mención de identidad.

[2.3] Los antecedentes procesales.

Según lo dispuesto en la regla tercera del artículo 338 CPP, en este apartado se consignarán, en párrafos separados y numerados, las conclusiones finales de la acusación y de la defensa.

[2.4] La fundamentación del fallo.

La regla cuarta del artículo 338 CPP se ocupa de la fundamentación del fallo.

Artículo 338 CPP:

... Las sentencias se redactarán por escrito, con sujeción a las reglas siguientes:

... Cuarta: Se consignará la fundamentación del fallo de la manera siguiente:

1) Declaración de hechos probados.

En párrafos separados y numerados, se hará declaración expresa y terminante de los hechos que se consideran probados, descritos con claridad, precisión y coherencia, sin emplear conceptos, que, por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse.

2) Valoración de la prueba.

Seguidamente, se expresarán las pruebas tenidas en cuenta para declarar

probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica el valor que se haya dado a las practicadas en juicio y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente declarados probados.

3) Fundamentación jurídica.

En párrafos también separados y numerados se consignarán, de forma clara, sucinta y precisa, con indicación de los preceptos o doctrina legal aplicables, los fundamentos legales de la calificación de los hechos que se hubiesen tenido para cada uno de los procesados; de las causas de exención, atenuación o grabación de la responsabilidad penal, en caso de que concurra alguna de ellas; y de las penas que se impongan, en caso de condena, así como, los fundamentos doctrinales y legales de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella; del pronunciamiento sobre las costas; y de las disposiciones que puedan adoptarse sobre el destino de los objetos secuestrados.

Lo anterior no es sino la concreción -prevista en el párrafo cuarto del artículo 141 CPP («... La motivación de las sentencias se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 338 ..., en sus respectivos casos. ...»)- de lo establecido por los segundo y tercero para todas las resoluciones judiciales (Fortín, Carrillo Vinader).

Como queda expuesto, dispone, el párrafo segundo, que «... [los] autos y las sentencias, tanto interlocutorias como definitivas, contendrán, bajo pena de nulidad, una clara y precisa motivación ...».

Y, en el párrafo siguiente, precisa el contenido de esa motivación: «... La motivación expresará los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa la resolución, y, en su caso, las pruebas tenidas en cuenta, así como las razones del valor probatorio que se les haya atribuido. ...».

La sanción por la inobservancia de este requisito es la nulidad de la sentencia.

En procesos por delito, el recurso de casación procederá, a tenor del artículo 362 CPP, porque

«... 1) ... falte la declaración de los hechos que el Tribunal estime probados, que tal declaración no sea clara y terminante o sea contradictoria .

»2) ... se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación de las normas contenidas en el Título IV del

Libro Segundo de este Código o excluya o deje de considerar alguna prueba de valor decisivo[; o]

»3) ... carezca de motivaciones fácticas o jurídicas, ... dichas motivaciones sean insuficientes o contradictorias o si en la valoración de la prueba no se observaron las reglas de la sana crítica. ...».

La estimación del recurso conllevará -de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 369 CPP- la anulación del fallo con «... devolución de los antecedentes al respectivo Tribunal de Sentencia para que el trámite de que se trate sea substanciado nuevamente de conformidad con la ley ...», esto es, para que se dicte una nueva sentencia con subsanación del defecto apreciado (Palacios Mejía).

La fundamentación del fallo comprende tres partes:

La declaración (o fijación) de los hechos probados.

[a] La declaración (o fijación) de los hechos probados.

La fijación de los hechos probados fundamenta el fallo en cuanto concreta el objeto de la valoración jurídica.

En párrafos separados y numerados, se hará declaración expresa y terminante de los hechos que se consideran probados, descritos con claridad, precisión y coherencia, sin emplear conceptos que, por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse.

La declaración de los hechos probados constituye -como la caracteriza Palacios Mejía- «... el cimiento, “el arranque”, de la sentencia penal. ...». Es un presupuesto necesario del fallo, porque mediante ella se fija judicialmente la reconstrucción de lo sucedido, y constituye la base sobre la que se construirá el tratamiento (subsunción) jurídico del caso debatido en el proceso; pero no integra propiamente la motivación de su decisión.

La declaración ha de hacerse ya sea la sentencia absolutoria o condenatoria, puesto que el precepto transcrito no hace distinción entre ellas.

El punto de partida será el hecho litigioso tal como aparece delimitado por la confrontación de las versiones que de él han propuesto las partes acusadoras, al formalizar su respectiva acusación, y el Defensor o Defensores, al oponerse a ella, en la audiencia preliminar (artículo 301 CPP), con las modificaciones que hayan podido introducir en sus conclusiones tras la recepción de las pruebas en el acto del debate (artículo 334 CPP).

Los hechos que han de ser objeto de declaración no están calificados en el apartado 1 de la regla cuarta del artículo 338 CPP, y, por ello, sería muy discutible circunscribirlos a los de naturaleza objetiva. La intencionalidad de una persona (así, el propósito de matar a otra) es, también, un hecho, y ciertamente relevante para la reconstrucción y el tratamiento jurídico del caso, que parece debería incluirse en la declaración de hechos probados, aunque descrita en forma jurídicamente aséptica, esto es, «... sin emplear conceptos que, por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse. ...».

No se exige una declaración equivalente de hechos alegados y que no se consideran suficientemente probados («declaración de hechos no probados»). Implícitamente se tendrán por tales todos aquellos que no se incluyan en la individualización de los acreditados.

Esto no excluye que, en la motivación de la reconstrucción del hecho justiciable, hayan de explicarse por qué se han descartado, valorando las pruebas que habrían podido avalarlos.

La redacción de los hechos probados se facilita al permitir su desglose en párrafos separados y numerados. Ello no impide que, en casos de gran sencillez, puedan resumirse en un único párrafo.

En el precepto transcrito se establecen los requisitos de esa declaración:

[a] Ha de hacerse de forma expresa y terminante.

Se proscribe, de este modo, la fijación de hechos probados (o su negación) «*per relationem*», esto es, por pura y simple remisión global a los hechos alegados por las partes acusadoras o por la Defensa; Por ejemplo: «*se declaran probados [o no probados] en su totalidad los hechos alegados por el Ministerio Público*».

Además, la «verdad judicial» ha de quedar declarada sin lugar a dudas; se prohíbe, de este modo, «... hacer uso de expresiones dubitativas que infundan al equívoco. ...».

Por eso, procederá el recurso de casación por quebrantamiento de forma, a tenor del artículo 362.1 CPP, «... si la declaración [de los hechos probados] no es terminante ... [porque] en ella se pone de manifiesto indecisión por parte del Tribunal, por ejemplo, si se contienen afirmaciones como la de que “posiblemente”, “es casi seguro” u otras del mismo tenor ...» (Palacios).

Obviamente, nada impide que, tras la práctica de la prueba, puedan persistir dudas razonables sobre algún hecho; pero habrá de tenerse en cuenta que todo aquello que la acusación no pruebe convincentemente ha de considerarse insuficiente para enervar la llamada presunción de inocencia.

[b] La descripción de los hechos que se declaran probados ha de hacerse

[b.1] con **claridad**

Para ello, como explica Gutiérrez Domínguez, el discurso tendrá que ser, por su expresión literaria, «... fácilmente comprensible, evitando que, por la utilización de frases ininteligibles se produzca cierta incomprensión de lo que realmente se pretendió manifestar ...».

[b.2] con **precisión**

Las palabras empleadas en la descripción han de ser precisas, procurando (dentro del inevitable grado de imprecisión del lenguaje vulgar) que el significante elegido se corresponda inequívocamente con el objeto que se quiere significar.

[b.3] con **coherencia**

La reconstrucción de lo sucedido habrá de tener coherencia interna desde el punto de vista meramente lógico. La inclusión de hechos entre sí contradictorios, impide conocer con la imprescindible seguridad cuál es la «verdad judicialmente declarada».

La declaración de hechos -explica Gutiérrez López- «... debe ser coherente, sin que exista tal contradicción en el relato, que los hechos sean irreconciliables y antitéticos, de forma que la afirmación de uno implique la negación del otro, y que la contradicción sea tan manifiesta, patente e insubsanable que ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato pueda rehacerse la comprensión; o bien que afecte a partes esenciales del silogismo judicial de modo que pongan de manifiesto la incongruencia existente entre lo que se acuerda y sus antecedentes fácticos. Por ello, no podría decirse que A se apoderó del dinero de B y, a su vez, que B no llevaba dinero. ...».

[b.4] **sin emplear conceptos que, por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse.**

Se procura, de este modo, garantizar la neutralidad lingüística del mensaje comunicativo que es, en definitiva, toda sentencia. El ideal -en acertada síntesis de Gutiérrez López- es «... una descripción con términos que no tengan sólo significado jurídico, sino que cualquier ciudadano al leer los hechos probados entienda lo que ocurrió, aun cuando ignore la traducción que tales hechos tienen en el mundo del derecho. ...»

En la construcción de los tipos (básicos o cualificados) de delito o de falta, o de las causas de justificación, inimputabilidad o exculpación, o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se pueden incluir conceptos eminentemente jurídicos, acuñados en el lenguaje propio del Derecho, aunque puedan, partiendo de él, vulgarizarse, con igual o distinto significado.

Al fijar los hechos que se tienen por probados, no se podrán emplear esos conceptos, sino que habrá de constar la descripción de los elementos que integran su contenido.

Son tópicas las referencias al empleo de palabras como «asesinar», «alevosía» («alevoso», «alevosa» o «alevosamente») y «premeditación» (o «premeditadamente»), o «robar», porque pertenecen inequívocamente al lenguaje jurídico, incluso si su uso ha terminado por vulgarizarse, ya que se usan al describir el tipo del delito de asesinato (artículo 117 CP) y para calificar una modalidad de delito (del que trata el capítulo I del Título VII del Libro II del Código Penal).

La motivación, en sentido estricto

[b] La motivación, en sentido estricto, se desglosa en

La fundamentación de la fijación de los hechos probados.

[b.1] la motivación fáctica o invocación de la prueba fundamentadora de la fijación de los hechos y explicación de las razones de su eficacia demostrativa, esto es, argumentación de las razones que avalan la reconstrucción que el Tribunal hace de lo sucedido, expresando las pruebas en que se funda y las razones de su persuasividad (hasta aquí, lo que Cortés Domínguez llama el «juicio histórico»);

Tras la fijación de los hechos probados, se expresarán seguidamente las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas en juicio y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente declarados probados.

Para Rodríguez Ramos, «... en el área jurídica de la sentencia ... tiene su lugar más propio la motivación. ...». Sin embargo, la motivación del fallo ha de extenderse igualmente a la reconstrucción del hecho enjuiciado, a partir del material probatorio disponible.

La regla contenida en el artículo 338.cuarta.2) CPP trata de introducir, en el mayor grado posible, pautas de racionalización y control de la actividad judicial reconstructora del hecho enjuiciado.

Para ello, **impone que el Tribunal**

(1) exprese el material probatorio tenido en cuenta para fundamentar su decisión; y

(2) justifique razonable y persuasivamente cómo es posible, partiendo de él, y aplicando las reglas de la sana crítica, llegar a la reconstrucción del caso plasmada al fijar los hechos que se han considerado como probados.

Aun cuando no se proclame expresamente, habrá de tratarse de pruebas legítimamente obtenidas. No podría ser de otro modo, puesto que las prohibidas o ilícitas «... carecerán de eficacia probatoria ...», porque así lo quiere el artículo 200 CPP.

El valor probatorio de cada prueba ha de estimarse apreciándola, ante todo, separadamente (un testimonio inverosímil no puede ser tenido en cuenta) **y, luego, en comparación con las demás pruebas:** unas veces, se reforzarán entre sí; otras, serán entre sí contradictorias (por ejemplo, dos declaraciones testimoniales o dos pericias), y habrá que razonar si una de ellas prevalece sobre la otra (por ejemplo, porque un testigo que no conocía a ninguna de las partes ha referido los hechos siempre igual, de forma verosímil y coherente, mientras el otro era amigo del acusado e incurrió en importantes contradicciones) o si se neutralizan entre sí, y ninguna de ellas tiene mayor valor. En este caso, a falta de más prueba de cargo, se mantendría intacta la afirmación interina de inocencia, y procedería la libre absolución del acusado.

Para evitar el riesgo de la arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica, una frase de Stammler contribuye a poner las cosas en su sitio: «...el juez sólo debe someterse a su propia convicción debidamente fundamentada...». Estas dos últimas palabras proporcionaban la clave para el debido entendimiento del rol del juzgador en este punto.

La apelación a la conciencia o íntima convicción del juzgador no puede instaurar un proceder intuitivo, inmotivado e incontrolable. Carnelutti increpaba: «...¿es que acaso se puede eximir al juez de razonar?...».

En modo alguno; si el juez ha formado su convicción ajustándose a las pautas de la «persuasión racional», ningún inconveniente habrá en que descubra el proceso por el que llegó a las conclusiones en que fundamenta su fallo. «...La sentencia del magistrado -escribe Bettiol- no puede ser un mandato o una orden administrativa, que puede incluso estar privada de apoyo lógico (aunque la necesidad de la motivación de los actos administrativos se hace hoy sentir en términos urgentes); la sentencia es fruto y resultado de una delicada operación lógica que el juez debe manifestar por escrito a fin de que el razonamiento por él seguido pueda ser controlado bajo el aspecto de ser impecable. La jurisdicción está de este modo enteramente ligada a la motivación. La motivación respecto al hecho exige que el juez, refiriéndose a las pruebas recogidas y valoradas, no tenga más remedio que expresar las razones por qué un hecho en sus elementos objetivos y subjetivos, esenciales o accidentales, constitutivos o impeditivos deba o no ser estimado presente...».

Vittorio Denti ha hecho ver que «en todos los ordenamientos procesales modernos, libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de eficacia de las pruebas en sí, determinada en vía preventiva por el legislador, sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que, por tanto, no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador...»; para concluir: «...Sociedades democráticas ... no pueden renunciar al control de cuanto acontece en el proceso, y deben someter las técnicas internas, y en primer lugar las probatorias, al consenso de los grupos sociales. Esto, y no otra cosa, significa la libertad de valoración que se atribuye al juzgador...; y es a través de la motivación de sus propias decisiones (en algunos ordenamientos instaurada como obligación constitucional) como el juzgador debe rendir cuentas, a nivel de los conocimientos comunes y del convencimiento común acerca de la validez y de la corrección de los métodos empleados, del control que ha realizado sobre [la prueba] ...».

En la sentencia, el juzgador, puesta la vista en las afirmaciones de la parte acusadora, que propone una versión de lo sucedido que, para aquél, constituye una hipótesis de trabajo, se enfrenta con el material probatorio resultante del juicio. Este material permite, debidamente ordenado, reconstruir -por inducción- el hecho probado, para, a continuación, comparar este hecho reconstruido con el hecho afirmado por la acusación.

Bacigalupo, en línea con la opinión procesalista alemana más reciente y autorizada, distingue, dentro del proceso de formación de la convicción judicial como suceso complejo, dos niveles.

El primero atañe a la percepción de lo actuado en el juicio oral, en su interpretación y valoración. El juzgador recibe información que le proporcionan los testigos e incluso el propio imputado, ya de forma personal y directa, ya por lectura de lo previamente documentado, dentro o fuera del procedimiento penal. Ocasionalmente, esa información puede obtenerla por percepción inmediata, a través del reconocimiento judicial.

Todo este material, directamente representativo (del hecho que se trata de reconstruir o de datos que pueden funcionar como indicios), pertenece a la fase de la actividad probatoria que Serra Domínguez denomina *de traslación* (de esa información al órgano jurisdiccional).

A él se añade el proveniente de los informes periciales, que dotan, al Juzgador, de los criterios técnicos no jurídicos requeridos para la formación del juicio jurisdiccional. Las reglas de la experiencia común y esos criterios técnicos le servirán para valorar la fiabilidad de los datos obtenidos por traslación, así como de las fuentes de que tales datos proceden; y, además, para llegar a nuevas conclusiones, a través de mecanismos de inferencia, propios de la actividad presuntiva.

La intermediación de la obtención de todo este material (recepción de declaraciones e informes) condiciona estas valoraciones hasta el punto de limitar considerablemente el control -por vía de recurso (de apelación y, mayormente, de casación)- de aquello a lo que el Tribunal revisor «...no puede acceder porque depende de la percepción sensorial de la prueba...».

El segundo nivel estaría representado por «...la observancia de las Leyes de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos de las deducciones que el Tribunal formula a partir de la prueba de cargo...», y que constituye «...la infraestructura racional de la formación de la convicción...».

La corrección del razonamiento, en cuanto componente objetivo de esa convicción (lo que Wrowleski distingue como justificación externa de la decisión judicial), queda abierta al control en vía de recurso.

De este modo, el Tribunal habrá de exponer, en su sentencia, cuáles fueron las bases probatorias en que fundamentó su propia versión de los hechos, y precisamente por referencia a las producidas en el juicio oral, directamente o, por excepción, por lectura autorizada del resultado de actos de investigación realizados en la fase preparatoria, o de pruebas anticipadas.

Formará su convicción libremente, en el sentido de que el valor probatorio de cada prueba no está predeterminado por la Ley; pero deberá explicar las pruebas que tiene por demostrativas, y los criterios por los que las tiene por fiables; y, en buena técnica argumentativa, también aquéllos por los que descartó otras que contradicen su conclusión.

El juzgador, en su sentencia, ha de comenzar examinando las pruebas practicadas a instancia de la acusación para confirmar su versión de lo sucedido (*modus ponens*).

Deberá, asimismo, analizar las contrapruebas practicadas a instancia de la Defensa para contrarrestar o confutar las anteriores (*modus tollens*).

En uno y otro caso, ante todo, será preciso depurar la legalidad del material probatorio obtenido, resolviendo las dudas que se susciten sobre cualquier prueba. Para ello, habrá que preguntarse si la prueba utilizada es legalmente admisible (y téngase en cuenta la flexibilidad de criterio que se advierte en el Artículo 199 CPP); y, en caso afirmativo, si ha sido legítimamente obtenida; para lo que podrá ser preciso fijar previamente las circunstancias en que lo fue, lo que obligará a reconstruir este hecho colateral, ponderando la información disponible sobre él.

Despejada esta eventual incógnita, habrá que valorar individualmente la persuasividad de cada una de las pruebas del hecho enjuiciado, tal como queda explicado con anterioridad.

**La presunción impropia o
afirmación interina de inocencia
y
la regla de solución de las dudas
en el sentido más favorable al acusado
(«*in dubio, pro reo*»)**

El juzgador ha de reconstruir el hecho litigioso partiendo de la información proporcionada por el material probatorio disponible.

Pero ese juzgador tiene que partir, como de un *pie forzado*, de la afirmación constitucional interina de inocencia.

La afirmación interina (o *presunción «iuris tantum»*) de inocencia constituye -como hace notar Ferrajoli- una apuesta por el optimismo antropológico: la creencia en la bondad natural del hombre, que se corresponde con la perspectiva liberal a lo Rousseau, frente a la imagen pesimista del «*homo homini, lupus*», tan ligada a puntos de vista autoritarios, al estilo de Hobbes.

En cambio, el penalismo fascista italiano, desde posiciones de pesimismo antropológico, rechazaba ese probabilismo. Vincenzo Manzini protestaba en estos enérgicos términos: «... ¿se querrá admitir ahora que la experiencia histórica colectiva enseña que la mayor parte de los imputados es inocente? ...». No es de extrañar que, en este marco ideológico, la Exposición de Motivos del Código Penal italiano de 1930 (*Código Rocco*) justificase el rechazo «... de plano [de] la absurda presunción de inocencia que algunos querrían reconocer al imputado ...», considerándola «... una extravagancia derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos ...».

Sin embargo, la llamada presunción de inocencia constituye, como explica Ferrajoli, retomando ideas de Lucchini, una exigencia lógica del principio de jurisdiccionalidad. Vale la pena transcribir sus palabras: «... Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad -al exigir, en su sentido lato, que no exista culpa sin juicio ..., y, en sentido estricto, que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y refutación ...- postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. ...».

A la vez, la *presunción* de inocencia se convierte en baluarte de la libertad y de la seguridad de las personas, valores esenciales en la construcción del modelo de Estado democrático de Derecho, que -como ya había advertido Montesquieu- nunca

se encuentran tan comprometidas como cuando esas personas son acusadas en un proceso penal.

La afirmación interina de inocencia se vincula, así, como pone de relieve Ferrajoli, con un ideal de *defensa social* en cuanto defensa de las personas que componen la sociedad civil frente a aparato del poder estatal.

Un liberal de la talla de Carrara relacionaba de este modo los respectivos trasfondos ideológicos del principio de legalidad penal y de la presunción de inocencia: «... La metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a todos los ciudadanos inocentes u honrados contra los abusos y los errores de la autoridad ...». Y aquí vuelve a aparecer la contraposición antropológica de los sistemas democrático y autoritario. El Magistrado español Plácido Fernández Viagas la sintetizaba muy bien, al hacer notar que, en un Estado autoritario, se desconfía, sobre todo, de quienes no están en el Poder; en uno democrático, se desconfía, sobre todo, de quienes lo tienen, y frente a ellos se organiza el sistema de garantías individuales.

[a] Presunción de inocencia e interpretación restrictiva, «*pro libertate*», de las normas penales.

La respuesta punitiva -de acuerdo con el principio de *intervención mínima* que inspira el moderno Derecho Penal democrático- se reserva para reaccionar contra aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro de forma especialmente intensa bienes, derechos o principios tenidos como fundamentales para la organización de una justa y pacífica convivencia.

Las normas penales son vistas, por eso, como una suerte de mal menor, normas *odiosas*, que, por lo mismo, han de interpretarse restrictivamente cuando -y sólo cuando- se produzca alguna duda sobre su alcance y significado.

Este modo de ver las cosas viene de antiguo. Alfonso de Castro, en su «*De potestate legis poenalis*», en 1564, estudiaba, a propósito de la interpretación de las leyes punitivas, el principio «... *In poenis benignior est interpretatio facienda* ...»; en materia penal, hay que estar a la interpretación más benigna; aunque se cuidaba de advertir que no era lícito violentar las palabras de una ley, de cuyo sentido no cabía duda razonable, para hacerles tomar un sentido más benévolo que el que verdaderamente tienen.

A estas ideas responde el artículo 19 de este Código Procesal Penal: «Interpretación de pasajes oscuros de la ley. Los pasajes oscuros o contradictorios de una ley se interpretarán del modo que más favorezca a la persona imputada.»

Adviértase, pues, que, mientras la presunción de inocencia opera en el ámbito

procesal, incidiendo decisivamente en la distribución de la carga de la prueba, el artículo 19 transcrito contiene una regla de hermenéutica legal, sin que puedan confundirse ambos planos (como ocurre en el Código de Guatemala), aunque, obviamente, en encuentren relacionados estrechamente -como advierte Bacigalupo Zapater, coincidiendo con Hitters- ya que la reconstrucción del caso a partir de la prueba disponible obtenida en el proceso condiciona la aplicación material de la norma penal, que resultará imposible si no queda enervada la afirmación interina de inocencia.

[b] La proclamación de la presunción de inocencia: textos nacionales e internacionales.

1. La presunción de inocencia se proclama en el artículo 9 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789:

toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable (y de ahí se infiere la excepcionalidad de la prisión provisional).

2. Los grandes textos internacionales en materia de Derechos Humanos la consagran enérgicamente:

2.1. Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948). Artículo 11.1: «... Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad ...».

2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): Artículo 14.2: «... Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. ...».

2.3. Convención europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950). Artículo 6.2: «... Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida. ...».

2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969): Artículo 8.2: «.... Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. ...».

2.5. Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981): Artículo 7: se reconoce«... b) El derecho [de toda persona] a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad por una corte o tribunal competente; ...».

3. En fin, en la Constitución de la República de Honduras, su artículo 89 establece:«... Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por

autoridad competente. ...».

[c] Construcción tecnicojurídica de la llamada presunción de inocencia.

[c.1] La técnica de la presunción legal relativa (*iuris tantum*).

Los textos constitucionales y los supranacionales se refieren insistentemente a la *presunción* de inocencia, aunque se trate de una de las denominadas presunciones «*iuris tantum*», es decir, que admiten prueba en contrario.

Los profesores Carreras Llensana y Serra Domínguez llamaron la atención sobre la impropiedad de hablar, en este caso, de presunción. La única presunción que merece este nombre -explica el profesor Muñoz Sabaté- es la denominada escolásticamente «*praesumptio hominis*»; esto es, aquella inferencia que, en un caso concreto y determinado, permite, a partir de determinados datos probados (los indicios), afirmar, más allá de toda duda razonable (un criterio bien conocido en el mundo jurídico angloamericano, y que se ha generalizado también en el *continental*) la realidad de otro hecho, utilizando las enseñanzas de la lógica práctica, de la experiencia ordinaria, del sentido común.

La de inocencia pertenece al ámbito de las presunciones impropias (denominadas, en la terminología escolástica, presunciones «*iuris tantum*»): son, en realidad, verdades o afirmaciones legales interinas (aceptando la terminología propuesta por Serra Domínguez), que, de no resultar convincentemente contradichas, se convierten en verdades o afirmaciones de validez definitiva. En la misma línea, el profesor Vázquez Sotelo concluye que «... no se trata de una genuina o auténtica “presunción”, ya que ni por su estructura ni por su funcionamiento puede ser equiparada a las presunciones, sino que se configura como una “verdad interina o provisional” que la norma fundamental establece en favor de todos los ciudadanos, la cual les protege en todo caso hasta que eventualmente se produzca la prueba y, con ella, la certeza jurídica de la culpabilidad. ...». Especialistas como Asencio Mellado y Romero Arias participan también de esta perspectiva. Como verdad interina es tratada, entre otras, por las Sentencias de 30 de mayo de 1986, 6 de febrero de 1987, 15 de marzo de 1988, 29 de junio de 1989 y 17 de abril de 1991, de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo español.

[c.2] El objeto de la presunción o afirmación interina: la afirmación positiva e inequívoca de inocencia.

Importa destacar que todos estos preceptos afirman positivamente la inocencia del acusado, su «*estado de inocencia*», en sugestiva expresión de Juan Arnaldo Hernández Espinoza, coincidente con la terminología empleada en el Código Procesal Penal de Costa Rica. Los especialistas italianos se duelen, justamente, de la equívoca fórmula adoptada por el artículo 27 de su Constitución, que (apartándose del texto propuesto por la subcomisión redactora) afirma que «... el imputado no es considerado

culpable sino hasta que recae una fallo condenatorio definitivo». El imputado, escribe críticamente Illuminati, «... de "presunto inocente" se convierte en "no considerado culpable", resultando que una noción extremadamente clara e históricamente consolidada ha terminado por cargarse de valores contradictorios y ambiguos, abrigando así en su interior el germen de una posible disgregación de su significado práctico ...».

La Constitución hondureña afirma positivamente la inocencia del acusado en tanto no se prueba convincentemente su culpabilidad, y en la misma línea se orienta el Código Procesal Penal. Su artículo 2.1 proclama sin ambages: «... Todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por juez o tribunal competente en conformidad con las normas de este Código. ...».

[c.4] La presunción de inocencia como objeto de un derecho individual específico.

En buena parte de los grandes textos internacionales sobre derechos humanos, la presunción de inocencia se constituye en objeto de uno específico a ella. Siguen esta técnica la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. También se proclama el derecho a la presunción de inocencia en el inciso final del apartado segundo del artículo 24 de la Constitución Española.

Entre los especialistas españoles se cita a menudo la definición del derecho a la presunción de inocencia contenida en el estudio conjunto de los magistrados Guerra San Martín, Belloch Julbe y López Torres de la Calle: «... un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito, y consistente en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de la prueba de los hechos de la acusación viniendo obligado el Juez o Tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar ...».

La Convención europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales adopta la técnica de la directa afirmación interina de inocencia del acusado, hasta que se pruebe cumplidamente su culpabilidad; pero - interpretada en el contexto del artículo 6, en que se incluye- es claro que constituye el objeto de un específico derecho de la persona, y así se viene entendiendo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la misma técnica responde el artículo 89 de la Constitución de la República de Honduras. La proclamación de la presunción de inocencia figura dentro del capítulo dedicado a los derechos individuales (dentro del título epigrafiado *De las declaraciones, derechos y garantías*), por lo que cabe concluir que toda persona contra la que se formule una acusación tiene derecho a ser tenida y tratada como inocente mientras no se declare su culpabilidad por autoridad competente.

[d] Dimensiones de la presunción de inocencia.

Illuminati ha diferenciado dos dimensiones esenciales de la presunción de inocencia: como regla de tratamiento y como regla de juicio. Esta doble perspectiva es asumida por otros especialistas (como Ferrajoli) y ha calado en el Tribunal Constitucional español, cuya Sentencia 128/1995, de 26 de julio de 1995, invocando su precedente 109/1986, de 24 de septiembre de 1986, a propósito de la prisión preventiva, enseña que «... la presunción de inocencia ... opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo ...».

Ambos aspectos son también recogidos en el artículo 2 del Código Procesal Penal, al igual que en el artículo 3 del Código Procesal Penal Modelo.

[d.1] La *presunción* o afirmación interina de inocencia, como regla de tratamiento.

En este plano, escribe Illuminati, «... la presunción de inocencia se refiere a la condición del imputado en el curso del proceso. Aun cuando obviamente no pueda quedar eliminada la sospechas implícita en la hipotetización de la culpabilidad, el imputado es tratado "como si" fuese inocente, hasta que una condena definitiva no demuestre lo contrario; y no debería encontrarse en situación de inferioridad -social, moral y física- en relación con los demás ciudadanos. En particular, debe inspirarse en la presunción de inocencia la regulación de la libertad personal...».

El artículo 2 del Código Procesal Penal, tras afirmar, en su primer párrafo, que todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por juez o tribunal competente en conformidad con las normas de dicho Código, continúa: «... En consecuencia, hasta esa declaratoria ninguna autoridad podrá tener a una persona como culpable ni presentarla como tal ante terceros. Cuanto informe, por consiguiente, se limitará a poner de manifiesto la sospecha que pende sobre la misma. ...».

El párrafo segundo del artículo 2 del Código Procesal Penal fija con gran amplitud la extensión de esta regla de tratamiento. En efecto,

- a) obliga a que cuantas autoridades intervengan en el proceso tengan y traten al imputado como inocente, hasta la declaración irrevocable de su culpabilidad;
- b) extiende esta obligación a todas las autoridades sin distinción, por lo que el imputado, pendiente el proceso penal, no podrá ser tratado como culpable del hecho imputado en otra instancia, judicial o extrajudicial; y

c) ninguna autoridad podrá presentar al imputado ante terceros como culpable del hecho imputado, lo que obligará a extremar el cuidado en el tratamiento que se dé oficialmente a las informaciones relativas a los resultados de las investigaciones en curso que se proporcionen a los medios de comunicación.

La regla de tratamiento tiene una especial trascendencia en materia de medidas cautelares, y muy singularmente, dentro de ellas, sobre las que anulen o limiten algún derecho de la persona.

En el artículo 3 del Código Procesal Penal Modelo se establece: «... Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. ...»

Por ello, la privación de libertad impuesta como medida cautelar ha de ser excepcional, y no adoptarse sino cuando existan serios indicios de participación culpable en un hecho delictivo, y buenas razones que sugieran la *peligrosidad procesal* del imputado, por grave riesgo de puesta fuera del alcance de los aparatos estatales encargados de la persecución y enjuiciamiento del supuesto delito, o de destrucción o manipulación de las fuentes de prueba, que pudieran comprometer la eficacia del proceso o la de la sentencia condenatoria que pudiera recaer en él.

[d.2] La *presunción* o afirmación interina de inocencia como regla de juicio.

15.4.2.1. la distribución de la carga de la prueba y la enervación de la presunción de inocencia.

Como regla de juicio, explica Illuminati, la presunción de inocencia «... va, en cambio, ligada a la estructura del proceso y, en particular, a la técnica de la declaración del hecho probado. Su plena realización impondría un sistema de tipo acusatorio en el que quedaría excluido que el propio imputado debiera demostrar su propia inocencia, estando obligado, el órgano de la acusación, a proporcionar la prueba plena de la culpabilidad. En caso de duda, el juez no podrá sino absolver, sin que resten contra el acusado consecuencias negativas de ningún género ...».

La posición del imputado en el proceso penal se encuentra, de este modo, reforzada, porque, frente a la neutralidad que se mantiene en el proceso de Derecho Privado (el juzgador ha de considerar los hechos respectivamente alegados por las partes contrapuestas como datos a probar cumplidamente por aquélla que los afirma), el

juzgador penal (y también el instructor) ha de partir, como hipótesis de trabajo, de la inocencia de dicho imputado, de modo que, en caso de que la parte acusadora no acredite cumplidamente su acusación contra aquél, la inocencia interinamente afirmada se convertirá, por efecto de la irrevocabilidad del juicio jurisdiccional, en verdad definitiva.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos, en su Comentario 13 (21), Informe de 1984, observó, a propósito del artículo 14 del Pacto Internacional de 1969, que «... en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable ...».

La pauta de mantenimiento de la presunción de inocencia hasta que se prueba la culpabilidad más allá de toda duda razonable («... *beyond a reasonable doubt*...») está muy arraigada en el Derecho anglosajón, donde, a pesar de la ausencia de una norma constitucional expresa que consagre la presunción de inocencia, desde muy antiguo (ya en el caso *Webster*, en 1850), se entiende que «... se presume que toda persona es inocente hasta que se prueba que es culpable. Si resta una duda razonable sobre una tal prueba, el acusado está legitimado para beneficiarse de ello ...», procediendo su absolución.

Estas *reglas de juicio* constituye uno de los principios básicos del sistema procesal norteamericano, ligado al derecho constitucional a un juicio como es debido (*due process of Law*), y así lo entiende la jurisprudencia norteamericana (sentencia del caso *Victor v. Nebraska*, en 1994), consciente, sin embargo, de la elasticidad del criterio de la exclusión de la duda razonable, de imposible sumisión a cánones objetivos generales.

Los especialistas enseñan (y la doctrina del Tribunal Constitucional español comparte sus enseñanzas) que, para enervar la presunción de inocencia:

a) Ha de concurrir una «actividad probatoria mínima».

Con esta expresión, que se repite, como fórmula casi sacramental, en las resoluciones del Tribunal Constitucional español, se exige que toda condena se apoye en prueba que merezca este nombre. En ausencia de toda prueba, ha de mantenerse, ya como definitiva, la afirmación -inicialmente interina- de inocencia.

b) Ese material probatorio ha de haberse obtenido y practicado con todas las garantías procesales.

Como explica Bacigalupo Zapater, ello implica que, en el proceso penal, no ha puede ser utilizable ni el material obtenido con quebrantamiento de una prohibición probatoria (artículo 199 CPP); ni aquél que no se aporta a juicio y se discute en forma contradictoria. La prueba capaz de enervar la presunción de inocencia es

precisamente la practicada en el acto del juicio (artículos 338, tercera, 2 CPP), o la anticipada, con arreglo a lo legalmente establecido (artículos 256, 277, 311 CPP), respetando las garantías de inmediación judicial y de posibilidad de audiencia bilateral de partes y de contradicción entre ellas), en caso de peligro grave de pérdida o corrupción de las fuentes de prueba; y sin perjuicio de que, excepcionalmente, pueda introducirse material procedente de la investigación preliminar para integrar el conseguido en juicio (por imposibilidad de reproducción durante él) o para contrastarlo (artículo 311 CPP).

c) Dicho material probatorio ha de ser funcionalmente valorable como «de cargo».

Esto lleva consigo:

c.1. que tenga carácter incriminador, esto es, funcionalidad objetivamente demostrativa de la culpabilidad,

c.2. en relación con la concurrencia de los elementos estructurales objetivos y subjetivos del delito imputado y con la participación culpable de la persona acusada en el hecho que se le imputa.

Esta exigencia no desvirtúa el momento subjetivo de la valoración de la persuasividad del material probatorio utilizado, como advierten Guerra San Martín, Belloch Julbe y Torres López de la Calle.

El juicio sobre la existencia de material probatorio mínimo admisible procesalmente y con potencia sintomática de culpabilidad, se realiza con criterios eminentemente objetivos.

El juicio sobre la persuasividad (credibilidad y fiabilidad) de la prueba añade un inevitable componente subjetivo.

Uno y otro servirán para formular el juicio sobre la suficiencia de la prueba para enervar la afirmación de inocencia.

Además, se exigen una adecuada motivación de todos estos juicios. Esta motivación es, en definitiva, la garantía de la efectividad del derecho a la presunción de inocencia, y así lo han entendido los especialistas. El órgano sentenciador habrá de expresar, pues, en su resolución el material probatorio tenido en cuenta para formar su convicción, así como las razones justificativas, de acuerdo con la sana crítica, del valor que les haya dado, y, en su caso, el razonamiento para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios igualmente declarados probados (artículo 338 CPP). Una deficiente expresión de la prueba tenida en consideración o la carencia de suficiente motivación de la valoración de aquélla pueden fundamentar el recurso de casación (artículo 362 CPP).

[e] la regla de favorecimiento del acusado en situaciones de duda («*in dubio, pro reo*»).

Cuando el juzgador no es capaz de formar su convicción con ese grado de certeza máxima posible al ser humano (aquella que excluye la duda razonable), se encuentra ante una *aporía* en sentido estricto. No es capaz de encontrar el camino hacia la verdad; o, tal vez mejor, tiene ante sí dos caminos («*duda*» viene de «*dubium*», y, finalmente, de «*duo*»: dos), sin razón decisiva para optar por uno o por otro. Sin embargo, ha de elegir, no cabe abstenerse de juzgar por no tener claro el caso (prohibición del «*non liquet*»). Pesa sobre el juez el apremio que expresaba contundentemente Carnelutti: «*Sbaglia, ma decidi!*»; arriésgate a equivocarte, juez, pero decide.

Como «*regla de juicio*», la afirmación interina de inocencia obliga a optar, en caso de duda, por la solución más favorable al acusado («*in dubio, pro reo*») y a no condenarlo, por tanto, sino con base en el convencimiento, más allá de toda duda razonable, de su culpabilidad, fundado en pruebas regularmente obtenidas e introducidas en el proceso.

No se trata de una regla lógica, sino de un argumento retórico, conocido desde muy antiguo. En el Digesto se incluye un fragmento que resume un argumento tópico, que ha venido posteriormente repitiéndose para justificar la absolución del acusado, en caso de duda relevante sobre su culpabilidad: «... *nec de suspicionibus debere aliquem damnari...; satius enim esse inpunitem relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare ...*» (Digesto, XLVIII, XIX, *De poenis*, 5, Ulpianus, VII, *de officio proconsulis*). Recogía un sentimiento compartido en el mundo clásico, con raíces en la tradición mitológica griega.

El argumento se repite posteriormente con escasas variantes. Por supuesto, así lo hace la legislación española de Partidas, tan apegada a la tradición jurídica de Roma; pero, en un ámbito muy distinto, siglos más tarde, Blackstone, en sus célebres «*Commentaries...*», no dudaría en afirmar que «... es preferible que escapen diez culpables a que sufra un inocente...».

Carrara escribió estas palabras, que no han perdido actualidad, saliendo al paso de aquéllos a quienes escandaliza la posibilidad de que un culpable quede impune: «... Verdadero escándalo sería ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les pareciere cometer un pecado si absuelven, y que tiemblan febriles y suspiran como infelices al firmar una absolución, pero no tiemblan ni suspiran al firmar una condena. Esto sí sería un verdadero escándalo, pues haría arraigar, profundísimamente, en el pueblo, la idea de que los jueces penales ocupan su sitio tan sólo para condenar, y no para administrar justicia imparcialmente. Así se daría muerte a la confianza que pueda tenerse en la justicia humana, al tomarse como motivo de la condena, no el haber sido declarado culpable, sino haber sido acusado. Las sentencias absolutorias prueban todo lo contrario; honran a la Magistratura y refuerzan

la confianza en las sentencias ondenatorias ...», consolidando, de este modo, en los ciudadanos, la creencia en su propia seguridad.

Bacigalupo Zapater ha destacado la doble dimensión fáctica y normativa de este principio.

El plano fáctico hace referencia al «*estado de duda*» (al que alude también la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español) en que se encuentra el juez o tribunal. El estado de duda significa la imposibilidad de reconstruir lo sucedido, porque resta una duda razonable. El juzgador ha de asumir, como ser humano, que no puede aspirar a una certeza absoluta. La convicción judicial -se afirma (por dos especialistas de la talla de Muñoz Sabaté y Serra Domínguez)- no se expresa en términos de certeza, sino de mayor o menor probabilidad, moviéndose entre el 1 y el 0 de una escala de Reichenbach, en la que el 1 equivaliese a la verdad y el 0 a la falsedad, una y otra, en términos absolutos. Una duda residual será siempre inevitable; por eso no se puede aspirar sino a un estado de certidumbre que excluya toda duda racional.

El plano normativo remite a la existencia de un precepto que ordena a los jueces «... absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o ... condenar por la hipótesis más favorable al mismo ...».

Aun cuando falte una norma que, como el último párrafo del artículo 3 del Código Procesal Penal Modelo, consagre explícitamente que «... [la] duda favorece al imputado ...», el principio favorecedor del reo en caso de duda se infiere de la afirmación interina de inocencia, y de la distribución de la carga de la prueba. Todo aquello que la acusación no pruebe convincentemente ha de considerarse insuficiente para enervar aquélla. Así se ha construido también este principio en otros sistemas jurídicos en que no está proclamado expresamente por una norma.

Esta dimensión normativa no debe reducirse, en opinión de Bacigalupo, a lo meramente procesal. El principio «*in dubio, pro reo*» constituye, a su juicio, «... una consecuencia del carácter de Estado de Derecho que impregna al derecho vigente y tiene, por tanto, jerarquía constitucional ...», por lo que cabría invocar su infracción a efectos casacionales. Esta interpretación tiene un valor especial a efectos de aplicación del artículo 362 del Código Procesal Penal.

Ello obliga a distinguir dos tipos de problemas: qué material probatorio puede tener en cuenta para la reconstrucción del caso, y cómo ha de valorar su persuasividad.

[e.1] Material probatorio valorable.

En principio, la prueba, en sentido procesal estricto, y, por tanto, la única valorable y utilizable para fundamentar la convicción del juzgador, es la que se practica en el acto del juicio oral. Los procesalistas han sido siempre conscientes de la diferencia que

separa las actuaciones sumariales, de la prueba en el juicio oral: y de cómo es ésta, y no aquéllas, la que ha de servir de fundamento a la sentencia del Tribunal.

Conviene insistir mucho en esto, porque, en momentos de cambio de sistema procesal, la larga pervivencia del modelo inquisitivo puede haber marcado profundamente la mentalidad de los operadores jurídicos, que pueden no tener una clara conciencia de la diferencia cualitativa que existe entre la instrucción y el juicio oral, uniendo una y otro por un hilo de continuidad, que amenace con convertir al segundo en mera homologación o falsación de los resultados del primero; y atribuyendo una superior fiabilidad a las diligencias cronológicamente más próximas al acaecimiento investigado.

Hoy monografistas como los profesores Gimeno Sendra y Asencio Mellado proponen limitar el acceso del órgano sentenciador al material instructorio, especialmente con anterioridad al comienzo de la sesión del juicio. Cuando se insiste tanto en la garantía de imparcialidad objetiva del juzgador, proscribiendo la acumulación de funciones instructora y decisora, profundizar en esta línea no es un vano ejercicio de psicologismo judicial. La lectura previa de la instrucción genera un peligro claro de que el órgano que ha de juzgar inicie las sesiones del plenario con el lastre de un prejuicio consciente o (y esto es quizá más temible) inconsciente.

Por eso se propone por algunos procesalistas que, al igual que ocurre en el proceso penal italiano, el Tribunal sentenciador no disponga de las actuaciones llevadas a cabo durante la investigación preparatoria del juicio, cuyos destinatarios serían las partes acusadoras y acusadas. Con base en el material instructorio, formularían ellas sus alegaciones, propondrían las pruebas en defensa de las mismas, y dispondrían su estrategia procesal, partiendo del hecho de que lo no realizado en el acto de la vista, no existiría. Esto sería especialmente importante para el acusador, habida cuenta de la presunción de inocencia y del principio «in dubio, pro reo»; pero también afectaría a la Defensa, sobre todo, en relación con la acreditación de las circunstancias eximentes y atenuantes.

Sin embargo, no se cierra por completo la posibilidad de introducir en el juicio oral material procedente de la investigación preliminar.

Ello puede ser legítimo para cumplir dos fines:

a) Se puede, ante todo, tratar de integrar el material disponible partiendo de lo llevado a cabo en el juicio, cuando haya pruebas de práctica imposible o tan difícil - irremediable («*unvermeidbar*»), en la expresiva terminología de Roxin- que raya en la imposibilidad y debe ser tratada como tal.

Esta excepción -explica el profesor Ortells Ramos- se funda, básicamente, «...en la necesidad de evitar que por imposibilidad de practicar un medio de prueba en el oral, se pierdan para el proceso los resultados de éste, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad, y del interés de las partes en que puedan apreciarse

los datos que favorezcan sus posiciones respectivas...», y es admitida en todos los sistemas procesales penales continentales.

b) Pero cabe utilizar ese material procedente de la instrucción para criticar el resultado de pruebas practicadas en juicio, singularmente las que consisten en informaciones personales (interrogatorio del acusado y testifical) y en la pericial, cuando los informantes ya han intervenido en la fase preparatoria. Si existen discrepancias entre manifestaciones sucesivas, será legítimo poder dar lectura a las anteriores, y recabar - con los efectos que se establezcan legalmente- explicación sobre esas aparentes contradicciones.

La prueba utilizable y, consiguientemente, única valorable, será la regularmente obtenida, lo que obliga a excluir, por inutilizabilidad procesal, la que lo haya sido ilegítimamente.

En el Código Procesal Penal, queda claro, partiendo de su artículo 311, que no será posible introducir, por lectura en juicio, material procedente de la etapa preparatoria, o de instrucción, cuando la prueba sea de imposible o extraordinariamente difícil reproducción en aquél (lectura integradora), o a fin de recabar explicaciones en caso de contradicción entre lo manifestado en juicio y lo dicho o informado en el curso de la investigación (lectura de contraste).

Desde otro punto de vista, el artículo 200 CPP proclama enérgicamente que carecerán de eficacia probatoria las pruebas prohibidas o ilícitas, así como el material procedente directa y exclusivamente de ellas, dando entrada a la doctrina conocida en la jurisprudencia estadounidense como «*de los frutos del árbol envenenado*».

[e.2] Las pautas de estimación de su persuasividad remiten a la fundamentación de la valoración de la prueba.

La motivación o fundamentación jurídica

[b.2] la motivación o fundamentación jurídica,

esto es, **la explicación del razonamiento sobre el que se construye el tratamiento jurídico del caso**, o, si se prefiere, de la *subsunción típica* del hecho enjuiciado (el «juicio jurídico», en palabras de Cortés Domínguez).

En párrafos también separados y numerados se consignarán, de forma clara, sucinta y precisa, con indicación de los preceptos o doctrina legal aplicables, **los fundamentos legales**

de la **calificación de los hechos** que se hubiesen tenido para cada uno de los procesados;

de las **causas de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal**, en caso de que concurra alguna de ellas; y

de las **penas** que se impongan, en caso de condena; así como, los fundamentos doctrinales y legales

de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella;

del pronunciamiento sobre las **costas**; y

de las **disposiciones** que puedan adoptarse **sobre el destino de los objetos secuestrados**.

Así se dispone en la **regla cuarta.3) del artículo 338 CPP**.

Una vez reconstruido el caso, fijado el hecho probado y justificado el procedimiento que ha permitido llegar a su determinación, será preciso darle el tratamiento jurídico adecuado.

Dentro de la mentalidad silogística clásica, la sentencia suponía comparar con la hipótesis o supuesto de hecho arquetípico de la norma penal abstracta (en función de premisa mayor) el hecho reconstruido mediante la actividad probatoria llevada a cabo en el curso del juicio (que constituiría la premisa menor). En caso de coincidir, procedería, en conclusión, ordenar la consecuencia preestablecida en la norma de referencia. En esta operación deductiva de comparación y posterior obtención de una conclusión, consiste lo que se ha denominado «*subsunción*» o «*silogismo de determinación de la consecuencia jurídica*», en terminología de Larenz.

En realidad, esta descripción del mecanismo sentenciador no se corresponde exactamente con la realidad.

Para empezar, el Tribunal sentenciador no opera, desde un principio, sobre un caos, sino sobre un material preordenado fáctica y jurídicamente por las partes, como resultado del curso del procedimiento previo (etapas o fases preparatoria e intermedia); y, cuando llega la hora de la sentencia, ese material se ha ido decantando como consecuencia de la prueba practicada y de la fijación definitiva que, de sus respectivas posiciones, efectúan las partes procesales en sus conclusiones al final del debate.

El Tribunal no es absolutamente libre al reconstruir el hecho ni al tratarlo jurídicamente, sino que está relativamente vinculado a los planteamientos de las partes (y, más especialmente, de la parte acusadora) por el deber de congruencia que le impone el artículo 337 CPP. Las perspectivas tradicionales que colocaban al juzgador en una situación de plena libertad en la aplicación del Derecho han de ser

revisadas a fondo.

Una vez declarados los hechos probados, ha de comprobar si el tratamiento jurídico pretendido respectivamente por la Acusación y por la Defensa es correcto. Esta comprobación es importante puesto que condiciona el pronunciamiento sobre la pretensión punitiva de la primera y la oposición de la segunda.

Habrà de comprobar, pues, el Tribunal, si los presupuestos fácticos de las leyes invocadas por una y otra se corresponden con el hecho justiciable definitivamente reconstruido. Lo hará para decidir, a la vista de las alegaciones y pretensiones de la Acusación y de la Defensa, una serie de puntos que enuncia el apartado 3) de la regla cuarta del artículo 338 CPP:

[a] calificación de los hechos que se hubiesen tenido [por probados] para cada uno de los procesados [más correctamente, acusados]

[b] causas de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal, en caso de que concurra alguna de ellas

[c] las penas que se impongan, en caso de condena

[d] la responsabilidad civil

[e] las costas

[f] el destino de los objetos secuestrados.

La operación no es, en modo alguno, fácil.

El Tribunal tendrá, ante todo, que seleccionar cuáles son las normas aplicables.

Conviene dejar claro que, en realidad, la motivación jurídica del fallo no es una especie de cuaderno de bitàcora donde el Tribunal registra pormenorizadamente el proceso de su toma de decisión. La motivación jurídica expresa el resultado de ese proceso, justificando la racionalidad de lo resuelto.

Así, la determinación de la normativa aplicable al caso irá precedida normalmente de una serie de ensayos o tanteos, en modo alguno sencillos dada la complejidad del ordenamiento jurídico. Por fortuna, como tranquiliza Díez-Picazo, esta tarea «...resulta ... facilitada gracias al sistema. El jurisconsulto, habituado a trabajar dentro de un sistema conceptual, puede, casi de inmediato, detectar por lo menos la zona o parcela del ordenamiento jurídico en donde la norma aplicable radicarà...».

En ocasiones, la selección de la norma supuestamente aplicable puede no ser fácil.

En principio, y desde el punto de vista de la vigencia temporal de las leyes penales, el «*punto de conexión*» utilizable es el tiempo de perpetración del delito («*locus regit actum*»); pero, en caso de sucesión cronológica de leyes penales que se superponen sobre un hecho delictivo no instantáneo, sino prolongado en el tiempo (por mediar un lapso relevante entre acción y resultado, o en casos de delitos de los llamados «de acción permanente» o cuyo resultado consiste en la creación de un estado de cosas duradero), la selección de la norma aplicable puede ser conflictiva. Ciertamente, en Derecho Penal rige el principio de irretroactividad, salvo en beneficio del acusado. La determinación de cuál, de entre dos leyes concurrentes, es más favorable al acusado puede obligar a una difícil ponderación de las circunstancias de cada caso en particular.

Aun seleccionado el Derecho vigente, los problemas pueden no haber sino empezado.

En efecto, la expresión lingüística de la norma no tiene, en muchas ocasiones, un significado unívoco.

Desde un punto de vista estático, los textos normativos son, a menudo, polisémicos.

Hoy se admite sin problema la relatividad del aserto «*in claris, non fit interpretatio*». Siempre será precisa una lectura crítica de la expresión literaria de la norma para llegar a la conclusión de que no admite sino un significado. Lo que pretende la transcrita regla hermenéutica es prevenir contra el riesgo de tergiversar, mediante recursos rabulísticos, el sentido que fluye fácilmente de las palabras de la ley. De Castro lo explicó inmejorablemente: «...toda regla jurídica, aun la de apariencia más clara gramaticalmente, requiere una interpretación jurídica conforme a su fin. No se puede admitir la afirmación de que “en el sentido gramatical indudable de las palabras encuentra la actividad interpretativa un límite infranqueable” [Von Tuhr] ... La repetición por la jurisprudencia de que “no hay lugar a la interpretación cuando el precepto legal no ofrece duda” tiene otro sentido: el que “no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición”; el temor de que “cabezas oscuras oscurezcan textos claros”...». Y concluye lapidariamente: «...El respeto a la ley impone buscar su verdadero sentido, investigando su fin, pero también ordena que se impida desviar su significado claro con trucos de leguleyo...».

El órgano jurisdiccional penal se encuentra con normas legales enunciadas en una lengua determinada expresada por escrito. Si la lengua no es, en definitiva, sino un código convencional de comunicación, el enunciado lingüístico en que se expresan las normas legales ha de ser inevitablemente objeto de un descifrado («*décodage*») que, en principio, no es distinto del propio de cualquier texto literario.

En principio, el órgano jurisdiccional se encuentra ante una sucesión de palabras que forman frases que, de acuerdo con las reglas de la lengua utilizada, tienen un sentido determinado en la medida en que comunican un contenido de pensamiento.

Las palabras y su contexto se encuentran en una relación de «circularidad» que, en realidad, es más de interacción dialéctica (o, si se prefiere, de «espiralidad»), puesto que, como hace notar Larenz, la imagen del «círculo» «...no es precisamente afortunada, en cuanto el movimiento circular del comprender no retorna sencillamente a su punto de partida -entonces se trataría de una tautología-, sino que se eleva a un nuevo grado la comprensión del texto. Si el significado de una palabra primeramente aceptada por el intérprete no concuerda con la conexión de sentido del texto, tal como éste se descubre al intérprete a continuación, entonces el intérprete rectifica su primera suposición; si los posibles significados (aquí imaginables) de la palabra ofrecen una conexión de sentido diversa de la primera conjeturada por el intérprete, éste rectifica su conjetura. El proceso de mirar hacia adelante y hacia atrás puede tener que repetirse múltiples veces, sobre todo cuando primeramente sólo se había contemplado una parte del texto, por ejemplo, una sola frase o párrafo...». La relación dialéctica que ha de existir entre el significado de las palabras («los términos») de la ley y su contexto inmediato, y que contribuye a fijar el sentido de aquéllas, resulta claramente de lo dispuesto en los artículos 17 y 19 del Código Civil hondureño.

Este primer nivel de análisis del texto legal tiene, tratándose de la aplicación de leyes penales, una gran importancia, como consecuencia de la proscripción de su aplicación analógica, lamentablemente falto de una proclamación expresa en el Derecho positivo hondureño. El órgano jurisdiccional no puede rebasar el límite que representa el significado de las palabras de la Ley, aunque pueda optar razonadamente por el más amplio de los posibles, so pena de estar creando sobrepticiamente nuevas figuras delictivas, infringiendo la prohibición impuesta por el Artículo 11 del Código Penal.

En ocasiones, la determinación del alcance del texto legal puede resultar problemática. La expresión lingüística de la norma penal debería ajustarse a las exigencias de claridad y precisión ínsitas en el principio de legalidad estricta o taxatividad penal. Ello demanda utilizar términos dotados de la necesaria extensión e intensión. Debe estar claro qué objeto se quiere expresar con el significante, lo que implica el rechazo de aquéllos cuya extensión no está bien precisada por su equivocidad (significantes «vagos») o no es posible precisar con arreglo a un canon objetivo («juicios de valor»).

De acuerdo con el Artículo 219.2 del Código Penal, el robo con armas constituye un subtipo agravado del tipo genérico de robo. Ocurre, empero, que no se precisa legalmente el significado de «armas». Habrá casos claros. Un revólver en disposición de disparar balas metálicas o un cuchillo o navaja responden al arquetipo de arma, de fuego o blanca, respectivamente. Podría, en cambio, suscitarse una duda razonable si se trata de un revólver simulado o de una jeringuilla de un solo uso, provista de su correspondiente aguja.

Causar la muerte de una persona por medio de «veneno», constituye delito de asesinato, con arreglo al Artículo 117.4) del Código Penal. Ocurre, empero, que dista mucho de estar aclarado si la inoculación de un virus, un bacilo o una bacteria se incluyen en el significante.

He aquí dos ejemplos de significantes «*equivocos*», «*vagos*» o «*imprecisos*».

Por supuesto, la propia Ley penal puede ocuparse de disipar ese grado de imprecisión proporcionando lo que se denominan definiciones legales o «*auténticas*». La incorporación de una definición legal puede no resolver el problema si incurre, a su vez, en nuevas imprecisiones o contiene juicios de valor. La forma en que el Artículo 27.2) del Código Penal define la «alevosía» puede servir de ejemplo.

El juicio de valor es diferente. No sólo es impreciso su alcance semántico, sino que no es posible encontrar un punto de referencia objetivo para delimitarlo.

La «obscenidad» que cualifica los actos constitutivos del delito de «ultraje al pudor» (Artículo 143 del Código Penal) no sólo es un concepto vago, sino que exige, además, un juicio de valor que, «...al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e irrefutable y es más bien un acto de valoración basado en una opción subjetiva y meramente potestativa...». Los conceptos valorativos o normativos remiten a pautas culturales dominantes o a «premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas con el presupuesto lógico de una norma», y, por ello, su empleo no eximirá al juzgador de dar cuenta de la adoptada para dotarlo de contenido.

La subsunción puede resultar sencilla tratándose de conceptos «fijos» o «de definición», de extensión bien precisada y comprobables empíricamente.

Dar muerte [dolosamente] a una persona, que constituye el tipo objetivo del homicidio descrito en el Artículo 116 del Código Penal puede ser, ciertamente, poco complicado. Una vez reducido el hecho enjuiciado a enunciado, bastará comparar si los distintos datos que lo integran se corresponden con los que componen estructuralmente el tipo delictivo (o la circunstancia) seleccionado.

Los conceptos «normativos», que exigen una previa calificación jurídica, tampoco representan problema si se encuentran correctamente definidos. Piénsese en la subsunción del objeto apropiado en la doble condición de «cosa mueble» y «ajena», a efectos de valorar si se ha cometido un delito de robo (Artículo 217) o de hurto (Artículo 223, en ambos casos, del Código Penal).

En cambio, el órgano jurisdiccional puede encontrarse muy desorientado si se trata de un elemento valorativo cultural. Ya se aludió a la obscenidad, característica del ultraje al pudor; pero también, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, en caso de invocar una justificación con base en la legítima defensa (Artículo 24.1.b del Código Penal).

El problema es intrincado. El órgano jurisdiccional sigue vinculado a la Ley, pero ésta no le proporciona un punto de referencia objetivable empíricamente. Las soluciones

proporcionadas por los especialistas adolecen de una gran vaguedad.

En ocasiones, podrá servir de base la escala de valores resultante de la Constitución, como *Lex Fundamentalis*; y también el análisis comparativo de la tutela penal dispensada a diferentes bienes en juego (así, en el caso de la legítima defensa), inferida de la gravedad mayor o menor de la pena conminada a los ataques contra ellos.

Si no es así, el órgano sentenciador no tendrá otro remedio que sondear el estado de opinión dominante en la comunidad, y dar cuenta de su valoración al motivar su decisión. Esta tarea puede resultar extremadamente ardua cuando se trata de comunidades con gran pluralidad cultural, en las que la prevalencia de determinadas pautas culturales es escasa. Cuando no sea posible integrar con suficiente seguridad la norma penal en discusión, deberá recordarse que el principio de intervención penal mínima aconseja optar por el término de la alternativa más favorable a la persona acusada.

La tarea de aplicación de las normas penales ha de partir, por lo demás, de las construcciones dogmáticas elaboradas por los especialistas más solventes, y a la luz de las directrices interpretativas jurisprudenciales. Las leyes penales son los cimientos sobre los que se construye un sistema teórico metalegal, que no puede ser desconocido por el aplicador, y que facilita el manejo de las normas.

La motivación jurídica ha de tener en cuenta todo ese bagaje doctrinal y jurisprudencial, y explicar la forma en que se empleó para el tratamiento del caso.

En la motivación jurídica, el órgano sentenciador ha de ceñirse a lo que constituye la fundamentación de su decisión («ratio decidendi»), evitando extenderse en reflexiones marginales («obiter dicta»), que pueden ser una pura inútil demostración de erudición (cuando no de pedantería), y desorientar al destinatario de la resolución sobre las verdaderas razones de lo decidido. Del mismo modo, cuando se invocan precedentes jurisprudenciales, habrá que tener buen cuidado de no fragmentarlos -deliberada o inconscientemente- de modo que, aislados de su contexto, se les atribuya un sentido que realmente no tienen; o de presentar como razones decisoras lo que no pasan de ser pronunciamientos incidentales.

[2.5] El fallo.

De acuerdo con la regla quinta del artículo 338 CPP, en la parte resolutive,

se absolverá o condenará a las personas acusadas,

con pronunciamientos separados respecto de cada una de ellas,

y [con **pronunciamientos separados respecto**] de cada uno de los delitos de los que hayan sido acusados,

determinando, en caso de condena, la **pena**¹ correspondiente a cada una de ellas y por cada infracción.

La parte resolutive contendrá, además, el pronunciamiento que corresponda en materia de **costas**.

Asimismo, en la parte resolutive se dispondrá lo que proceda acerca del **destino de las piezas de convicción, instrumentos y efectos del delito**.

[2.6] Cierre de la sentencia.

La regla sexta del artículo 338 CPP dispone que, al final, pondrán su firma autógrafa todos los miembros del Tribunal y el Secretario, quien dará fe de la autenticidad de las firmas que constan al pie de ella.

¹ Tanto la pena principal (simple o compleja) como las accesorias comunes o especiales.

LECCIÓN 21: LA MOTIVACIÓN COMO REQUISITO FUNDAMENTAL. LA CONGRUENCIA. PRINCIPALES VICIOS DE INCONGRUENCIA.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Amodio, E., «Motivazione della sentenza penale», en «Enciclopedia del Diritto», XXVII, Giuffrè, Milano, 1977. Andrés Ibáñez, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en «La Sentencia Penal», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XIII, Madrid, 1992. Bacigalupo, E., «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en «La sentencia penal», Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992. Bettiol, G., «Instituciones de Derecho Penal y Procesal», Bosch, Barcelona, 1977. Cernelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJEa, Buenos Aires, 1950. Carrillo Vinader, F.J., «Motivación de las resoluciones judiciales», en J., Palacios Mejía, J.M^a., y Fernández Entralgo, J., «Código Procesal Penal Comentado. Honduras», Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000. Clariá Olmedo, «Tratado de Derecho Procesal Penal», Buenos Aires, 1960. Conde-Pumpido Ferreiro, C., Comentarios a los artículos 3 a 7, en «Ley de Enjuiciamiento Criminal», Trivium, Madrid, 1998. Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, Comentarios a los artículos 335 a 346, en Palacios & Fernández. Fairén Guillén, V., «Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales», Librería Bosch, Barcelona, 1990. Fenech, M., «Derecho Procesal Penal», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960. Fernández Entralgo, J., «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en «Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas», «Poder Judicial», número especial VI, Madrid, 1986. Ferrajoli, L., «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal», Trotta, Madrid, 1995. Ferrera Turcios, D., y Gómez Colomer, J.L., «Las Costas», en Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L. (Autores Coordinadores), «Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004 Fortín Pavón, H.E., Comentario a los artículos 125 a 171, en Palacios & Fernández, págs. 275 y ss. Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., «Derecho Procesal Penal», 2^a ed., Colex, Madrid, 1997. Gómez Orbaneja, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Bosch, Barcelona, 1947. Gómez Orbaneja, E., y Herce Quemada, E.,

«Derecho Procesal Penal», Madrid, 1968. Gorphe, «Las resoluciones judiciales», EJE, Buenos Aires, 1953. Guasp, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», I, M. Aguilar, Madrid, 1943. Gutiérrez-Alviz y Conradi, F., «La valoración de la prueba penal», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1975. Gutiérrez de Cabiedes, E., «La correlación entre acusación y sentencia», en «Estudios de Derecho Procesal», EUNSA, Pamplona, 1974. Hassemer, W., «Fundamentos de Derecho Penal», Bosch, Barcelona, 1984. Illuminati, G., «La presunzione d'innocenza dell'imputato», Zanichelli, Bologna, 1984. Jiménez Conde, F., «La apreciación de la prueba legal y su impugnación», Salamanca, 1978. Larenz, K., «Metodología de la Ciencias del Derecho», Ariel, Barcelona, 1994. López Barja de Quiroga, J., «La motivación de las sentencias», en «La sentencia penal», Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992. Mantovani, F., «Il problema della criminalità», Cedam, Padova, 1984. Manzini, V., «Trattato di Diritto processuale Penale italiano ...», 1931. Montero Aroca, J., «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», en «Justicia 83», 1983 (II). Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Ortells Ramos, M. Y Montón Redondo, A., «Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal», Librería Bosch, Barcelona, 1991. Oliva, A. De y Fernández, M.A., «Derecho Procesal Civil», PPU, Barcelona, 1984. Ortells Ramos, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericano», 1977, 4. Perelman, Ch., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Civitas, Madrid, 1979. Recasens Siches, L., «Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX», México, 1963. Rodríguez-Aguilera, C., «La Sentencia», Bosch, Barcelona, 1974. Rodríguez Ramos, L. «Comentario a la STC 55/1987, de 13 de mayo», en «La Ley», 1987-4. Salemi, «La pregiudiziale nei rapporti fra le giurisdizioni amministrativa e penale », en «Rivista de diritto processuale civile», 1924-1925. Serra Domínguez, M., «Incongruencia Civil y Penal», en «Revista de Derecho Procesal», 1965, y en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», XII, Barcelona, 1965. Taruffo, M., «"Il giudice e lo storico", considerazione metodologiche», en «Rivista di Diritto Processuale», 1967.

1. La motivación como requisito fundamental.

«...En todo delito -escribe Beccaria¹- debe establecer el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, la conclusión a la libertad o la pena...». Esta concepción de la sentencia como «silogismo judicial» se correspondía muy bien con la que ve en el Juez un mecánico aplicador de la Ley al caso concreto; esa «...boca que pronuncia las palabras de la Ley...», en frase, tantas veces repetida, de Montesquieu².

Actualmente, el abandono de esa simplista concepción silogística de la sentencia es un lugar común en la bibliografía³.

Ferrajoli⁴ opina que «...[el] razonamiento judicial ... se compone ... no de una sino de tres inferencias⁵, de las que cada una es lógicamente antecedente de las otras: 1) una *inferencia inductiva* (prueba o inducción fáctica)», cuya conclusión de hecho, *CH*, es que “Ticio ha cometido el hecho *H*” (por ejemplo, ha ocasionado a Cayo heridas⁶ curadas en más de cuarenta días) y cuyas premisas son el conjunto de las pruebas recogidas; 2) una inferencia deductiva (subsunción o deducción jurídica), cuya conclusión de derecho, *CJ*, es que “Ticio ha cometido el delito *G*” (en nuestro caso, “lesiones graves”⁷) y cuyas premisas son la tesis *CH* y la definición jurídica (parcial) “el hecho *H* (por ejemplo, de quien causa a otros heridas curadas en más de cuarenta días) configura (conforme al Art. 590 del Código Penal) el delito *G* (en nuestro ejemplo, “lesiones graves”)”; 3) un silogismo práctico (o disposición), cuya conclusión dispositiva *CD* es la norma “Ticio debe ser castigado con la pena *P*” y cuyas premisas son la tesis *CJ* y la norma “el que cometa el delito *G* debe ser castigado con la pena *P*”⁸...».

Al mismo tiempo, se pone de relieve la complejidad de las operaciones de reconstrucción de lo sucedido y de su tratamiento jurídico⁹, y se destaca la importancia de la justificación o motivación de una y otra, exigida, para todas las resoluciones judiciales por el artículo 141 CPP, y por el 338 CPP para las sentencias en particular.

«...Motivar -escribe Perelman- es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las operaciones que el juez efectúa ... Al explicitar las razones del fallo debe convencer a los litigantes de que la sentencia no es una toma de posición arbitraria...».¹⁰

Estudiando el origen histórico del deber de motivar (en principio, jurídicamente; la motivación de la reconstrucción del hecho vendría más tarde) las sentencias, se ha puesto de relieve cómo un régimen liberal es más propicio que otro autoritario a que los actos de los órganos del Estado (y los judiciales no pueden ser una excepción) no sean un puro mandato, sino un mandato racionalmente justificado.

Ferrajoli advierte que, «...[aunque] se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la Santa Inquisición y aún antes en la de los magistrados romanos, el principio de la obligación de *reddere rationem* de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderno.

Encarecida por Bacon y después por el pensamiento ilustrado, la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV [de Nápoles] de 27 de septiembre de 1774; después por el Art. 3 de la *Ordonnance criminelle* de Luis XVI de 1 de mayo de 1788; posteriormente por las leyes revolucionarias de 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790 y por el Art. 208 de la Constitución francesa de 1795, y, por fin, recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos...»¹¹.

La necesidad de motivar las resoluciones jurisdiccionales está estrechamente ligada a una concepción sociológica que ve en el juicio un proceso comunicativo¹², un marco de comprensión escénica en la producción del caso¹³; y al denominado «principio del control en el proceso penal»¹⁴, y refleja todo un modo de concebir las relaciones entre el Juez y la sociedad.

El artículo 303 de la Constitución hondureña establece: «...La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra ... en nombre del Estado...». Partiendo de un texto muy similar, el Artículo 101 de la Constitución italiana, Illuminati¹⁵ escribe: «...Administrar la justicia “en nombre del pueblo” ... significa ... permitir el control de la colectividad sobre los mecanismos judiciales y sobre los procedimientos cognoscitivos utilizados...». Por eso, el Juez se ve compelido a «...justificar su propia decisión frente a la colectividad por medio de la motivación, dando cuenta también de la manera en que, partiendo de la presunción de inocencia¹⁶, ha quedado corroborada la hipótesis de culpabilidad...»¹⁷.

La motivación de la decisión judicial desempeña una doble función, intraprocesal o endoprocesal, y extraprocesal.

Desde el primer punto de vista, la explicación de las razones que llevaron al órgano jurisdiccional a tomar su decisión permitirá su crítica en caso de recurso¹⁸. Sólo conociendo esas razones, podrá, la parte que se crea agraviada, argumentar su impugnación. En esta medida, la omisión o insuficiencia formal de la motivación compromete la eficacia del derecho de defensa, consagrado por el artículo 82 de la Constitución hondureña.

Junto a esta función intraprocesal, cobra una inusitada importancia la función extraprocesal¹⁹ de instrumento de control externo de la actividad de los órganos jurisdiccionales, y de ahí que Ferrajoli la incluya -con otras garantías procesales²⁰- entre las que denomina garantías «*instrumentales*», en función de las penales o «*sustanciales*». «...Las garantías penales -escribe- al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito -lesión, acción y culpabilidad- serán efectivas en la medida que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en

general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también “*instrumentales*” frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como “*sustanciales*”...»²¹.

La potestad de impartir justicia emana del pueblo y la actividad jurisdiccional se convierte en expresión de un poder que ese Pueblo soberano ha delegado, a efectos de ejercicio, en el Magistrado, el cual está obligado no sólo a desempeñar su cometido funcionalmente, esto es, teniendo como norte los fines públicos que persigue la actividad jurisdiccional (lo que proscribe cualquier asomo de arbitrariedad), sino a dar cuenta explícita del modo en que cumple su función. Por utilizar, una vez más, la tan difundida pareja conceptual propuesta por Recasens Siches, el «*Juez razonable*» ha de ser, además, «*Juez razonador*»²².

«...En nuestro régimen democrático -escribe Amodio²³- el deber de motivación se convierte en el medio por el que los sujetos investidos del poder jurisdiccional, miembros del aparato instrumental de la voluntad popular rinden cuenta de su propio trabajo a las fuentes de las que deriva su investidura. El control “externo” de las razones de la decisión es, pues, uno de los modos en que se realiza la participación popular en la administración de justicia ... que no se agota, ciertamente, en la asunción directa, por los ciudadanos, de la responsabilidad de juzgar...»²⁴

La sentencia cobra, así, una clara dimensión argumentativa, y el *auditorio*²⁵ del Juez se amplía más allá de las partes interesadas en el concreto proceso, y de las propias *gentes del Foro*.

El fallo no se limita a resolver un conflicto particular, sino que debe dar respuesta cumplida a los alegatos de las partes en apoyo de sus respectivas posiciones.

En el artículo 336 CPP se establece que el Tribunal de Sentencia delibere y vote «...respecto de todas las cuestiones debatidas en la primera fase del juicio oral...». Sobre esta pauta redactará luego su sentencia, que ha de guardar una relación de estricta congruencia con la acusación (artículo 337 CPP). Una de las modalidades de la incongruencia es la denominada «*omisiva*», consistente en la ausencia de pronunciamiento, en el fallo, de alguna de las cuestiones que constituyeron objeto de debate en la parte de juicio oral ya celebrada. La incongruencia omisiva es vicio invocable al interponer recurso de casación (Artículo 362.4 CPP). Si en el fallo se resuelven todos los puntos debatidos, pero alguno de los pronunciamientos carece de motivación, o ésta es insuficiente o contradictoria, semejante vicio podrá igualmente ser denunciado como fundamento de dicho recurso de casación (Artículo 362.3 CPP). La estimación del recurso, en cualquiera de los dos casos, dará lugar a la anulación del fallo recurrido, con devolución de los antecedentes al Tribunal de Sentencia, para que dicte resolución ajustada a las exigencias legales (Artículo 369 CPP)²⁶.

Pero, además de todo lo anterior, en la medida en que la sentencia se emite de *cara al público*, emerge lo que podría denominarse el *momento social* de la formación de la convicción²⁷. El Juzgador, a través de la motivación jurídica, demuestra su fidelidad a la ley, en cuanto expresión de la voluntad popular²⁸; y mediante la motivación fáctica, a

las valoraciones y métodos lógicos mayoritariamente aceptados.

El Juez debe operar con «...razones *lógico-objetivas* perfectamente comunicables...»²⁹; su convicción, en palabras muy expresivas de Gorphe, «...no debe ser únicamente la expresión de una concepción subjetiva, sino más bien de modo tal que los hechos y las pruebas sometidas a su juicio introduzcan la misma seguridad en el ámbito de cualquier otro ciudadano sensato e imparcial al juicio del cual fueran sometidas...»³⁰. De esta suerte, escribe Gutiérrez-Alviz y Conradi, se logrará que «...la colectividad se sienta reflejada e identificada en el juez, ya que éste es algo muy diferente de un técnico: es, ante todo, el representante de aquélla...»³¹. La motivación ofrece a la Sociedad la «demostración pública» de que la normativa vigente es aplicada³².

1.1.- La motivación de la reconstrucción del hecho: la valoración de la prueba.

Para Rodríguez Ramos³³, «...en el área jurídica de la sentencia ... tiene su lugar más propio la motivación...». Y, efectivamente, la pragmática fernandina, antes aludida, imponía el deber judicial de explicar la norma en que fundaba su decisión³⁴.

Sin embargo, la motivación del fallo ha de extenderse igualmente a la reconstrucción del hecho enjuiciado, a partir del material probatorio disponible. Sin embargo -y, sin duda, como consecuencia de un determinado entendimiento de la «*íntima convicción*» como pauta de valoración de la prueba- sólo en época relativamente reciente se ha empezado a prestar atención a esta dimensión de la motivación. La extensión de los fundamentos de Derecho contenidos en las sentencias, incluyendo abundantes reflexiones incidentales («*obiter dicta*») que, en ocasiones, podían ser puro ejercicio de narcisismo erudito, contrastaba con la penuria de razones justificativas del modo en que el órgano sentenciador había formado su convicción sobre lo que había sucedido³⁵. Martínez Ruíz³⁶ ya advertía que, al imputado (pero también a la gente en general) «...le importan menos las disquisiciones jurídicas para configurar unos hechos dentro de un molde típico de los que trae el Código Penal, que el hecho de que se le declare culpable, y esto es lo que debería motivársele; y no se hace por sistema. ...».

El artículo 141 CPP establece, genéricamente, la exigencia de motivación -«clara y precisa»- de los autos y de las sentencias -tanto interlocutorias como definitivas- expresiva de los hechos y de los fundamentos de derecho en que se base la resolución, así como, en su caso, de las pruebas tenidas en cuenta, así como de las razones del valor probatorio que se les haya atribuido.

Ya el párrafo tercero del precepto invocado se cuida de advertir que la motivación de las sentencias se hará de conformidad con lo establecido en el Artículo 338 CPP, aplicable, a su vez, en lo sustancial a las sentencias dictadas en juicio por faltas, de acuerdo con lo ordenado por el Artículo 430 CPP.

En la regla cuarta del 338 se desglosa la fundamentación en (1) declaración de hechos probados, (2) valoración de la prueba y (3) fundamentación jurídica.

A propósito de la valoración de la prueba (en función de motivación de la fijación de hechos probados que la precede), se dispone que «...se expresarán las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas en juicio y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios igualmente declarados probados...».

El precepto transcrito trata de introducir, en el mayor grado posible, pautas de racionalización y control de la actividad judicial reestructuradora del hecho enjuiciado.

Para ello, impone que el Tribunal:

- (1) exprese el material probatorio tenido en cuenta para fundamentar su decisión; y
- (2) justifique razonable y persuasivamente cómo es posible, partiendo de él, y aplicando las reglas de la sana crítica, llegar a la reconstrucción del caso plasmada al fijar los hechos que se han considerado como probados.

1.1.1.- La concreción del material probatorio utilizable y utilizado

En la propia regla cuarta se delimita cuál es el material probatorio utilizable.

Se parte, como no podía ser menos, de las pruebas «...practicadas en juicio...».

Aun cuando no se proclame expresamente, habrá de tratarse de pruebas legítimamente obtenidas. No podría ser de otro modo, puesto que las prohibidas o ilícitas «...carecerán de eficacia probatoria...», porque así lo quiere el Artículo 200 CPP³⁷.

Por su lectura en juicio, cuando ello sea posible a tenor del Artículo 311 CPP, podrá introducirse, para formar la convicción judicial, material probatorio procedente de la fase o etapa preparatoria, de investigación o instrucción³⁸.

Y, de entre ese material probatorio procesalmente utilizable, el órgano sentenciador habrá de precisar el que ha tenido en cuenta para formar su convicción.

1.1.2.- Análisis del material probatorio

Igartua Salaverria³⁹, siguiendo confesadamente ideas de Taruffo⁴⁰, enuncia reglas para la racionalización del análisis y valoración de la prueba practicada.

En cuanto a la **fase de análisis**, regirán dos principios:

[a] Valoración individualizada de los medios de prueba

Reproduciendo palabras de Ruíz Vadillo⁴¹, el Tribunal tendrá que razonar «...sobre [cada una de] las pruebas que se han practicado y sobre el grado de convencimiento

que cada una le ha proporcionado y [sólo después], en función de la plural incidencia de todas ellas, sobre por qué ha llegado a una determinada conclusión y no a otras...».

De este modo se evita la elusión de una verdadera motivación fáctica so pretexto de una mal entendida «apreciación conjunta de la prueba».

A título de ejemplo, la persuasividad de un testimonio se valorará, pues, ante todo, individualmente. Se examinará la credibilidad (verosimilitud objetiva) del relato y su coherencia interna (de momento, sin contextualizarlo, relacionándolo con otros datos que pueden contribuir a su corroboración o refutación, ya que esta actividad pertenece a la fase de valoración conjunta -esto es, interrelacionada- del material probatorio disponible), así como su modo de expresión -firmeza, tono, reticencias, silencios, lenguaje no verbal (gestos, actitudes)- puesto que forma parte del mensaje comunicativo); y la fiabilidad del testigo, valorando su perfil psicológico, los factores que puedan condicionar la percepción, almacenamiento y reproducción de sus recuerdos, y circunstancias (motivos de amistad, enemistad o interés) que pudieran imprimir a su declaración un sesgo favorable o desfavorable a cualquiera de las partes en conflicto.

La apreciación de la prueba pericial tendrá en cuenta la competencia (genérica y específica) del perito, la científicidad del método utilizado y su idoneidad en relación con el objeto de la pericia y la coherencia y racionalidad de su aplicación al caso concreto.

Tratándose de documentos, habrá de discernir su genuinidad, esto es, si el documento original ha sufrido alguna alteración, y su autenticidad, valorando su aparente correspondencia con la realidad, por su verosimilitud y coherencia interna⁴².

Este deber de análisis y valoración individualizados parecen desprenderse del tenor literal del Artículo 338, regla cuarta, 2) CPP. La referencia -contenida en el inciso segundo del Artículo 202 CPP- a la valoración conjunta y armónica de la prueba ha de entenderse como introducción del canon valorativo de la contextualidad como complemento del de valoración individualizada.

[b] Valoración de la totalidad de la prueba

Si, el anterior canon valorativo prescribe «...la consideración de los medios de prueba tomados *de uno en uno*, es decir, individualizadamente, ...[ahora] viene el remate: se precisa el concurso de *todos ellos*...»⁴³. Ciertamente, una exigencia ineludible de economía de medios permite introducir temperamentos en este enunciado tan radical. El inciso final del apartado 2) del Artículo 362 CPP establece la procedencia del recurso de casación cuando la sentencia «...excluya o deje de considerar alguna prueba de valor decisivo...». La precisión final permite concluir que no es en todo caso inexcusable que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los órganos sentenciadores⁴⁴. El Tribunal no podrá omitir el análisis de las pruebas «de valor decisivo», lo que evitará que se enrede en motivaciones innecesariamente

exhaustivas. Con todo, Taruffo ha denunciado que esta pauta de extensión de la motivación fáctica, «...bajo una apariencia de razonabilidad (es absurdo pedir una motivación particularizada sobre pruebas irrelevantes, superfluas o ineficaces), contiene márgenes de ambigüedad notablemente graves. Basta observar que, de esta manera se permite que el juez excluya de la motivación la apreciación de pruebas relevantes, particularmente si su éxito no coincide o, sobre todo, contrasta con los resultandos sobre los que el juez funda su reconstrucción de los hechos...»⁴⁵. Estas consideraciones bastan para advertir que el Tribunal ha de ser extraordinariamente prudente a la hora de omitir el análisis de determinadas pruebas so pretexto de su irrelevancia para esa tarea reestructuradora⁴⁶.

2.1.3.- Valoración de la prueba: la «sana crítica»

La valoración de la prueba ha de hacerse «...según las reglas de la sana crítica...». La pauta valorativa consagrada por el Artículo 338 CPP, a propósito de la sentencia, coincide con lo dispuesto por el Artículo 202 CPP («Valoración de las pruebas. La sana crítica»), a saber: «...Las pruebas serán valoradas con arreglo a la sana crítica. El órgano jurisdiccional formará su convicción valorando en forma conjunta y armónica toda la prueba producida...».

La sana crítica pretende superar, dentro de un proceso de progresiva racionalización de la valoración del material probatorio, el sistema de «prueba legal», pero también el criterio de la «íntima convicción» y de la «apreciación en conciencia», como modalidades de la «libre apreciación de la prueba».

2.1.3.1.- Prueba «legal» o «tasada»

El primero de ellos se impuso a mediados del siglo XIII, coincidiendo con la consolidación del denominado «modelo inquisitivo», obra fundamental de canonistas, que eclipsó el ideal dialéctico retórico que latía en el «modelo acusatorio»⁴⁷.

El sistema de prueba «legal» o «tasada» debe su denominación a que la ley fijaba cuáles eran los medios de prueba utilizables y, además, el valor probatorio de cada uno de ellos⁴⁸, y de sus respectivas modalidades. La condena había de fundarse en la prueba «plena» (o «legítima»), que proporcionaba la confesión del imputado (la «reina de las pruebas»), que podía arrancársele incluso mediante el empleo de la tortura; pero a la condena podía llegarse mediante la adición aritmética⁴⁹ de pruebas «semiplenas», dotadas de una fracción de la fuerza probatoria precisa para llegar a aquélla y que, a su vez, podían haberse construido sobre la base de «indicios» y aun de «rumores». Se cita a menudo una cáustica apostilla de *Voltaire*: «...ocho rumores que no son más que el eco de un runrún con poco fundamento pueden convertirse en prueba completa...»⁵⁰.

El sistema de prueba legal pretendía fundarse en «...ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza...»⁵¹. Supuesto que la experiencia acreditaba que, por lo regular, en unas condiciones dadas se producía un hecho o una situación determinadas, la ley afirmaba

que, siempre que se diesen aquéllas, se tuviese por producidos este hecho o situación. A título de ejemplo, si dos testigos coincidían en su declaración sobre un punto discutido, éste se tendría por (se presumía legal e indiscutiblemente) acreditado⁵².

De este modo, la tarea del juez se mecanizaba, ajustándose a la estructura formal del razonamiento deductivo: una vez comprobada la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley, el hecho se tenía por probado. Obviamente, este sistema reducía (o trataba de reducir⁵³) al máximo el riesgo de arbitrio judicial.

Igartua ha querido romper una lanza para poner de manifiesto la relativa racionalidad del sistema de prueba legal, especialmente si se contrasta con el de ordalías o «juicios de Dios». «...Desde un punto de vista jurídico, era, en primer lugar, la consecuencia lógica de un sistema procesal en el que el juez no tenía contacto inmediato con las pruebas, y, en segundo lugar, se convertía en un sistema idóneo para garantizar la objetividad y uniformidad de juicio contra la arbitrariedad del juez, lo cual se hacía necesario en situaciones -como aquéllas- en las que la organización judicial era caótica y el juez carecía a menudo de cultura adecuada y de formación técnico-jurídica. Y, desde un punto de vista gnoseológico, el sistema de la prueba legal expresaba una metodología del conocimiento fundada en los apriorismos y abstracciones formales típicos del pensamiento tardoescolástico y aristotélico-tomista...»⁵⁴.

Todo lo anterior no puede ocultar su insatisfactoriedad.

Para empezar, es ilusoria la pretensión de construir normas legales sobre la prueba que garanticen incontestablemente la verdad de la conclusión. No existen, en rigor, pruebas *suficientes* para ello y, a lo sumo, puede aspirarse a conseguir un alto grado de probabilidad de verdad⁵⁵, ese que libra el ánimo del juzgador (y de los destinatarios de su resolución) cualquier duda razonable; y, desde el punto de vista epistemológico, resulta preferible permitir que el juzgador opere libre de esas trabas legales, a condición, claro está (y aquí reside la importancia de la motivación fáctica), de que se sirva de un método objetivamente razonable y dé cuenta, además, en su sentencia, de los argumentos que avalan esa razonabilidad y la corrección con que lo ha empleado para reconstruir lo sucedido, en el caso por él enjuiciado.

Por otra parte, el propio punto de partida de la máxima de experiencia asumida legalmente para establecer la regla valorativa de la prueba la sitúa en el terreno de una razonable discutibilidad. La pauta de la normalidad del acontecer (el «*id quod plerumque accidit*») puede ser realmente útil como uno de tantos instrumentos que el juzgador puede manejar, pero siempre que no ascienda a rango de verdad absoluta e incontestable, porque, en su misma formulación, está reconociendo la posibilidad de excepciones. Lo anterior es aún más convincente si se tiene en cuenta que, históricamente, pasaron por máximas de experiencia lo que no eran sino puros prejuicios en el marco de una Sociedad múltiple y rígidamente compartimentada.

«...La idea de la prueba como “suficiente”, gracias a su conjunción con una norma,

para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, no obstante su aparente racionalidad, en realidad -crítica Ferrajoli- es idéntica a la que fundamenta las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación. En estas pruebas mágicas, que caracterizan a las experiencias procesales primitivas y, en particular, a la romano-germánica de la Alta Edad Media, un hecho natural -como el resultado de una prueba física del acusado con la naturaleza o con la parte ofendida, la provocación del castigo divino en caso de mentira o, directamente, cualquier signo de la naturaleza- viene considerado por una norma como prueba o como signo suficiente de culpabilidad o de inocencia. A diferencia de lo que ocurre en las pruebas legales, la experimentación de tal hecho no está dotada en realidad de ninguna fuerza inductiva; y la norma sobre la prueba, en vez de una falsa ley natural o una regla de experiencia, es una ley sobrenatural, una tesis mágica o religiosa o un artículo de fe. El esquema lógico y epistemológico es sin embargo el mismo: el de la deducción de la conclusión judicial como necesaria (y no como probable) a partir de la prueba practicada y de la norma que le confiere a ésta valor probatorio o inmediatamente expresivo del hecho probado...»⁵⁶.

Por útil que, en un determinado momento, haya podido ser el sistema, terminó por sucumbir a consecuencia de un desarrollo perverso, que provocó su quiebra, «...tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral...»⁵⁷. La práctica generalizada de la tortura, la interpretación de los leguleyos que dieron al traste con el contenido garantista que pudieran tener las reglas sobre prueba legal o tasada, y que, de este modo, ya no pudieron frenar la arbitrariedad judicial, en tanto que el imputado carecía de toda posibilidad de defensa efectiva lo desacreditaron al tiempo que emergía un nuevo modo de entender la prueba y su valoración, inspirado en las ideas de la Ilustración⁵⁸.

1.1.3.- La fundamentación de la valoración de la prueba: «*explicación*» expositiva y «*justificación*» objetiva.

Para evitar el riesgo de la arbitrariedad, una frase de Stammler contribuye a poner las cosas en su sitio: «...el juez sólo debe someterse a su propia convicción debidamente fundamentada...»⁵⁹. Estas dos últimas palabras proporcionaban la clave para el debido entendimiento del rol del juzgador en este punto.

La apelación a la conciencia o íntima convicción del juzgador no puede instaurar un proceder intuitivo, inmotivado e incontrolable. Carnelutti increpaba: «...¿es que acaso se puede eximir al juez de razonar?...»⁶⁰.

En modo alguno; si el juez ha formado su convicción ajustándose a las pautas de la «persuasión racional», ningún inconveniente habrá en que descubra el proceso por el que llegó a las conclusiones en que fundamenta su fallo. «...La sentencia del magistrado -escribe Bettiol- no puede ser un mandato o una orden administrativa, que puede incluso estar privada de apoyo lógico (aunque la necesidad de la motivación de los actos administrativos se hace hoy sentir en términos urgentes); la sentencia es fruto y resultado de una delicada operación lógica que el juez debe manifestar por escrito a fin de que el razonamiento por él seguido pueda ser controlado bajo el

aspecto de ser impecable. La jurisdicción está de este modo enteramente ligada a la motivación. La motivación respecto al hecho exige que el juez, refiriéndose a las pruebas recogidas y valoradas, no tenga más remedio que expresar las razones por qué un hecho en sus elementos objetivos y subjetivos, esenciales o accidentales, constitutivos o impeditivos deba o no ser estimado presente...»⁶¹.

Vittorio Denti ha hecho ver que «en todos los ordenamientos procesales modernos, libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de eficacia de las pruebas en sí, determinada en vía preventiva por el legislador, sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que, por tanto, no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador...»; para concluir: «...Sociedades democráticas ... no pueden renunciar al control de cuanto acontece en el proceso, y deben someter las técnicas internas, y en primer lugar las probatorias, al consenso de los grupos sociales. Esto, y no otra cosa, significa la libertad de valoración que se atribuye al juzgador...; y es a través de la motivación de sus propias decisiones (en algunos ordenamientos instaurada como obligación constitucional) como el juzgador debe rendir cuentas, a nivel de los conocimientos comunes y del convencimiento común acerca de la validez y de la corrección de los métodos empleados, del control que ha realizado sobre [la prueba] ...»⁶².

En la sentencia, el juzgador, puesta la vista en las afirmaciones de la parte acusadora, que propone una versión de lo sucedido que, para aquél, constituye una hipótesis de trabajo, se enfrenta con el material probatorio resultante del juicio. Este material permite, debidamente ordenado, reconstruir -por inducción- el *hecho probado*, para, a continuación, comparar este hecho reconstruido con el hecho afirmado por la acusación⁶³.

Bacigalupo⁶⁴, en línea con lo opinión procesalista alemana más reciente y autorizada, distingue, dentro del proceso de formación de la convicción judicial como *suceso complejo*, dos niveles.

El primero atañe a la percepción de lo actuado en el juicio oral, en su interpretación y valoración. El juzgador recibe información que le proporcionan los testigos e incluso el propio imputado, ya de forma personal y directa, ya por lectura de lo previamente documentado, dentro o fuera del procedimiento penal. Ocasionalmente, esa información puede obtenerla por percepción inmediata, a través del reconocimiento judicial.

Todo este material, directamente representativo (del hecho que se trata de reconstruir o de datos que pueden funcionar como indicios), pertenece a la fase de la actividad probatoria que Serra Domínguez⁶⁵ denomina de *traslación* (de esa información al órgano jurisdiccional).

A él se añade el proveniente de los informes periciales, que dotan, al Juzgador, de los criterios técnicos no jurídicos requeridos para la formación del juicio jurisdiccional. Las reglas de la experiencia común y esos criterios técnicos le servirán para valorar la fiabilidad de los datos obtenidos por traslación, así como de las fuentes de que tales

datos proceden; y, además, para llegar a nuevas conclusiones, a través de mecanismos de inferencia, propios de la actividad presuntiva.

La intermediación de la obtención de todo este material (recepción de declaraciones e informes) condiciona estas valoraciones hasta el punto de limitar considerablemente el control -por vía de recurso (de apelación y, mayormente, de casación)- de aquello a lo que el Tribunal revisor «...no puede acceder porque depende de la percepción sensorial de la prueba...»⁶⁶.

El segundo nivel estaría representado por «...la observancia de las Leyes de la *lógica*, de los *principios de la experiencia* y de los *conocimientos científicos* de las deducciones que el Tribunal formula a partir de la prueba de cargo...», y que constituye «...la *infraestructura racional* de la formación de la convicción...»⁶⁷. La corrección del razonamiento, en cuanto componente *objetivo* de esa convicción (lo que Wrowleski distingue como *justificación externa* de la decisión judicial⁶⁸), queda abierta al control en vía de recurso.

De este modo, el Tribunal habrá de exponer, en su sentencia, cuáles fueron las bases probatorias en que fundamentó su propia versión de los hechos, y precisamente por referencia a las producidas en el juicio oral, directamente o, por excepción, por lectura autorizada del resultado de actos de investigación realizados en la fase preparatoria, o de pruebas anticipadas.

Formará su convicción libremente, en el sentido de que el valor probatorio de cada prueba no está predeterminado por la Ley; pero deberá explicar las pruebas que tiene por demostrativas, y los criterios por los que las tiene por fiables; y, en buena técnica argumentativa, también aquéllos por los que descartó otras que contradicen su conclusión⁶⁹.

El juzgador, en su sentencia, ha de comenzar examinando las pruebas practicadas a instancia de la acusación para confirmar su versión de lo sucedido (*modus ponens*).

Deberá, asimismo, analizar las *contrapruebas* practicadas a instancia de la Defensa para contrarrestar o confutar las anteriores (*modus tollens*)⁷⁰.

En uno y otro caso, ante todo, será preciso depurar la legalidad del material probatorio obtenido, resolviendo las dudas que se susciten sobre cualquier prueba. Para ello, habrá que preguntarse si la prueba utilizada es legalmente admisible (y téngase en cuenta la flexibilidad de criterio que se advierte en el Artículo 199 CPP); y, en caso afirmativo, si ha sido legítimamente obtenida; para lo que podrá ser preciso fijar previamente las circunstancias en que lo fue, lo que obligará a reconstruir este hecho colateral, ponderando la información disponible sobre él⁷¹.

Despejada esta eventual incógnita, habrá que valorar individualmente la persuasividad de cada una de las pruebas del hecho enjuiciado, tal como queda explicado con anterioridad.

1.2. La motivación de la *subsunción* o del tratamiento jurídico del caso.

Una vez reconstruido el caso, fijado el hecho probado y justificado el procedimiento que ha permitido llegar a su determinación, será preciso darle el tratamiento jurídico adecuado.

Dentro de la mentalidad silogística clásica, la sentencia suponía comparar con la hipótesis o supuesto de hecho arquetípico de la norma penal abstracta (en función de premisa mayor) el hecho reconstruido mediante la actividad probatoria llevada a cabo en el curso del juicio (que constituiría la premisa menor). En caso de coincidir⁷², procedería, en conclusión, ordenar la consecuencia preestablecida en la norma de referencia. En esta operación deductiva de comparación y posterior obtención de una conclusión, consiste lo que se ha denominado «*subsunción*»⁷³ o «silogismo de determinación de la consecuencia jurídica», en terminología de Larenz⁷⁴.

En realidad, esta descripción del mecanismo sentenciador no se corresponde exactamente con la realidad.

Para empezar, el Tribunal sentenciador no opera, desde un principio, sobre un caos, sino sobre un material preordenado fáctica y jurídicamente por las partes, como resultado del curso del procedimiento previo (etapas o fases preparatoria e intermedia); y, cuando llega la hora de la sentencia, ese material se ha ido decantando como consecuencia de la prueba practicada y de la fijación definitiva que, de sus respectivas posiciones, efectúan las partes procesales en sus conclusiones al final del debate.

El Tribunal no es absolutamente libre al reconstruir el hecho ni al tratarlo jurídicamente, sino que está relativamente vinculado a los planteamientos de las partes (y, más especialmente, de la parte acusadora) por el deber de congruencia que le impone el Artículo 337 CPP. Las perspectivas tradicionales que colocaban al juzgador en una situación de plena libertad en la aplicación del Derecho⁷⁵ han de ser revisadas a fondo.

Una vez declarados los hechos probados, ha de comprobar si el tratamiento jurídico pretendido respectivamente por la Acusación y por la Defensa es correcto. Esta comprobación es importante puesto que condiciona el pronunciamiento sobre la pretensión punitiva de la primera y la oposición de la segunda.

Ahora sí habrá de comprobar, el Tribunal, si los presupuestos fácticos de las leyes invocadas por una y otra se corresponden con el hecho justiciable definitivamente reconstruido. Lo hará para decidir, a la vista de las alegaciones y pretensiones de la Acusación y de la Defensa, una serie de puntos que enuncia el apartado 3) de la regla cuarta del Artículo 338 CPP:

«...calificación de los hechos que se hubiesen tenido [por probados]⁷⁶ para cada uno de los procesados [más correctamente, acusados]⁷⁷

« causas de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal, en caso de que concurra alguna de ellas

« las penas que se impongan, en caso de condena

« la responsabilidad civil

« las costas

« el destino de los objetos secuestrados.

La operación no es, en modo alguno, fácil.

El Tribunal tendrá, ante todo, que seleccionar cuáles son las normas aplicables.

Conviene dejar claro que, en realidad, la motivación jurídica del fallo no es una especie de cuaderno de bitácora donde el Tribunal registra pormenorizadamente el proceso de su toma de decisión. La motivación jurídica expresa el resultado de ese proceso, justificando la racionalidad de lo resuelto.

Así, la determinación de la normativa⁷⁸ aplicable al caso irá precedida normalmente de una serie de ensayos o tanteos⁷⁹, en modo alguno sencillos dada la complejidad del ordenamiento jurídico. Por fortuna, como tranquiliza Díez-Picazo⁸⁰, esta tarea «...resulta ... facilitada gracias al sistema. El jurisconsulto, habituado a trabajar dentro de un sistema conceptual, puede, casi de inmediato, detectar por lo menos la zona o parcela del ordenamiento jurídico en donde la norma aplicable radicará...»⁸¹.

En ocasiones, la selección de la norma supuestamente aplicable puede no ser fácil.

En principio, y desde el punto de vista de la vigencia temporal de las leyes penales, el «*punto de conexión*» utilizable es el tiempo de perpetración del delito («*locus regit actum*»); pero, en caso de sucesión cronológica de leyes penales que se superponen sobre un hecho delictivo no instantáneo, sino prolongado en el tiempo (por mediar un lapso relevante entre acción y resultado, o en casos de delitos de los llamados «de acción permanente» o cuyo resultado consiste en la creación de un estado de cosas duradero), la selección de la norma aplicable puede ser conflictiva. Ciertamente, en Derecho Penal rige el principio de irretroactividad⁸², salvo en beneficio del acusado⁸³. La determinación de cuál, de entre dos leyes concurrentes, es más favorable al acusado puede obligar a una difícil ponderación de las circunstancias de cada caso en particular.

Aun seleccionado el Derecho vigente, los problemas pueden no haber sino empezado.

En efecto, la expresión lingüística de la norma no tiene, en muchas ocasiones, un significado unívoco.

Desde un punto de vista estático, los textos normativos son, a menudo, polisémicos.

Hoy se admite sin problema la relatividad del aserto «*in claris, non fit interpretatio*»⁸⁴. Siempre será precisa una lectura crítica de la expresión literaria de la norma para llegar a la conclusión de que no admite sino un significado. Lo que pretende la transcrita regla hermenéutica es prevenir contra el riesgo de tergiversar, mediante recursos rabulísticos, el sentido que fluye fácilmente de las palabras de la ley. De Castro⁸⁵ lo explicó inmejorablemente: «...toda regla jurídica, aun la de apariencia más clara gramaticalmente, requiere una interpretación jurídica conforme a su fin. No se puede admitir la afirmación de que “en el sentido gramatical indudable de las palabras encuentra la actividad interpretativa un límite infranqueable” [Von Tuhr] ... La repetición por la jurisprudencia de que “no hay lugar a la interpretación cuando el precepto legal no ofrece duda” tiene otro sentido: el que “no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición”; el temor de que “cabezas oscuras oscurezcan textos claros”...». Y concluye lapidariamente: «...El respeto a la ley impone buscar su verdadero sentido, investigando su fin, pero también ordena que se impida desviar su significado claro con trucos de leguleyo...».

El órgano jurisdiccional penal se encuentra con normas legales enunciadas en una lengua determinada expresada por escrito. Si la lengua no es, en definitiva, sino un código convencional de comunicación⁸⁶, el enunciado lingüístico en que se expresan las normas legales ha de ser inevitablemente objeto de un descifrado («*décodage*»⁸⁷) que, en principio, no es distinto del propio de cualquier texto literario. En principio, el órgano jurisdiccional se encuentra ante una sucesión de palabras que forman frases que, de acuerdo con las reglas de la lengua utilizada, tienen un sentido determinado en la medida en que comunican un contenido de pensamiento. Las palabras y su contexto se encuentran en una relación de «*circularidad*»⁸⁸ que, en realidad, es más de interacción dialéctica (o, si se prefiere, de «*espiralidad*»), puesto que, como hace notar Larenz, la imagen del «círculo» «...no es precisamente afortunada, en cuanto el movimiento circular del comprender no retorna sencillamente a su punto de partida - entonces se trataría de una tautología-, sino que se eleva a un nuevo grado la comprensión del texto. Si el significado de una palabra primeramente aceptada por el intérprete no concuerda con la conexión de sentido del texto, tal como éste se descubre al intérprete a continuación, entonces el intérprete rectifica su primera suposición; si los posibles significados (aquí imaginables) de la palabra ofrecen una conexión de sentido diversa de la primera conjetura por el intérprete, éste rectifica su conjetura. El proceso de mirar hacia adelante y hacia atrás puede tener que repetirse múltiples veces, sobre todo cuando primeramente sólo se había contemplado una parte del texto, por ejemplo, una sola frase o párrafo...»⁸⁹. La relación dialéctica que ha de existir entre el significado de las palabras («los términos») de la ley y su contexto inmediato, y que contribuye a fijar el sentido de aquéllas, resulta claramente de lo dispuesto en los artículos 17 y 19 del Código Civil hondureño.

Este primer nivel de análisis del texto legal tiene, tratándose de la aplicación de leyes penales, una gran importancia, como consecuencia de la proscripción de su aplicación analógica⁹⁰, lamentablemente falto de una proclamación expresa en el Derecho positivo hondureño. El órgano jurisdiccional no puede rebasar el límite que representa el significado de las palabras de la Ley, aunque pueda optar razonadamente por el más amplio de los posibles, so pena de estar creando sobrepticiamente nuevas figuras

delictivas, infringiendo la prohibición impuesta por el Artículo 11 del Código Penal.

En ocasiones, la determinación del alcance del texto legal puede resultar problemática. La expresión lingüística de la norma penal debería ajustarse a las exigencias de claridad y precisión ínsitas en el principio de legalidad estricta o taxatividad penal. Ello demanda utilizar términos dotados de la necesaria extensión e intensidad⁹¹. Debe estar claro qué objeto se quiere expresar con el significante, lo que implica el rechazo de aquellos cuya extensión no está bien precisada por su equivocidad (significantes «*vagos*») o no es posible precisar con arreglo a un canon objetivo («*juicios de valor*»)⁹².

De acuerdo con el Artículo 219.2 del Código Penal, el robo con armas constituye un subtipo agravado del tipo genérico de robo. Ocurre, empero, que no se precisa legalmente el significado de «armas». Habrá casos claros. Un revólver en disposición de disparar balas metálicas o un cuchillo o navaja responden al arquetipo de arma, de fuego o blanca, respectivamente. Podría, en cambio, suscitarse una duda razonable si se trata de un revólver simulado o de una jeringuilla de un solo uso, provista de su correspondiente aguja⁹³.

Causar la muerte de una persona por medio de «veneno», constituye delito de asesinato, con arreglo al Artículo 117.4) del Código Penal. Ocurre, empero, que dista mucho de estar aclarado si la inoculación de un virus, un bacilo o una bacteria se incluyen en el significante.

He aquí dos ejemplos de significantes «equivoco» o «vago» o «impreciso».

Por supuesto, la propia Ley penal puede ocuparse de disipar ese grado de imprecisión proporcionando lo que se denominan definiciones legales o «auténticas»⁹⁴. La incorporación de una definición legal puede no resolver el problema si incurre, a su vez, en nuevas imprecisiones o contiene juicios de valor. La forma en que el Artículo 27.2) del Código Penal define la «alevosía» puede servir de ejemplo.

El juicio de valor es diferente. No sólo es impreciso su alcance semántico, sino que no es posible encontrar un punto de referencia objetivo para delimitarlo.

La «obscenidad» que cualifica los actos constitutivos del delito de «ultraje al pudor» (Artículo 143 del Código Penal) no sólo es un concepto vago, sino que exige, además, un juicio de valor que, «...al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e irrefutable y es más bien un acto de valoración basado en una opción subjetiva y meramente potestativa...»⁹⁵. Los conceptos valorativos o normativos remiten a pautas culturales dominantes o a «premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas con el presupuesto lógico de una norma»⁹⁶, y, por ello, su empleo no eximirá al juzgador de dar cuenta de la adoptada para dotarlo de contenido.

La subsunción puede resultar sencilla tratándose de conceptos «fijos» o «de definición»⁹⁷, de extensión bien precisada y comprobables empíricamente. Dar muerte

[dolosamente] a una persona, que constituye el tipo objetivo del homicidio descrito en el Artículo 116 del Código Penal puede ser, ciertamente, poco complicado⁹⁸. Una vez reducido el hecho enjuiciado a enunciado, bastará comparar si los distintos datos que lo integran se corresponden con los que componen estructuralmente el tipo delictivo (o la circunstancia) seleccionado.

Los conceptos «normativos», que exigen una previa calificación jurídica, tampoco representan problema si se encuentran correctamente definidos. Piénsese en la subsunción del objeto apropiado en la doble condición de «cosa mueble» y «ajena», a efectos de valorar si se ha cometido un delito de robo (Artículo 217) o de hurto (Artículo 223, en ambos casos, del Código Penal).

En cambio, el órgano jurisdiccional puede encontrarse muy desorientado si se trata de un elemento valorativo cultural. Ya se aludió a la obscenidad, característica del ultraje al pudor; pero también, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, en caso de invocar una justificación con base en la legítima defensa (Artículo 24.1.b del Código Penal).

El problema es intrincado. El órgano jurisdiccional sigue vinculado a la Ley, pero ésta no le proporciona un punto de referencia objetivable empíricamente⁹⁹. Las soluciones proporcionadas por los especialistas adolecen de una gran vaguedad¹⁰⁰. En ocasiones, podrá servir de base la escala de valores resultante de la Constitución, como *Lex Fundamentalis*; y también el análisis comparativo de la tutela penal dispensada a diferentes bienes en juego (así, en el caso de la legítima defensa), inferida de la gravedad mayor o **menor** de la pena conminada a los ataques contra ellos.

Si no es así, el órgano sentenciador no tendrá otro remedio que sondear el estado de opinión dominante en la comunidad, y dar cuenta de su valoración al motivar su decisión. Esta tarea puede resultar extremadamente ardua cuando se trata de comunidades con gran pluralidad cultural, en las que la prevalencia de determinadas pautas culturales es escasa. Cuando no sea posible integrar con suficiente seguridad la norma penal en discusión, deberá recordarse que el principio de intervención penal mínima aconseja optar por el término de la alternativa más favorable a la persona acusada¹⁰¹.

La tarea de aplicación de las normas penales ha de partir, por lo demás, de las construcciones dogmáticas elaboradas por los especialistas más solventes, y a la luz de las directrices interpretativas jurisprudenciales. Las leyes penales son los cimientos sobre los que se construye un sistema teórico metalegal, que no puede ser desconocido por el aplicador, y que facilita el manejo de las normas.

La motivación jurídica ha de tener en cuenta todo ese bagaje doctrinal y jurisprudencial¹⁰², y explicar la forma en que se empleó para el tratamiento del caso.

En la motivación jurídica, el órgano sentenciador ha de ceñirse a lo que constituye la fundamentación de su decisión («*ratio decidendi*»), evitando extenderse en reflexiones

marginales («*obiter dicta*»), que pueden ser una pura inútil demostración de erudición (cuando no de pedantería), y desorientar al destinatario de la resolución sobre las verdaderas razones de lo decidido. Del mismo modo, cuando se invocan precedentes jurisprudenciales, habrá que tener buen cuidado de no fragmentarlos -deliberada o inconscientemente- de modo que, aislados de su contexto, se les atribuya un sentido que realmente no tienen; o de presentar como razones decisoras lo que no pasan de ser pronunciamientos incidentales¹⁰³.

1.3. La motivación de la pena

Una vez fijado el hecho y su relevancia jurídicopenal, después de determinada la responsabilidad de la persona acusada o de las diferentes personas que lo hayan sido, el Tribunal deberá individualizar la pena correspondiente.

En el apartado 3) de la regla cuarta del Artículo 338 CPP se extiende la exigencia de motivación a la individualización de la pena. No constituye ninguna novedad, puesto que -como recuerda Carrillo Vinader- ya se reclamaba en el párrafo segundo del Artículo 69 del Código Penal¹⁰⁴.

Las pautas legales para llevar a cabo esta determinación se contienen en su párrafo primero.

El Tribunal se moverá «...dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley a cada delito...»¹⁰⁵, y tendrá en cuenta:

«los antecedentes personales del culpable; expresión que habrá que interpretar comprensiva de algo más que los posibles antecedentes penales, incluyendo cuantas circunstancias personales puedan contribuir a graduar el reproche culpabilístico;

«su mayor o menor peligrosidad, entendiendo por tal el peligro de recidiva, lo que afecta a la eficacia de prevención especial de la pena a imponer¹⁰⁶;

«las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho apreciadas

«« tanto por su número

«« como, sobre todo, por su magnitud e importancia, en cuanto permiten ponderar la antijuridicidad del hecho concreto y la culpabilidad de su autor; y

Si se trata de pena de multa, la determinación de su cuantía se hará «...teniendo en cuenta la capacidad económica del penado y la gravedad del daño causado por el delito...» (Artículo 51 del Código Penal).

Boix Reig propone las siguientes reglas para una correcta motivación de la pena:
«...

- Indicación expresa de las reglas de medición de la pena aplicables y aplicadas al caso.

- Subsunción del supuesto de hecho en la regla concreta aplicada, conforme a los criterios que informan a la misma y los que con carácter general, deben ser tenidos en cuenta...

-En consecuencia, los hechos probados deben contener las referencias necesarias y suficientes de orden fáctico, sobre entidad de la circunstancia modificativa (si concurre) y de sus elementos, y en todo caso, sobre la mayor o menor gravedad del hecho y sobre la personalidad del delincuente...

- Debe expresar tanto la argumentación que lleva a concluir las antedichas referencias fácticas, teniéndolas por probadas, lo que supone indicar cuáles son las pruebas practicadas al respecto, el proceso intelectual que conduce al hecho probado, cuanto la motivación de la subsunción de tales hechos en la correspondiente regla penológica, por razón de los criterios que la informan.

- Hay que destacar que, en no pocas ocasiones, será necesaria la práctica de pruebas periciales en orden a la apreciación de la “personalidad del delincuente” [y de su peligrosidad] ... en la medida en que se quiera huir de un lamentable “intuicionismo”, incompatible con las garantías que rodean al proceso penal...»¹⁰⁷

Téngase en cuenta que, dentro del proceso fragmentado de decisión del caso, la determinación de la pena tiene lugar tras la declaración de culpabilidad del acusado, en una denominada «segunda fase» (Artículo 343 CPP) en la que se oirá a las partes y éstas podrán proponer y hacer practicar pruebas acreditativas o contradictorias de los hechos que constituyen legalmente factores de individualización punitiva. También el Tribunal podrá, «de oficio ..., ordenar ... la práctica de las investigaciones que estime oportunas...», sin que puedan mediar más de treinta (30) días continuos entre la primera y la segunda fase (párrafo final del Artículo 342 CPP).

1.4.- Motivación de la responsabilidad civil

En el apartado tercero de la regla cuarta del Artículo 338 CPP se dispone que, dentro de la fundamentación jurídica, se incluirán «...los fundamentos doctrinales y legales de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella...».

El precepto provoca perplejidad, porque en la parte dispositiva de la sentencia no se prevé pronunciamiento alguno sobre responsabilidad civil. Da la impresión de que, en la elaboración del Código Procesal Penal hubo un momento en que se pensó extender el conocimiento del Tribunal de Sentencia a la pretensión resarcitoria acumulada a la punitiva; sin embargo, finalmente se optó por un sistema diferente, de modo que, partiendo de la condena penal, ésta sirviese como título de una ulterior demanda de reparación (en sentido amplio), tramitada por el procedimiento monitorio, ejecutivo o

«*de apremio*», regulado por los artículos 432 a 440 CPP.

La motivación que sobre la responsabilidad civil pueda hacerse en la sentencia debería ser, pues, muy genérica; a la vista de las normas contenidas en los artículos 105 y siguientes del Código Penal. No es, por ello, criticable, que, en la práctica se prescinda de esta suerte de motivación sin aparente finalidad, o se reduzca a una mera fórmula *de estilo*.

1.5.- Motivación sobre las costas procesales

En el Código Procesal Penal no se contienen más que referencias incidentales a las costas procesales. Sobre ellas deberá pronunciarse el Tribunal en su sentencia (Artículo 338, regla quinta, CPP), motivando debidamente su decisión (Artículo 338, regla cuarta, apartado 3, CPP).

En principio, esta motivación no podrá ser más sencilla. De acuerdo con el Artículo 64 del Código Penal, «...[la] sentencia condenatoria comprenderá el comiso y el pago de las costas en los casos en que sea aplicable...», precisión, esta última, que, de acuerdo con Carrillo Vinader, habrá de restringirse al comiso, que no a las costas¹⁰⁸.

Por tanto, sólo cabe plantear la condena en costas del condenado, pero no, en cambio, del acusado que haya sido absuelto. En caso de que una sola persona sea acusada de varios delitos, y absuelta por unos y condenada por otros, nunca procederá la condena al pago de las costas proporcionalmente correspondientes a los delitos respecto de los que se ha dispuesto la absolución del condenado.

La dificultad vendrá a la hora de liquidar las costas, dada la acumulación, a ellas, de otros gastos «ocasionados por el juicio», como se infiere del tenor literal del Artículo 56 del Código Penal¹⁰⁹.

Pero cabe un análisis más profundo del problema.

En efecto, el pronunciamiento sobre costas se complica porque falta, en los Códigos Penal y Procesal Penal, un precepto explícito sobre el criterio determinante de la condena en costas.

El artículo 56 del Código Penal no aclara cual es ese criterio.

En él se dispone: «En todos los casos en que procediere imponer el pago de costas [pero ¿cuáles son esos casos?], se comprenderán tanto las procesales como las personales y, además, los gastos ocasionados por el juicio y que no se incluyan en las costas, los cuales se tasaran en la misma forma que aquellas.»

Tampoco vale de mucho más el artículo 64, en el que se lee: «La sentencia condenatoria comprenderá el comiso y el pago de las costas en los casos en que sea aplicable». Pero, una vez más, subsiste la duda: ¿cuándo será aplicable?.

En el artículo 344 del Código Procesal Penal se establece que la sentencia condenatoria «... contendrá, en su caso, el pronunciamiento correspondiente en materia de costas. ...»; pero ¿cuándo se dará ese caso?

Se acude, para colmar la laguna, ante todo, a la pauta rectora proporcionada por el artículo 303 de la Constitución, cuyo primer inciso proclama tajantemente que «... [la] potestad de impartir justicia emana del pueblo y se imparte gratuitamente ...». Como no hace excepciones, su tenor literal obligaría a optar, en caso de duda interpretativa, por el criterio de la gratuidad.

Por otro lado, el párrafo primero del artículo 393 CPP establece: «... El Juez de Ejecución tramitará, de conformidad con lo dispuesto por el Código de Procedimientos Comunes, la tasación de las costas impuestas y los demás gastos a que se refiere el Código Penal. ...».

Aunque, en realidad, el precepto transcrito remite al Código de Procedimientos Comunes sólo para *la tramitación de la tasación* de costas, en la práctica se aplica también para encontrar el criterio de imposición, acudiendo a su artículo 192, en cuyo párrafo primero se establece: «... La parte que fuere vencida totalmente en un juicio o en un incidente será condenada al pago de las costas. Podrá, con todo, el Juez o Tribunal eximirla de ellas cuando aparezca que ha tenido motivos racionales para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la sentencia. ...».

En principio, pues, el condenado debería serlo también al pago de las costas del proceso, pero -como ponen de relieve Ferrera Turcios y Gómez Colomer- parece generalizarse el criterio sostenido en la sentencia que ha servido de ejemplo, de manera que, **en la práctica, las costas del proceso penal, por unas razones o por otras, siempre se declararán de oficio.**

Para ello **se argumenta invocando no sólo el principio general consagrado por el artículo 303 de la Constitución, antes transcrito, sino el párrafo primero del artículo 192 del Código de Procedimientos Comunes, puesto que, así como en otros procesos cabría afirmar que el demandado se opuso con patente mala fe, y sino otro posible motivo que demorar la satisfacción del derecho del demandante, en pocas ocasiones se podrá encontrar una actitud más razonable humanamente que la resistencia de la persona acusadas a ser declarada culpable y castigada con una pena.**

1.6.- Motivación en relación con los objetos secuestrados

Sobre este punto, poco puede añadirse a estas atinadas observaciones de Carrillo Vinader¹¹⁰:

«...El nuevo Código Procesal Penal de Honduras entre las actuaciones de ejecución inmediata para la constatación del delito establece ... el secuestro de los objetos o documentos relacionados con el delito que puedan ser importantes para la investigación y los que puedan ser objeto de comiso. Tales objetos pueden ser

propiedad de terceras personas ajenas al delito o ser instrumentos o efectos del propio delito. Si estamos ante el primer caso, la sentencia deberá acordar la devolución a sus legítimos propietarios. Si se trata del segundo supuesto la sentencia acordará el comiso, pena accesoria según los artículos 38 y 64 del Código Penal, que consiste en la pérdida de los efectos del delito o de los instrumentos con que se ejecuten, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable de los hechos (Artículo 55 del Código Penal).

»...[Los] artículos 338 y 344 del nuevo Código Procesal Penal exigen el pronunciamiento expreso de la sentencia en estos extremos y la correspondiente motivación...».

Como el comiso, a tenor del Artículo 55 del Código Penal, «...consiste en la pérdida de los efectos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que se ejecute, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho...», en la sentencia habrá que razonar el nexo de conexión entre determinadas cosas o bienes y el delito, explicando porqué pueden considerarse sus instrumentos o sus efectos, directos o por sustitución.

1.7.- La motivación de las resoluciones decisoras de recursos

No se contienen, en el Código Procesal Penal, reglas específicas sobre esta cuestión, fuera de la lacónica remisión contenida en su Artículo 431 al 338, a propósito de la sentencia resolutoria del recurso de apelación en juicio de faltas.

El órgano competente para conocer el recurso habrá de dar respuesta razonada a los motivos alegados por las partes recurrentes, y las objeciones opuestas por las que no impugnaron la resolución.

Obviamente, no son de recibo fórmulas como una, muy extendida, que se limita a confirmar dicha resolución «por sus propios fundamentos»¹¹¹. Habrá de explicar por qué esos fundamentos desvirtúan los argumentos propuestos por las partes recurrentes.

2. La congruencia. Principales vicios de incongruencia.

El proceso penal gira en torno al conflicto generado en relación con la supuesta culpabilidad de una o más personas por un hecho no menos supuestamente constitutivo de infracción penal. El litigio surge por la oposición entre una parte, acusadora, que pretende del órgano jurisdiccional la imposición de una pena (o, en su caso, de una medida de seguridad) a la persona acusada o acusadas del delito, y estas últimas que se oponen a dicha pretensión o la resisten.

La sentencia que resuelve esa contradicción ha de dar respuesta cumplida (y motivada) a los distintos extremos debatidos, empezando por la reconstrucción de lo sucedido y siguiendo por el tratamiento jurídico del «caso».

En el ámbito del proceso civil se denomina «congruencia», en su acepción más simple y general, a «...la ... adecuación entre las pretensiones de las partes formuladas oportunamente y la parte dispositiva de la resolución judicial...»¹¹².

En el proceso penal se prefiere utilizar el significante «*correlación*» entre la sentencia y las alegaciones y pretensiones de las partes para evitar la más estricta vinculación que liga al juzgador en procesos en los que no está comprometido tan intensamente como **en** el penal el interés público¹¹³.

Ortells Ramos¹¹⁴ pone de relieve las dos dimensiones de esta correlación:

- a) como fundamento del deber judicial de pronunciamiento exhaustivo; y
- b) como límite de la potestad judicial de resolución.

En la sentencia ha de darse respuesta a todos los puntos que han sido objeto de debate. Este deber nace de un entendimiento del derecho al libre acceso a los tribunales para ejercitar acciones en la forma que señalan las Leyes, consagrado en el párrafo segundo del Artículo 82 de la Constitución de la República, en un sentido que no se limita a la iniciación del proceso sino a una actividad judicial que materialmente satisfaga la petición de justicia, lo que, obviamente, no implica un derecho a obtener en todo caso la satisfacción de las propias pretensiones, pero sí a una respuesta - positiva o negativa- sobre ellas.

La falta de resolución «...de todas las cuestiones debatidas...» (que se denomina «incongruencia omisiva») es motivo de casación, con arreglo a lo establecido por el Artículo 362.4 CPP.

Entre los procesalistas existe conformidad en vincular el principio de congruencia como limitativo de la potestad resolutoria del órgano sentenciador con los principios acusatorio y de contradicción¹¹⁵.

El juzgador -escribe Ortells Ramos- no puede, en virtud del principio acusatorio, «...resolver más que sobre el objeto (u objetos) del proceso propuesto por el acusador y respecto de la persona que ha sido acusada por éste...»; pero, por otro lado, tampoco puede introducir sorpresivamente en la sentencia cuestiones que no han sido objeto de debate contradictorio en juicio, porque «...si, aunque la cuestión resulte de lo actuado en el juicio oral, sólo es formalmente planteada al ser apreciada de oficio en la sentencia, el principio de contradicción puede sufrir detrimento, por haber pasado la cuestión desapercibida para las partes...»¹¹⁶.

El Artículo 337 CPP regula, según reza su título, la congruencia de la sentencia con la acusación en estos términos: «...La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación a ésta, ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes

indicadas.

»Si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso...».

La correlación se establece, ante todo, con la concreción del hecho justiciable (inclusivo del nuclear del delito y de los integrantes de circunstancias excluyentes o modificativas de la responsabilidad penal) por las partes, a través del desarrollo del proceso. En efecto, está muy extendida la opinión de Gómez Orbaneja¹¹⁷, para quien «...el objeto de cada proceso concreto no puede confundirse con un delito y una pena determinados en el sentido de la ley penal sustantiva. El concepto jurídico procesal del “hecho” no coincide con el concepto jurídico sustantivo en el sentido del Código penal. Esta distinción es fundamental sobre todo para el tratamiento de la litis pendencia y de la cosa juzgada y para establecer el verdadero alcance del principio acusatorio. ...Cada juicio penal lo que considera en realidad es si una persona determinada ha cometido o no una acción penal *determinada* de que deba responder criminalmente. ...El objeto del proceso no es una calificación jurídica, no lo es tampoco el trozo de actividad enmarcado en los actos de ejecución de un “tipo” concreto de la Parte Especial del Código Penal ...

»Dicho de otro modo: la identificación del objeto del proceso no viene dada ni por la calificación jurídica del hecho ni por la entidad o cuantía de la pena pedida, sino por la identidad de un acaecer histórico individualizado en su unidad natural y no en la jurídicopenal, cualquiera que ella sea...».

Sin embargo, el Artículo 337 CPP se extiende también, parcialmente, al «*titulum condemnationis*»¹¹⁸, ya que impide que el Tribunal de Sentencia califique los hechos enjuiciados, en perjuicio de la persona acusada, en forma distinta de la propuesta por las partes acusadoras. La prohibición no se extiende a cuanto beneficie a éstas. Ello podría comprometer el principio procesal de contradicción, y habría sido deseable que se hubiese previsto, para este caso, una audiencia complementaria de las partes, provocada por el Tribunal, para oír su posición sobre el punto o los puntos conflictivos.

La extensión de la competencia del Tribunal de Sentencia a la condena, como falta, de un caso que las partes acusadoras han tratado como delito sería un caso específico de esta autorización legal de variación, por aquél, de los términos en que aquéllas han planteado el caso¹¹⁹.

La infracción de lo dispuesto en este precepto se incluye como motivo de casación por quebrantamiento de forma en el Artículo 362.6) CPP.

La proscripción de la innovación en perjuicio del acusado casa perfectamente con la de la reforma peyorativa de la posición del recurrente (en fórmula latinizada «*non reformatio in peius*»), a tenor del Artículo 350 CPP¹²⁰.

¹ Beccaria, C., «De los delitos y de las penas», Bruguera, Barcelona, 1983 (es traducción de la edición publicada por Einaudi, Torino, 1965), pág. 58.

² La cita tópica se comprende mucho mejor en su contexto. El Barón de Montesquieu comienza afirmando que, «...[aunque] en general no debe juzgar el Poder Legislativo, hay aquí tres excepciones fundadas en el interés particular del que haya de ser juzgado...». Y, tras explicar porqué, a su entender, «...es preciso ... que los nobles comparezcan, no ante los tribunales ordinarios, sino ante la parte del cuerpo formada por los nobles...», (para garantizar el derecho a ser juzgado por los propios iguales!, pasa a examinar el segundo supuesto. «...Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma. Por eso es necesario que se constituya en tribunal, y juzgue, la parte del cuerpo legislativo a que dejamos hecha referencia, porque su autoridad suprema puede moderar la ley en favor de la ley misma, dictando un fallo menos riguroso que ella...» (Montesquieu, «Del espíritu de las Leyes», Libro XI, Capítulo VI, Porrúa, México, 1971, pág. 108). En el capítulo IV de su obra, donde se incluye el fragmento antes transcrito, Beccaria entiende que, del mismo modo que ningún magistrado puede imponer o agravar pena alguna, si no es con arreglo a la Ley (loc. cit., capítulo III, pág. 56), «...[tampoco] la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores...» (Loc. cit., pág. 57). Estas ideas inspiraron a los epigonos de la Revolución Francesa. Gényn, F. («Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo», Reus, Madrid, 1925, pág. 87) cita estas contundentes palabras de Maximilian Robespierre: «...Esa palabra, jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo, debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley; así, hay siempre identidad de jurisprudencia». De ahí surge el «*référé législatif*»; la oportunidad o el deber de los Tribunales (según el *référé* fuese facultativo u obligatorio: el facultativo fue limitado jurisprudencialmente, y el obligatorio, impuesto cuando, a causa de contradicciones judiciales que revelasen un conflicto flagrante de autoridades sobre una misma cuestión de Derecho, se pusiese de manifiesto un evidente vacío de Ley: artículos 12 y 21.2 del Decreto de 21 de noviembre/1 de diciembre de 1790) de consultar al Parlamento sus dudas interpretativas. El Artículo 11 del Decreto de 1790 creó el Tribunal de Casación «cerca del Cuerpo legislativo», que, en palabras de Chapelier (sesión de 25 de octubre de 1790) «...situado entre los tribunales y la ley, quede encargado de la vigilancia completa de la ejecución. Este derecho de vigilancia debe conferirlo el Cuerpo legislativo, porque a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia...». El *référé* perduró hasta la Ley de 11 de abril de 1837. Chénon («Origines, conditions et effets de cassation», París, 1882, pág. 72) explica así las causas del fracaso del sistema: «...El Cuerpo legislativo tenía demasiado importantes ocupaciones para detenerse a resolver conflictos cuyo interés raramente era general. Los envíos de esta clase se acumularon, y de hecho los Tribunales ordinarios fueron

los que dijeron siempre la última palabra...»

Algo similar ocurre en España. El Artículo 131.1º de la Constitución de 1812 establece: «...Corresponde a las Corts proponer y decretar las leyes, *e interpretarlas* y derogarlas en caso necesario». Se pone en relación con una Ley de Partidas (Partida I, XIV, I), aunque el contexto sea muy diferente (Vázquez Sotelo, J.L., «La casación civil (revisión crítica)» (Ediser, s.f., pág. 17). Sólo con dificultad se abrió paso la posibilidad de que un Tribunal Supremo pudiera unificar la interpretación de las leyes, permitiendo que el recurso de casación se fundase en la infracción de la jurisprudencia y de la *doctrina legal* (sobre la diferencia entre «doctrina legal» y «jurisprudencia» en Derecho hondureño, véase el Artículo 360 CPP, y su comentario por Palacios en Palacios & Fernández, loc. cit., pág. 584).

³ Guasp, loc. cit., págs. 950-951; Plaza, loc. cit., págs. 549-550; Rodríguez-Aguilera, loc. cit., pág. 77; Hernández Gil, loc. cit., págs. 8 y ss.; Díez-Picazo, L., «Experiencias jurídicas y teoría del Derecho», Ariel, Barcelona, 1973, pág. 210 (invocando las opiniones de Engisch, K. y de Larenz, K. «Methodenlehre des Rechtswissenschaft», Berlín, 1960 («Metodología de la Ciencias del Derecho», Ariel, Barcelona, 1994, págs. 265 y ss).

⁴ Loc. cit., págs. 64 y ss.; lo sigue puntualmente Andrés Ibáñez, «Acerca de...» cit., págs. 142 y ss.

⁵ Hernández Gil (loc. cit., pág. 17) advierte que «...[en] ocasiones la sentencia no es un silogismo, porque encierra *diversos* silogismos...»

⁶ Obviamente, en una sentencia real, habría que concretar en qué consistieron esas «heridas».

⁷ En Honduras, lesiones comprendidas en el Artículo 135.2 (inciso final) CP.

⁸ En Honduras, con arreglo al precitado Artículo 135.2 (inciso final) CP: «...Será sancionado con reclusión ... de tres a seis años [quien causare a otro una lesión] si la lesión ... hubiere inutilizado al ofendido para el trabajo por más de un mes...»

⁹ Calamandrei, P., «La génesis lógica de la sentencia», en «Estudios sobre el proceso civil», Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945. Véase, Martín Oviedo, J.M., «Formación y aplicación del Derecho (Aspectos Actuales)», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, págs. 97 y ss.; Hernández Gil, loc. cit., págs. 17 y ss.; Díez-Picazo, loc. cit., págs. 208 y ss.; Rodríguez-Aguilera, loc. cit., págs. 77 y ss.

¹⁰ Perelman, Ch., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Civitas, Madrid, 1979, pág. 213. Véase, Pellingra, loc. cit., págs. 8 y ss. Esser diferencia entre las razones

(*Begründung*) que fundamentan la decisión del juzgador y sus móviles internos (*Motivation*): Esser, J., «Motivation und Begründung richterlicher Entscheidung», en Perelman, Ch. Y Foriers, P., (eds.), «La motivation des décisions de Justice», Centre National de Recherches de Logique, E.E. Bruylant, Bruxelles, 1978, págs. 137 y ss. En general, sin desconocer la importancia del análisis psicológico y sociológico de la decisión judicial (Wrowleski, J., «Motivation de la décision judiciaire», en «La motivation...» cit., págs. 130-132), el interés de los estudiosos de la motivación judicial se desplaza desde el plano del razonamiento íntimo del juzgador al de su objetivación como «ensayo de persuasión» (Sauvel, M.T., «Histoire du jugement motivé», en «Revue de Droit public», 1955, págs. 5-6). Este tránsito de lo interno a lo externo aparece perfectamente reflejado en las consideraciones que hace Descartes en el prefacio a sus «meditaciones metafísicas» («Renati Descartes Meditationes de prima philosophia, in qua Dei existentia et animae immortalitas demonstratur», trad. al castellano, Orbis, Barcelona, 1985, pág. 25): «...expondré primero en las *Meditaciones* aquellos pensamientos mediante los cuales me parece haber llegado a una percepción cierta y positiva de la verdad para probar si puedo persuadir a los demás con los argumentos por los cuales yo he sido convencido...». Cuestión bien distinta es la correspondencia entre el proceso lógico interno del razonamiento judicial y lo argumentado en su resolución (Wrowleski, loc. cit., págs. 11-112). Para un análisis de los distintos significados -justificación, motivación, explicación psicológica y explicación sociológica- que se comprenden bajo el significativo «motivación de la decisión judicial», Wrowleski, loc. cit., págs. 118 y ss.

¹¹ Loc. cit., pág. 622.

¹² Muñoz Sabaté, Ll., «La crisis de la motivación de las resoluciones judiciales» en «Estudios ...» cit., pág. 317; y «La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España (Notas para un estudio de la conducta forense)», ibidem, pág. 627. Recoge la opinión de Jehan de Malafosse («L'information et les décisions judiciaires et politiques» en «Información y Sociedad actual», VII Semana Internacional de Estudios Sociales, Instituto de Ciencias Sociales de la Diputación de Barcelona, 1970), para quien motivar es, ante todo, informar, y, por ello, suscitar la confianza de la opinión pública...» (Loc. cit., págs. 627-628). Taruffo habla del diálogo del juez con las partes (Taruffo, M., «La fisionomia della sentenza in Italia», en «La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile», Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza di Padova. Cedam, Padova, 1988, pág. 202). Sobre esa relación dialéctica, Zeuner, A., «Das Urteil in Deutschland», en «La Sentenza ...» cit., págs. 175-176. Véase también Montesano, L., «Funzione garantistiche della motivazione», en «La Sentenza ...» cit., pág. 437.

¹³ Hassemer, loc. Cit., págs. 153 y ss.

¹⁴ Bettiol, G., «Instituciones de Derecho Penal y Procesal», Bosch, Barcelona, 1977, págs. 268 y ss.; Mantovani, F., «Il problema della criminalità», Cedam, Padova, 1984, págs. 661-663; Taruffo, loc. cit., págs. 187 y ss., y bibliografía allí citada. Sobre la

motivación como instrumento de control político-burocrático del juez-funcionario, diseñado por el modelo europeo continental de corte napoleónico, Taruffo, loc. cit., pág. 188; Montesano, loc. cit., pág. 437.

¹⁵ Illuminati, G., «La presunzione d'innocenza dell'imputato», Zanichelli, Bologna, 1984, pág. 79.

¹⁶ Recuérdese que el Artículo 89 de la Constitución Hondureña proclama que «...[toda] persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente...». La motivación condiciona la efectividad del derecho a la afirmación interina de inocencia: véase, Fernández Entralgo, J., «Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en «Revista General de Derecho», números 493-494, 1985, páginas 3107 y ss.

¹⁷ Illuminati, loc. cit., pág. 89.

¹⁸ Rodríguez Ramos, L. «Comentario a la STC 55/1987, de 13 de mayo», en «La Ley», 1987-4, pág. 1058; Fernández Entralgo, J., «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en «Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas», «Poder Judicial», número especial VI, Madrid, 1986, págs. 57 y ss.; López Barja de Quiroga, J., «La motivación de las sentencias», en «La sentencia penal», Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 95 y ss.; y, en la misma obra, Andrés Ibáñez, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», págs. 115 y ss. Carrillo Vinader, loc. cit., págs. 243-244.

Esta doble función ha sido sustancialmente destacada por el Tribunal Constitucional español en numerosas resoluciones, a partir de su Sentencia 20/1982, de 5 de mayo. Es típica la cita de la 55/1987, de 13 de mayo. En su primer fundamento jurídico se lee: «...La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 CE). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional.

»Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por otra parte, la motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual -como es generalmente reconocido- se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el

ordenamiento jurídico.

»Sólo si la sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del art. 24.1 CE, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional "sometido únicamente al imperio de la Ley", de la forma en que lo establece el art. 117.1 CE. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica.

»De otra manera, la sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes...»

Y continúa, en el siguiendo fundamento: «...Al establecer el requisito de la motivación de las sentencias se constitucionaliza en nuestro Derecho algo que venía en él siendo tradicionalmente exigido a partir de la recepción en el Derecho procesal de las exigencias de los Estados liberales.

«...Se trata, sobre todo, de que el proceso de aplicación del Derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que quede explicitado y reciba la necesaria y suficiente publicidad, pero significa, además, que el ciudadano tiene derecho a conocer, en el caso concreto del proceso penal, las razones por las que resulta condenado o, a la inversa, absuelto, lo cual exige, por lo menos, en algunos casos, ir más allá de lo que es una simple y escueta calificación o encaje de los hechos declarados probados en una norma jurídica, puesto que con ello las razones de la decisión pueden mantenerse todavía como desconocidas...». La larga cita merece la pena por lo que tiene de resumen del estado actual de opinión sobre la doble perspectiva -intra y extraprocesal- de la función que desempeña la motivación.

La Sentencia 139/2000, de 29 de mayo, resume, en los siguientes términos, la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la motivación: «...es doctrina igualmente reiterada de este Tribunal que la obligación de motivar las sentencias que el Art. 120.3 CE impone a los órganos judiciales, se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendido como derecho a obtener una resolución judicial razonablemente fundada en Derecho.

»Las exigencias inmediatas que cumple dicha exigencia de motivación son, de un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (SSTC

55/1987, de 13 de mayo, FJ 1; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 2; y 47/1998, de 2 de marzo, FJ 5, entre otras).

»Más concretamente, este Tribunal ha reconocido un deber reforzado de motivación en el caso de las Sentencias penales condenatorias, en cuanto título jurídico habilitante de la privación del derecho a la libertad personal (por todas, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 6; 81/1997, de 22 de abril, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; y 5/2000, de 17 de enero, FJ 2).

»Conforme a esta doctrina, el deber de motivación de una Sentencia penal incluye, en definitiva, la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica (SSTC 27/1993, de 25 de enero, FJ 2 y 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3), así como la pena finalmente impuesta (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3; 43/1997, de 25 de enero, FJ 2; y 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6; ATC 204/1996, de 15 de julio, FFJJ 3 y 4). Es decir, los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores constitucionalmente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción de los hechos declarados probados en la norma penal aplicada.

»Ahora bien, ello no significa que el derecho a la tutela judicial efectiva garantice ni el acierto o corrección jurídica de la fundamentación, ni el triunfo de las pretensiones de las partes, como también hemos dicho reiteradamente (SSTC 50/1988, de 22 de marzo, FJ 2; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 107/1994, de 11 de abril, FJ 2, por todas), siendo únicamente atribución de este Tribunal controlar si el órgano judicial ejerció su función jurisdiccional sometido al imperio de la Ley, como exige el art. 117.1 CE. La tarea asignada a este Tribunal requiere tan sólo verificar si la Sentencia impugnada "hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica" (STC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1). Expresado en otros términos, "la esencia del control a desarrollar por este Tribunal es... comprobar la relación directa y manifiesta existente entre la norma **que** el Juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma" (STC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2)....».

Rodríguez Ramos, (loc. cit., pág. 1058) sintetiza el pensamiento de la doctrina constitucional española sobre las funciones de la motivación de la sentencia: «...11 ...poder controlar la actividad jurisdiccional. 21 ...demostrar que cumple la legalidad vigente libre de toda

¹⁹Taruffo, M., «La fisonomía della sentenza in Italia», en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale», 1986, pág. 443; Andrés Ibáñez, loc. cit., págs. 121 y ss.

²⁰ Ferrajoli (loc. cit., pág. 606) diferencia tres garantías procesales «primarias», o

epistemológicas, como son [a] la formulación previa de acusación (*nullum iudicium sine accusatione*); [b] la carga de la prueba (*nulla accusatio sine probatione*); y [c] el derecho de defensa (*nulla probatio sine defensione*); y cuatro garantías procesales «secundarias», a saber: [a] la publicidad; [b] la oralidad; [c] la legalidad *rituaria*; y [d] la motivación.

²¹ Loc. cit., pág. 537.

²² Recasens Siches, L., «Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX», México, 1963, I, pág. 541. Gil Cremades, J.J. («La motivación de las decisiones jurídicas», en «Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en Memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barragues», Institución Fernando el Católico, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983, pág. 163) propone la pareja conceptual «*juez racional*», «*juez razonador*». Ferrajoli (op. cit., pág. 623) recuerda que Carrara opone el modelo de «"convicción autocrática" porque estaba basada en la "mera inspiración del sentimiento" y la "convicción razonada" por haberse expuesto las razones tanto jurídicas como prácticas...».

²³ Loc. cit., pág. 188.

²⁴ Sintónicamente, Ferrajoli (loc. cit., pág. 623) escribe que el principio de exigencia de motivación ..expresa, y al mismo tiempo, garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera proximativa; como la "validez" de las sentencias resulta condicionada por la "verdad", aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el "poder tan inhumano" [en expresión de Carrara] puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el "saber", también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. ...».

Asencio Mellado, J.M. («La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.21», en «Poder Judicial», 20 época, 4, 1986, pág. 46) sintetiza: «...Comúnmente a la motivación de las sentencias se le ha asignado el cumplimiento de tres funciones esenciales, a saber: la de lograr una mayor confianza del ciudadano en la Administración de Justicia derivada de la constatación de que su caso ha sido examinado con detenimiento; una actividad de autocontrol que sirve a la evitación de posibles errores judiciales y, por último, aquélla consistente en la facilitación del derecho de defensa manifestado en la posibilidad de utilizar todos los recursos que la ley otorga contra una sentencia definitiva...».

Montoro Ballesteros («Conflicto social, Derecho y proceso», Murcia, 1980, págs. 93 y 94) expone también las múltiples funciones de la motivación de la resolución judicial: paidética o pedagógica; de control de la función jurisdiccional, constituyendo un límite y un freno a la arbitrariedad; posibilitadora de la defensa por medio de los recursos, etc.

Vázquez Sotelo («Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984, págs. 499 y ss.), por su parte, escribe: «...La inclusión en la sentencia de los razonamientos empleados para la valoración de la prueba: hará más comprensible la justicia a los encausados y personas en ella interesadas; permitirá que el recurso de apelación ... tenga un contenido real, concorde con su naturaleza; facilitará al Tribunal Supremo la correcta aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia...».

Véase, asimismo: Abad Fernández, E., «Valor probatorio del sumario y reforma procesal penal», en «Jornadas de Derecho Procesal», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, pág. 203; y Legros, R. «Considérations sur les motifs», en «La motivation ...» cit., pág. 7.

²⁵ La noción de *auditorio* está tomada de Perelmann, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., «Rhétorique et philosophie», PUF, Paris, 1952, y «Traité de l'argumentation», Editions de l'Université de Bruxelles, 1958, aunque -como recuerda Perelman («La lógica...» cit., pág. 141)- ya Aristóteles, en su «Retórica» (cito por la edición de Racionero, Q., Gredos, Madrid, 2000), sabía distinguir muy bien la clase de discurso conveniente según los oyentes; y es utilizada por Amodio, loc. cit., pág. 195, nota 71. Sobre la materia, véase, Perelman («La lógica...» cit., págs. 141 y ss.; y 421 y 425, donde se insiste en cómo cambia la idea y función de la motivación al cambiar el *auditorio*); y Gil Cremades (loc. cit., págs. 172-173, sobre la pluralidad de destinatarios de la motivación; y 172-173, en concreto sobre la dimensión argumentativa de la decisión judicial).

²⁶ Carrillo Vinader, loc. cit., págs. 247-248.

²⁷ En los sistemas de formación sucesiva de la sentencia, al que responde el Código Procesal Penal hondureño, la comunicación del fallo y de las razones a las partes puede desempeñar una función pedagógica. En el párrafo segundo del Artículo 342 CPP, para el caso de sentencia condenatoria, se establece que, adoptada su decisión tras la deliberación y votación, el Tribunal «regresará al salón de debates y el Presidente explicará en voz alta y con palabras sencillas y claras, que se ha tomado la decisión de condenar al imputado y señalará el día y la hora en que se reanudará el debate, para la individualización de la prueba...». El Presidente puede aprovechar la oportunidad para no sólo notificar la decisión de condenar al imputado, sino explicarle con esas mismas palabras sencillas y claras, las razones en que se ha basado para tomarla.

²⁸ Amodio, loc. Cit., pág. 188. La exigencia de motivación del fallo debería alcanzar lo mismo al juzgador técnico que al lego. Véase: Vázquez Sotelo, loc. cit., págs. 458 y ss. «...Una convicción que no tiene porqué dar razones se arriesga a menudo a no tenerlas, o a no tenerlas más que mediocres...», acierta Fairén Guillén (Fairén Guillén, V., «El Jurado: algunos problemas del mismo», 6ª Ponencia de las «Jornadas de Derecho Procesal», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, pág. 238), el cual relata la siguiente anécdota: «...Con ocasión de una mesa redonda ... un asistente ... dijo ...: “Un pueblo tiene derecho a equivocarse; un jurado tiene derecho a equivocarse”; a lo que respondí rápidamente: Es posible; pero yo tengo derecho a que ese jurado me diga las razones por las que se ha equivocado y me ha condenado injustamente...» (Loc. cit., págs. 239-240). El intrerviniente de la anécdota participaba, sin duda, de una confusión frecuente entre las funciones legislativa y judicial. El Pueblo -y sus representantes en las Cámaras parlamentarias- es libre de darse autónomamente las normas que han de regir la convivencia; mas, cuando tiene acceso a la función jurisdiccional, a través de su participación en un jurado (puro o mixto), habrá de quedar sujeto a las mismas reglas que cualquier otro juzgador, en cuanto se trate de fijar los hechos probados; y, naturalmente, cuando se trata de un Escabinado, en la subsunción típica o tratamiento jurídico del caso. En España, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, partiendo de un modelo de *jurado puro*, introduce, como gran novedad, el deber de motivación del veredicto por el Jurado: véase, Fernández Entralgo, J., «La doma del unicornio. El juicio con Jurado: veredicto, fallo, sentencia», en «El Tribunal del Jurado», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1996, págs. 537 y ss.; Carmona Ruano, M., «El objeto del veredicto», en «Problemas del juicio oral con Jurado», Manuales de Formación Continuada, 1, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 147 y ss. Esta perspectiva contrasta con el parecer expuesto por el Juez inglés Humphreys al resolver el caso *Larkin*, en 1945: «...en este país consideramos que un Jurado es la mejor de las jurisdicciones para determinar si un hombre es culpable, y, bajo la dirección de un juez técnico, de qué infracción es culpable, pero nunca se ha sugerido que un jurado esté compuesto de personas capaces de explicar lógicamente cómo y por qué han llegado a su veredicto...» (Cito por Spreutels, loc. cit., págs. 198-199).

²⁹ Jiménez Conde, F., «La apreciación de la prueba legal y su impugnación», Salamanca, 1978, pág. 327.

³⁰ Gorphe, «Las resoluciones judiciales», EJEa, Buenos Aires, 1953, pág. 115. La motivación es, ciertamente, «explicación» (descriptiva) de la convicción judicial (Taruffo, M., «La Motivazione della sentenza civile», Cedam, Padova, 1975, pág. 417; Amodio, E., «Motivazione della sentenza penale», en «Enciclopedia del Diritto», XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, pág. 417; López Barja de Quiroga, loc. cit., págs. 99 y 113), sino también su «justificación», en la medida en que ha de argumentar que esa motivación se corresponde con criterios generalmente admitidos.

³¹ Gutiérrez-Alviz y Conradi, F., «La valoración de la prueba penal», en «Revista de

Derecho Procesal Iberoamericana», 1975, pág. 840.

³² Ortells Ramos, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericano», 1977, 4, págs. 899 y ss.; Montero Aroca, J., «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», en «Justicia 83», 1983 (II), pág. 303. Sobre su función de garantía de correcta actuación de la legalidad, frente al riesgo de arbitrariedad, Rodríguez Ramos, loc. cit., pág. 1058. Sobre la conexión entre talante autoritario y tendencia a prescindir de la motivación de las decisiones, Muñoz Sabaté, «La crisis...» cit., pág. 318 y «La ineficacia...» cit., pág. 628, y bibliografía allí citada. «...El Derecho autoritario que se impone por el respeto y la majestad, no tiene precisión de motivar. El que quiere ser democrático, obra de la persuasión y de la razón, debe buscar, por medio de la motivación, la obtención de una adhesión razonada...» («La motivación...» cit., pág. 425). No es de extrañar que el deber de motivación nazca al calor de la Ilustración, y se consolide con la Revolución Francesa (artículos 5 del Decreto de las Constituyentes, de 16-24 de agosto de 1790, y 208 de la Constitución de 5 de Fructidor del año III): Godding, J., «Jurisprudence et motivation de sentences, du moyen age à la fin du 18^e. Siècle», en «La motivation ...» cit., págs. 37 y ss. Para Frank, J. («Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice», Princeton, 1950, págs. 95 y ss.) «...ninguna decisión puede parecer justa (arreglada a Derecho) si no se puede verificar el fundamento sobre la verdad de la fijación de hechos...». Véase igualmente Bore, J., «La cassation en matière pénale», Sirey, Paris, 1985, pág. 601.

³³ Loc. cit., pág. 1060.

³⁴ La pragmática -que suscitó un fuerte rechazo en la Magistratura (Cordero, F., «Procedura penale», Giuffrè, Milano, 1991, pág. 819)- «...buscaba reforzar la centralización del poder, neutralizando uno de tantos particularismos feudales...», vid. Andrés Ibáñez, loc. cit., pág. 117, con cita de Cordero, F., «Riti e sapienza del diritto», Laterza, Roma-Bari, 1981, págs. 663-666. Véase, asimismo, Ferrajoli, loc. cit., pág. 691, en donde se reproduce la respuesta del Rey a las quejas del Sacro Regio Consiglio: «...Quiere Su Majestad que el Consejo tenga por máxima que la legislación reside toda en la soberanía; que el Consejo no es más que un juez, y que los jueces son ejecutores de las leyes, y no legisladores; que el derecho tiene que ser cierto y definido, no arbitrario; que la verdad y la justicia que los pueblos conocen y ven en las decisiones de los jueces es el decoro de los magistrados, y no ese estilo de oráculo que no duda atribuirse en su representación el Consejo: siendo el género humano por desgracia llevado a sospechar y a maldecir lo que no entiende fácilmente...»

³⁵ Igartua Salaverria, J., «Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal», tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 198; Taruffo, M., «La fisionomia della sentenza in Italia», en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1986 (2), págs. 454-455. En España, partiendo de una interpretación muy literalista del Artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «...la práctica judicial ... restringió la motivación de las sentencias exclusivamente al campo de la subsunción. E incluso concluyó

reduciéndola a una formularia invocación de determinados artículos, y de la doctrina jurisprudencial que los interpretaba, sin extenderse en explicar por qué el tratamiento jurídico de los hechos declarados probados demandaba su aplicación. Se contradecía así el espíritu de una norma que distinguía la mera “cita” de las disposiciones legales (lo que los usos del foro denominan *vistos*) y los “fundamentos doctrinales y legales” de la decisión.

»Tomando como base el tenor del Artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha venido sosteniendo que, vinculado únicamente por la obligación de declarar los hechos probados, el Tribunal no sólo puede ocultar en virtud de qué razonamientos ha podido efectuar aquella declaración (a partir de la prueba practicada en juicio), sino también qué material de convicción ha tomado en consideración para elaborarlos. “...El Tribunal no puede ni debe [!!!] dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...”, prevenía la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1978, que tenía tal proceder por práctica “...inusual, insólita y desacostumbrada...”...”» (Fernández Entralgo, «La motivación...» cit., pág. 61).

³⁶ Martínez Ruíz, L.F., «Los derechos humanos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», «Poder Judicial», 4, 1983, pág. 39. La situación ha cambiado sensiblemente, tanto por influencia de una corriente de opinión crítica, hoy generalizada, como de la doctrina del Tribunal Constitucional, desde el comienzo de su andadura, en 1981.

³⁷ Véase Gutiérrez, loc. cit., pág. 537; Carrillo, loc. cit. Págs. 251-252.

³⁸ A tenor del Artículo 362.2 CPP procederá el recurso de casación cuando la declaración de hechos probados «...se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación de las normas contenidas en el Título IV del Libro Segundo ... [del Código Procesal Penal] ...». Vid. Carrillo, loc. cit., pág. 251.

³⁹ Loc. cit., , págs. 192 y ss.

⁴⁰ Taruffo, M., «La prova dei fatti giuridici», Milano, 1992.

⁴¹ Ruíz Vadillo, E., «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», en «Poder Judicial», 2ª época, 3, 1986, pág. 85.

⁴² Una ulterior indagación obligará a poner en relación el contenido del documento con el resultado de otras pruebas, dentro de la fase de su apreciación conjunta.

⁴³ Igartua, loc. cit., pág. 198.

⁴⁴ Son palabras del Auto 307/1985, del Tribunal Constitucional español, citado por Cabañas García, J.C., «La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial», Madrid, 1992, pág. 250.

⁴⁵ «La motivazione...» cit., pág. 446.

⁴⁶ Igartua (loc. cit., pág. 201) propone estos dos atendibles criterios de actuación judicial: «... a) ...una sentencia condenatoria debe dar cuenta razonada del valor que merecen *todos* los medios de signo *exculpatorio*; y, a la inversa, b) ...una sentencia *absolutoria* debe justificar la valoración conferida a *todos* los medios de prueba *inculpatorios*...»

⁴⁷ Lo consignado en un documento prevalece sobre lo manifestado por testigos que no sean los instrumentales; pero si todos los testigos que suscribieron el documento lo desmienten, su testimonio tendrá mayor valor porque «las voces vivientes merecen más crédito que las muertas» (Tancredo, en Bergmann, F., «*Pillii, Tancredii, Gratiae libri de iudiciorum ordine*», Gotinga, 1842, pág. 254): Walter, loc. cit., págs. 42-43). En caso de discrepancia entre testigos, se establecían prevalencias respecto a la fuerza probatoria de sus respectivas manifestaciones: el hombre era preferido a la mujer; el adulto, al menor; el cristiano, al pagano; el noble, al plebeyo ... (Walter, loc. cit.; Vázquez Sotelo, loc. cit., págs. 448-451; Ferrajoli, loc. cit., págs. 189-190; Tomás y Valiente, F., «El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)», Tecnos, Madrid, 171 y ss).

⁴⁸ Walter, G. («Libre apreciación de la prueba», Temis, Bogotá, 1985) concluye que, «...en lo que toca al proceso romano clásico puede partirse de la base de que el principio de la libre apreciación de la prueba tenía allí vigencia: el juez tenía entera libertad para decidir cuál era el valor probatorio que debía atribuir a los distintos medios. Rige la regla: *apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent* [ante el buen juez valen más las razones que los testigos]...» (pág. 14). La cita está tomada de Cicerón, en «De re pública» I, 38, y forma parte del supuesto diálogo entre Escipión y Lelio. El traductor de la obra al castellano, Álvaro D'Ors, anota: «...El juez romano, en la época de Cicerón, no estaba vinculado por las pruebas judiciales, que tampoco podía produrarse él contra la voluntad de los litigantes. La argumentación de los abogados podía influir en el juez mucho más que la evidencia testimonial...»: M. Tulio Cicerón, «Sobre la República», Gredos, Madrid, 1991, pág. 75. La pureza del sistema se enturbió en el período postclásico, en el que «...se puede admitir que no hubo una teoría de las pruebas legales en el sentido de que el valor probatorio de un medio estuviese determinado de antemano de un modo abstracto y general, sin que le cupiera al juez alguna valoración en su juzgamiento. Pero tampoco puede sostenerse que rigiera el principio de la libre apreciación de la prueba; son demasiados los fundamentos de la decisión que se sustraían al juicio del juez...» (Walter, loc. cit., págs. 19-20).

⁴⁹ A esta «aritmética probatoria» -que es lugar común en la bibliografía especializada- se refiere Cappelletti, M. («Social and political aspects of civil procedure reforms and trends in western and eastern Europe», «Michigan Law Review», 1971, pág. 849) cuando escribe que el juez «...tenía que "contar" ["count"] la prueba, no que "pesarla" ["weigh"]...».

⁵⁰ Lo transcrito es un intento de traducción aproximativa de las palabras originales: «...huit rumeurs qui ne sont qu'un echo d'un bruit mal fondé, peuvent devenir une preuve complete...». El fragmento completo es como sigue: «...El parlamento [Tribunal] de Toulouse tiene una costumbre muy singular en las pruebas por testigos. En otras partes admiten unas medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo, un he oído *decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores, que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa; y fue poco más o menos sobre este principio como Juan Calas fue condenado a la rueda...»: Voltaire, «Comentario al libro De los delitos y de las penas», apéndice a Beccaria, C. de, «De los delitos y de las penas», Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 158.

⁵¹ Mittermaier, C.J.A., «Tratado de la prueba en materia criminal», Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pág. 30. «...Las normas legales de prueba tasada no son, pues, sino máximas de experiencia estereotipadas en leyes: máximas de experiencia legales», afirma Jiménez Conde, F., («La apreciación de la prueba legal y su impugnación», Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, 1978, pág. 32). Y, más adelante, razona de este modo: «...es oportuno recordar con Furno [«Teoría de la prueba legal», Madrid, 1954] y otros autores [Chiovenda, «Principios de Derecho Procesal civil», Madrid, 1922] que el criterio en el que se ha inspirado el Legislador para su valoración vinculante es un criterio de uniformidad o de normalidad jurídica (*quod plerumque accidit*); en él radica precisamente la fuerza lógica del precepto probatorio.

»Es normal -ejemplifica el profesor de Perusa- que quien reconoce hechos contra se diga la verdad. Es normal que el documentador público testimonie fielmente la verdad en los instrumentos que autorice. Es normal, según una ley de causalidad jurídica necesaria, que la existencia de ciertos hechos exija la existencia de otros hechos diferentes...» (Loc. cit., pág. 56).

⁵² Es, éste, un ejemplo de prueba legal positiva; pero, junto a ella, y en garantía del imputado, funcionaban también reglas probatorias negativas: véase, sobre este extremo, Ferrajoli, loc. cit., págs. 147 y ss. Seguramente la más conocida -y que hace de su cita un lugar común en la bibliografía- es la exclusión del valor probatorio de un único testimonio (acuñada en el brocardo «*testis unus, testis nullus*»), consagrado ya, para el proceso civil (y, más discutidamente, para el penal) en el Derecho Romano («...*simili more sanximus, et ut unius testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatu admitti, et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatu, etiamsi praeclare curiae honore praeefulgeat*...», C. 4, 20, 9): Walter, loc. cit., págs. 17-18, y 25, aunque Gorphe, F. («Apreciación judicial de las pruebas», Temis, Bogotá, 1985, pág. 329) rastrea su origen en el Derecho judaico: «...No podrá prevalecer un testigo único contra un hombre para cualquier delito, o cualquier ofensión -en cualquier ofensa que ofendiere-...»; pero, a continuación, sigue una regla positiva:

«...por la palabra de dos testigos, o de tres testigos, podrá sostenerse el cargo...» (Deuteronomio, XIX, 15). La sustitución del sistema de prueba legal por el de prueba libre da al traste con estos planteamientos. «...Merece ser cierto -escribe Vázquez Sotelo (loc. cit., pág. 451)- que fue el propio Napoleón quien destruyó para siempre la máxima *testis unus testis nullus* y la regla contraria que atribuía fe absoluta a lo que dijese varios testigos contestes de toda conformidad y hábiles legalmente: “de modo que un hombre honesto no podrá hacer condenar a un bribón con su testimonio, mientras que dos bribones podrán hacer condenar a un hombre inocente!”...». Todavía, en la práctica forense, se siguen invocando estos criterios (positivos y negativos) de prueba legal como reglas imperativas para el juzgador, en lugar de las máximas de experiencia subyacentes, que pueden ser útiles para la valoración de la información disponible, pero en modo alguno suficientes para fijar apriorísticamente una *verdad legal*, sin oportunidad de refutación.

⁵³ No hay coincidencia sobre este punto. Véanse, como muestra, las divergentes opiniones de Igartua (loc. cit., pág. 77) y de Gimeno Sendra, V., en Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., Almagro Nosete, J. y Cortés Domínguez, V., «Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal», tirant lo blanch, Valencia, 1988, pág. 76.

⁵⁴ Loc. cit., págs. 77-78, citando a Taruffo, M., «Libero convincimento del giudice», en «Enciclopedia giuridica», XVIII, Roma, 1990, pág. 1.

El sistema de «prueba legal» -escribe Vázquez Sotelo (loc. cit., págs. 452-453) - «...era un intento muy serio hecho por el legislador al servicio de la seguridad jurídica. Aplicando él las máximas de experiencia y las enseñanzas de la vida en relación con las pruebas, calculando anticipadamente, con exquisita minuciosidad, la trascendencia de cada dato, de cada circunstancia, apuntaban un conocimiento profundo del espíritu humano y de las circunstancias de la vida de entonces... [Con] el sistema de pruebas legales o tasadas el legislador pretendía alcanzar dos objetivos fundamentales: era el primero excluir todo asomo de “fuero de albedrío” en manos del Juez, contra cuya posibilidad se habían revelado los legisladores más autorizados; era el segundo sentar unos criterios o directrices tomados de la experiencia, ajustadas a la lógica o razón de entonces, que servían para que el Juez pudiese razonar y fundar su sentencia sobre criterios que eran comprendidos y compartidos por el pueblo, como arraigados en las circunstancias ambientales de la época...»

⁵⁵ Ferrajoli, loc. cit., págs. 133 y ss.

⁵⁶ Loc. cit., págs. 135-136. Algunas ordalías podían encontrar un remoto apoyo en la experiencia, y Ferrajoli (loc. cit. Pág. 183) trae a colación los argumentos que invoca Dante (en «De Monarchia») para justificar el duelo como modo de resolución de conflictos. El juicio de Salomón -en el fondo, una ordalía psicológica- también podría invocar a su favor determinadas enseñanzas de la experiencia común (por lo general, una madre prefiere sacrificar su propio interés en beneficio de su hijo).

⁵⁷ Nobili, M., loc. cit., pág. 112.

⁵⁸ La actitud de los ilustrados ante el sistema de prueba legal no fue unánime: véase Ferrajoli, loc. cit., pág. 185.

⁶⁰ Carnelutti, F., «Massima d'esperienza e fatti notori (nota a sentenza)», en «Rivista di Diritto Processuale», 1959, pág. 642.

⁶¹ Loc. cit., págs. 270-271.

⁶² Denti, V., «Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1972 (2-3), págs. 295 y 300. La motivación es igualmente precisa cuando se concede al Juez un margen de discrecionalidad, porque ésta es algo muy distinto de la arbitrariedad: Muñoz Sabaté, Ll., «La discrecionalidad no debe excluir la motivación. Comentarios al Auto de 17 de junio de 1975 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona», en «Estudios...» cit., págs. 413 y ss. En relación con la motivación de la individualización de la pena y de la admisión o inadmisión de pruebas: Pellingra, loc. cit., págs. 114 y ss.; Rodríguez Ramos, loc. cit., págs. 1059-1061; Muñoz Sabaté, «La ineficacia...» cit., pág. 629. La importancia de la motivación de la valoración de la prueba (que se sobrepone, por su función de garantía de racionalidad de la tarea judicial, a la elección de un concreto método valorativo) se pone de manifiesto en el Artículo 192.1 del Código italiano de Procedimiento Penal, a cuyo tenor «...[el] Juez realizará la valoración de la prueba dando cuenta, en su motivación, de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados...»; para disponer, en el apartado siguiente: «...La existencia de un hecho no podrá deducirse solamente de indicios, a menos que sean graves, precisos y congruentes...».

⁶³ Vid. Ferrajoli, loc. cit., págs. 130 y ss. Lo sigue Andrés Ibáñez, «Acerca...» cit., págs. 144 y ss.

⁶⁴ Loc. cit., págs. 373 y ss.

⁶⁵ Serra Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Estudios de Derecho Procesal», Ariel, Barcelona, 1969, págs. 355 y ss.

⁶⁶ Loc. cit., pág. 376. Constituye una manifestación de lo que en la bibliografía alemana se conoce como «*método del rendimiento*».

⁶⁷ Loc. cit., págs. 374 y 376. Sobre el problema, en Alemania, Cordero, G., «Instruzione e immediatezza nella Strafprozessordnung», en «La Sentenza...» cit., págs. 477-478.

⁶⁸ Wrowleski (loc. cit., págs. 119, 121, 134) diferencia entre la justificación interna

(atenta sólo a la validez de las inferencias de la conclusión a partir de las premisas) y la *justificación externa* (fija en la justificación de las asunciones, de las reglas de razonamiento admitidas y de la validez de los razonamientos, que es dominio propio de la crítica de la decisión judicial, porque exige un grado de comunicabilidad objetiva).

⁶⁹ Taruffo, loc. cit., págs. 202 y ss.

⁷⁰ «*modus ponens*», «*modus tollens*» equivalen a prueba para corroboración o verificación (de una aserción propia) y prueba para confutación o falsación, respectivamente: véase Ferrajoli, loc. cit., págs. 129 y ss.

⁷¹ Poner en claro este punto obligará normalmente a valoraciones jurídicas, aplicando las reglas que determinan la permisibilidad y licitud de la prueba, sobre la reconstrucción del modo en que se llevó a cabo la sometida a crítica. Si se debate, si se practicó lícitamente un allanamiento domiciliario para llevar a cabo un registro, y realizado sin contar con previa orden judicial, será preciso acreditar las circunstancias de hecho concurrentes (reconstrucción fáctica) y ponerlo en relación con las normas reguladoras del allanamiento domiciliario (tratamiento jurídico), para averiguar si se trató de un supuesto de los que el artículo 212 CPP considera excepcionados de necesidad de orden judicial previa y si se cumplieron los requisitos que dicho artículo exige para la utilización procesal de la información obtenida.

⁷² Entre el modelo abstracto de hecho (hipótesis normativa) y la (re)construcción del hecho concreto enjuiciado ha de existir una correspondencia plena (identidad) y no mera analogía (Bydlinski, «Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff», cito por Bacigalupo, E. «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en «La sentencia» cit., pág. 167), como se infiere (aunque habría sido deseable un pronunciamiento legal expreso) de los términos del Artículo 11 del Código Penal en relación con lo establecido por el 18 CPP sobre interpretación de pasajes oscuros de la Ley penal.

⁷³ Bacigalupo (loc. cit., pág. 167) reproduce la definición que de la subsunción proporciona Larenz («Methodenlehre der Rechtswissenschaft», Studienaufgabe, 1983, pág. 188): «...En la lógica se entiende por conclusión derivada de la subsunción aquella en la que un concepto de menor extensión es clasificado en otro de mayor extensión...» [Larenz parece transcribir el concepto proporcionado por Hoffmeister, en «Wörterbuch der philosophischen Begriffe», 2ª ed., 1955. El fragmento, en la edición en castellano, pág. 268, se traduce de este modo: «...En la Lógica se entiende por silogismo de subsunción un silogismo “que se lleva a cabo de modo que los conceptos de menor extensión se subordinen a los de mayor extensión que se subsumen bajo ellos”...». Bacigalupo propone, a continuación, su propio concepto de subsunción, entendiendo por tal «...una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho...». En realidad, en esta definición se profesa un concepto ingenuo de hecho que olvida que, en el proceso, se manejan «hechos traducidos a lenguaje» (véase, Andrés Ibáñez, loc. cit., págs. 124 y ss.) -los afirmados por las partes, los que comunican los testigos y

sobre los que tratan los peritos y los documentos, los que, en fin, se declaran probados en la sentencia- tan convertidos, pues en contenidos de pensamiento como los prefigurados en la ley penal. Sólo de ese modo se puede llevar a cabo la comparación entre ambos. Larenz (loc. cit., ed. castellana, pág. 273) lo explica muy bien: «...El jurista que debe enjuiciar un caso jurídico, parte, las más de las veces, de un “hecho-bruto”, que le es presentado en forma de relato. En este relato se encuentran muchos acontecimientos particulares y circunstancias que carecen de importancia para el enjuiciamiento jurídico y, por ello, serán de nuevo separados del hecho definitivo (en cuanto enunciado) por el que enjuicia en el curso de sus reflexiones ... [El] relato originario, el “hecho bruto”, será en parte abreviado y en parte completado hasta que el hecho definitivo contenga, no sólo aquéllos, sino todos los elementos del suceso real que son importantes en relación con las normas jurídicas posiblemente aplicables. El hecho (definitivo) es así el resultado de una elaboración mental, en la que el enjuiciamiento jurídico ya ha sido anticipado...»

⁷⁵ De acuerdo con el principio «*da mihi factum, dabo tibi ius*» (proporcióname el hecho litigioso, y yo te diré cuál es el Derecho aplicable), reforzado por aquel otro que dispensa, a las partes, de probar el Derecho del foro, porque el Tribunal ya lo sabe («*lura novit curia*»).

⁷⁶ Así ha de leerse lo que constituye un patente lapso de redacción del precepto.

⁷⁷ Se trata obviamente de un «acto fallido» consecuencia de la influencia de sistemas extranjeros, singularmente el español, en el que, por cierto, el procesamiento se bate en retirada, existiendo únicamente para el proceso ordinario por delitos graves, competencia de tribunales profesionales.

⁷⁸ En mayor o menor medida, se tratará de un entramado de normas interrelacionadas.

⁷⁹ Larenz, loc. cit., págs. 209 y ss. «...La selección de las normas jurídicas determinantes del enjuiciamiento jurídico y, con ello, de la formación del hecho definitivo, sucede, primeramente, de modo que el que enjuicia, partiendo del “hecho-bruto”, prueba, en cierto modo, una tras otra las normas que le son posiblemente aplicables, elimina aquellas otras que, en una mirada más cercana, aparecen inaplicables, y acepta otras que luego entran en consideración...» (ed. castellana, págs. 275-276).

⁸⁰ Loc. cit., págs. 221-222.

⁸¹ Ante un caso de lesiones sufridas en agresión, se dirigirá con seguridad a los capítulos I y III del Título I del Libro II del Código Penal, para verificar si el caso es calificable como homicidio frustrado o lesiones consumadas, y si el delito es doloso o imprudente.

⁸² Artículo 1 del Código Penal: «Nadie será penado por infracciones que no estén determinadas en una ley anterior a la perpetración del delito»

Artículo 2 del mismo Código: «No se impondrán otras penas ni medidas de seguridad que las establecidas previamente por Ley»

⁸³ Artículo 9 del Código Penal: «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al procesado, aunque al entrar en vigencia aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena.»

⁸⁴ Martín Oviedo, loc. cit. Págs. 71 y ss. Beccaria confesaba paladinamente: «...Donde las leyes son claras y precisas, el oficio del juez no consiste más que en asegurar el hecho...» (loc. cit., pág. 77). Ferrajoli pone de relieve hasta qué punto esas palabras están escritas «...con el ingenuo optimismo derivado de la total falta de una adecuada teoría del significado...» (Loc. cit., pág. 122). Larenz advierte perspicazmente que «...no se debe, ciertamente, admitir que [la premisa mayor] pueda ser simplemente tomada del texto de la ley. Más bien toda ley necesita interpretación, y no toda norma jurídica está, en modo alguno, contenida en la ley...» («Metodología...» cit., pág. 267).

⁸⁵ Castro y Bravo, F. De, «Derecho Civil de España», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, I (1949) y II (1952), págs. 467-468.

⁸⁶ «...La lengua ... sólo existe en virtud de una especie de contrato establecido entre los miembros de la comunidad...», en Saussure, F. de, «Curso de lingüística general», Planeta-Agostini, Barcelona, 1985, pág. 28.

⁸⁷ Díez-Picazo, loc. cit., págs. 234-235.

⁸⁸ Heidegger, W. «Sein und Zeit», párr. 32; Gadamer, «Wahrheit und Methode, Grünzüge einer philosophischen Hermeneutik», 1986, págs. 250 y ss.; Betti, E. «Teoria generale della Interpretazione», 1955; págs. 219 y ss., y 613 y ss.; cits. por Larenz, «Metodología...» cit., pág. 195.

⁸⁹ Loc. cit., págs. 194-195.

⁹⁰ Jescheck, H.H., «Tratado de Derecho Penal. Parte General», Comares, Granada; 1993, pág. 141; Jakobs, G., «Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la impugnación», Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 89 y ss. Roxin, C., «Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito», Civitas, Madrid, 1997, págs. 149 y ss.

⁹¹ Ferrajoli, loc. cit., págs. 119 y ss. Los conceptos de «extensión» e «intensión» están tomados de Frege, G., «Über Sinn und Bedeutung», 1892 («Sobre sentido y referencia», en «Estudios semánticos», Ariel, Barcelona, 1984, págs. 49-84).

⁹² Ferrajoli, loc. cit., págs. 122 y ss. Siguiendo a Hart, admite como inevitable que «...en

todas las leyes existe, junto a un núcleo “luminoso”, una zona de “penumbra” que cubre los “casos discutibles” en los que las palabras de la ley “no son obviamente aplicables ... pero tampoco claramente excluibles”» (Hart, H.L.A., «Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis» [título original: «Positivism and the Separation of Law and Morals»], Depalma, Buenos Aires, 1962, pág. 26). Estas zonas en penumbra semántica están integradas por lo que Hassemer (loc. cit., pág. 225) llama «candidatos neutrales»; significados que tanto pueden estar incluidos en el alcance semántico del significante como excluidos de él.

⁹³ Se da por descontado su capacidad de producir intimidación a la víctima; en el segundo caso, como consecuencia de la alarma social producida por la extensión de la pandemia de VIH/SIDA.

⁹⁴ La «porosidad» semántica viene a identificarse con la «vaguedad potencial» o «futura». Significantes que tenían un significado preciso, pueden terminar siendo vagos como consecuencia de un cambio tecnológico o de concepciones sociales. La seguridad quesuscitaba el significante «llave [falsa]» (Artículo 219 del Código Penal) ha desaparecido al irrumpir las tarjetas plásticas con banda magnética, hasta el punto de obligar, en algunos Códigos, como el español vigente, a redefinir el contenido de la expresión. Ahora, su Artículo 239 establece: «Se considerarán llaves falsas:

11) Las ganzúas u otros instrumentos análogos.

21) Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

31) Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.»

⁹⁵ Ferrajoli, loc. cit., pág. 123. El ejemplo de la «obscenidad» se ha convertido en un lugar común; véase, Bacigalupo, loc. cit., pág. 175. El Código Penal hondureño (pero no sólo él) es pródigo, desafortunadamente, en esta clase de conceptos.

⁹⁶ Engisch, K., «Die normativen Tatbestandmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger», 1954, pág. 147, cit. por Jescheck, loc. cit., pág. 244. Es ejemplo tópico el concepto de «funcionario». La calificación «normativo» no debe llevar a confusión con las llamadas «leyes penales en blanco», que reenvían a otra norma para integrar una parte del tipo delictivo. Un buen ejemplo de ellas puede ser la tipificación del delito de violación de los derechos de propiedad intelectual, artística o industrial de otro, en el Artículo 248 del Código Penal.

⁹⁷ Sobre los conceptos «fijos» (Roxin, C., «Taeterschaft und Tatherrschaft», 1963) y «de definición» (Schmidhäuser, «Strafrechts», AT, 1975), vid. Bacigalupo, loc. cit., pág. 169.

⁹⁸ En ocasiones, puede ser difícil discernir si la muerte ha de enlazarse directamente

con el comportamiento lesivo, o si no es más que el resultado final de una lesión o de un proceso morboso desencadenado por aquél. Estos casos de distanciamiento cronológico entre acción y resultado mortal se pusieron desdichadamente de actualidad con ocasión de las infecciones por VIH, que desembocaban en la muerte, una vez desarrollado el SIDA.

⁹⁹ Hassemer, loc. cit., pags. 240 y ss.

¹⁰⁰ Bacigalupo, loc. cit., págs. 174 y ss.

¹⁰¹ No pertenece en puridad a esta problemática -observa Hassemer (loc. cit.)- la cuestión relativa a la subsunción de los hechos en tipos que contienen elementos subjetivos del injusto, que se refieren a disposiciones anímicas o sesgos intencionales del agente: el supuesto tópico del discernimiento entre ánimo homicida o simplemente lesivo. En tales casos, se trata, en realidad, de dificultades de prueba, a las que queda hecha referencia.

¹⁰² Bacigalupo, loc. cit., págs. 168 y ss.

¹⁰³ Díez-Picazo, «Estudios...» cit., págs. 35 y ss.

¹⁰⁴ Carrillo, loc.cit., pag. 258. El párrafo segundo del Artículo 69 del Código Penal establece: «...En la motivación de las sentencias el juez consignará expresamente las circunstancias señaladas en el párrafo anterior que ha tenido en cuenta para determinar la extensión de la pena...»

¹⁰⁵ Naturalmente, atendiendo al grado de ejecución (consumación, tentativa) y a la naturaleza de la participación en el delito (autoría, complicidad), con arreglo a lo establecido por los artículos 65 a 67 del Código Penal.

¹⁰⁶ Hoy en día muchos especialistas, de talante crítico, sensibilizados con las exigencias derivadas de la necesidad de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, comparten la repetidísima advertencia de Exner: «...el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso...» («Der Begriff der Gefährlichkeit ist ein gefährlicher Begriff»: en «Die Theorie der Sicherungsmittel», Berlín, 1914, pág. 59, cit. por Jorge Barreiro, A. , «La reforma de 1978 a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», en «Comentarios a la legislación penal», II, EDESA, Madrid, 1983, pág. 496 [nota 78]). El mismo juego de palabras se repite en López Rey, M., «Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad», en «Cuadernos de Política Criminal», 19, 1983, págs. 19 y ss., con un agudo análisis sobre el conservadurismo que late en el fondo de las más dispares direcciones criminológicas. Los factores determinantes de la peligrosidad de una persona son múltiples y heterogéneos, y, en buena parte (los ambientales y los derivados de la estructura socioeconómica), están sustraídos al control de aquélla. Véase, sobre estos problemas, Fernández Entralgo, J., «La peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad».

¹⁰⁷ Boix Reig, J., «La motivación de la individualización de la pena», en «La Sentencia...» cit., pág. 192.

¹⁰⁸ Carrillo, loc. cit., pág. 259.

¹⁰⁹ Lo apunta perspicazmente Carrillo, loc. cit., pág. 259.

¹¹⁰ Loc. cit., pág. 259.

¹¹¹ Andrés Ibáñez, locs. cits.

¹¹² Serra Domínguez, M., «Incongruencia civil y penal», en sus «Estudios...» cits., pág. 395 (en realidad, define la «incongruencia» como «falta de adecuación...»). Lo sigue Gimeno Sendra, en sus «Fundamentos...» cits., pág. 201. El principio de congruencia se resume en la fórmula latinizada «ne eat [iudex] ultra petita partium».

¹¹³ Clariá Olmedo, «Tratado de Derecho Procesal Penal», Buenos Aires, 1960, I, pág. 508; Serra, loc. cit., pág. 425; Soto Nieto, F., «Correlación entre acusación y sentencia», Montecorvo, Madrid, 1979; Gutiérrez de Cabiedes, E., «La correlación entre acusación y sentencia», en sus «Estudios...» cits., págs. 511 y ss.; Ortells Ramos, M., en «Derecho Jurisdiccional» cit., págs. 393 y ss., quien llama la atención, muy perspicazmente, sobre la insuficiencia de la fórmula tradicional que conecta sentencia y acusación. La correlación ha de establecerse también con las alegaciones y pretensiones de la Defensa.

¹¹⁴ Loc. cit., págs. 394 y ss.

¹¹⁵ Serra, loc. cit., págs. 424-425; Gimeno, loc. cit., pág. 192; Ortells, loc. cit., págs. 394-395. Con el principio acusatorio relacionan la exigencia de congruencia Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, J., en Palacios & Fernández, pág. 530.

¹¹⁶ Loc. cit., pág. 395.

¹¹⁷ «Comentarios...» cits., págs. 51 y 52.

¹¹⁸ En la bibliografía española esta opinión es compartida por Viada López-Puigcerver, C., «Correlación entre la acusación y la sentencia», en «Revista de Derecho Procesal», 1959, págs. 332-342; Gutiérrez de Cabiedes, loc. cit., págs. 78 y ss.; Soto Nieto, loc. cit., págs. 14 y ss.; Cortés Domínguez, «La cosa juzgada...» cit., págs. 35 y ss.

¹¹⁹ Cubas & Banegas, loc. cit., pág. 531.

¹²⁰ Cubas & Banegas, loc. cit., pág. 531.

LECCIÓN 22: RESPONSABILIDAD CIVIL. 2. LA VALORACIÓN DEL DAÑO Y LA REPARACIÓN. 3. PRONUNCIAMIENTOS ACCESORIOS.

Abreviaturas: CH: Constitución de Honduras. CC: Código Civil. CP: Código Penal. CPP: Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Alastuey Dobón, M.C., «*La responsabilidad civil y las costas procesales*», en Gracia Martín, 1996, págs. 465 y ss.

Alastuey Dobón, M.C., «*La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*», tirant lo blanch, Valencia, 2000

Alonso Santos, J., «*La valoración del perjuicio estético*», Cuadernos de Medicina Forense. Asociación Andaluza de Médicos Forenses (14), Octubre, 1998, págs. 7 y ss.

Álvarez Vigaray, R., «*La responsabilidad por daño moral*», Anuario de Derecho Civil, 1966-I, págs. 81 y ss.

Angel Yagüez, R. de, «*Tratado de responsabilidad civil*», Universidad de Deusto/Civitas, Madrid, 1993

Antón Oneca, J., «*Derecho Penal*», Madrid, 1949 (akal/iure, Madrid, 1986)

Aso Escario, J., y Cobo Plana, J.A., «*Valoración de las lesiones causadas a las personas en accidentes de circulación. Análisis médico-legal del anexo a la Ley 30/95*», Masson, Barcelona, 1998

Azpeitia, G.A., Lozada, E., Moldes, A.J.E., «*El daño a las personas. Sistemas de reparación. Doctrina y jurisprudencia*», Ábaco, Buenos Aires, 1998

Bacigalupo Zapater, E., Beneytez Merino, L., Conde-Pumpido Ferreiro, C., Conde-Pumpido Tourón, C., Covián Regales, M., González-Cuéllar García, A., Jaén Vallejo, M., Jordana de Pozas González, L., López Barja de Quiroga, J., Paz Rubio, J.M^a, Pérez del Valle, C., Ruiz Vadillo, E., y Serrano Pascual, «*Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*», Trivium, Madrid, 1997

Barrón de Benito, J.L., «*Reflexiones sobre el nuevo sistema legal vinculante de valoración del daño corporal*», en «*Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*», SEAIDA-MAPFRE, Madrid, 1997, págs. 469 y ss.

Batlle Vázquez, M., «*La evaluación del daño en las personas*», Centenario de la Ley del Notariado, Reus, Madrid, 1962

Benito López, A.M., «La indemnización básica por lesiones temporales y permanentes y perjuicio estético», en Medina Crespo, 1998, págs. 279 y ss.

Bercovitz, R., «*La marginación de los locos y el Derecho*», Tecnos, Madrid, 1976

Bone Pina, J.F., «*La indemnización de perjuicios materiales y morales*», Actualidad Penal, 1997-2

Brebbia, R.H., «*El daño moral*», Editorial Bibliográfica Argentina, 1950; Orbir, Rosario, 1967

Brondolo, W., Farneti, A., Giannini, G., Loi, U., Mangili, F., Marigliano, A., Morini, O., Pogliani, M., Ronchi, E., Secchi, E., Toscano, G., «*Il danno biologico, patrimoniale, morale.*», Giuffrè, Milano, 1995

Brugi, B., «*Risarcimento del danno morale*», «Rivista de diritto commerciale ...», 1911, II, págs. 448 y ss.

Brugi, B., «*Danno morale*», «Rivista de diritto commerciale ...», 1928, II, págs. 621 y ss.

Calabresi, G., «*El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*», Ariel, Barcelona, 1984

Canale, M. & Castiglione, A.G. (coord.), «*La valutazione del danno alla persona da invalidità permanente*», Giuffrè, Milano, 1990

Cantarero Benítez, Th. A., Comentarios al proceso especial para deducir la responsabilidad civil, en Fernández Entralgo, J., y Palacios Mejía, J.M^a., «La conciliación en el Proceso Penal», Corte Suprema de Justicia/Fortalecimiento del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001, págs. 654 y ss..

Cariota Ferrara, L., «*Il momento della morte é fuori della vita?*», Rivista di Diritto civile, 1961, VII, págs. 134 y ss.

Carnelutti, F., «*Natura del diritto del superstit nella legge degli infortuni*», Rivista de Diritto commerciale, 1914, I, págs. 405 y ss.

Castilla del Pino, C. Prólogo a la obra de Bercovitz, 1976

Castro, F. de, «*La indemnización por causa de muerte (Estudio en torno a la*

jurisprudencial del Tribunal Supremo)», en Anuario de Derecho Civil, 1956, págs. 449 y ss.

Castro, F. de, «*Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales*», en Anuario de Derecho Civil, 1959, págs. 1237 y ss.

Castro y Bravo, F. de, «*La persona jurídica*», Madrid, Civitas, 1981

Cerdá Olmedo, M., «Responsabilidad por daños futuros», en «Anuario de Derecho Civil», MCMLXXXV, III, págs. 623 y ss.

Chartier, Y., «*La réparation du préjudice*», Paris, Dalloz, 1983, 1996

Chironi, G.P., «*Del danno morale*», Rivista di Diritto commerciale, 1933-II (págs. 801 y ss.)

Cobo Plana, J.A., y Aso Escario, J., «*El perjuicio estético y el sistema legal de valoración*», III Jornadas de Derecho de la circulación, Enfoque XXI, Barcelona, 1999

Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G., Del Toro Marzal, A. y Casabó Ruiz, J.R., «*Comentarios al Código Penal*», Ariel, Barcelona, 1972

Criado del Río, M^a.T., «*Valoración Médico Legal del Daño a la Persona por Responsabilidad Civil*», MAPFRE, Madrid, 1994

Cuéllar Cruz, R., López Zúñiga, E.J. y Ferrera Turcios, D., «*Procedimiento para deducir la responsabilidad civil*», en **Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L.** (Autores Coordinadores), «*Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-práctico*», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004, págs. 728 y ss.

Cupis, A., de, «*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*», Giuffrè, Milano, 1954, 1966, 1970, 1979 (Barcelona, Bosch, por la 2^a ed., 1975) 4

Daligand, L., Loriferne, D., Reynaud, C., Roche, L., «*L'évaluation du dommage corporel*», Masson, Lyon, 1988

Deutsch, E., «*Unerlaubte Handlungen und Schadenseratz. Ein Grundriß*», Carl Heymans, Köln/Berlin/Bonn/München, 1987

Dessertine, A., «*Projet de rapport préliminaire*», Paris, 1987

Dessertine, A., «*L'évaluation du préjudice corporel dans les pays de la CEE*», Litec, Paris, 1990

Díez-Picazo, L., «*Estudios sobre jurisprudencia civil*», Tecnos, Madrid, 1966

Díez-Picazo, L., «*Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*», Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 1967

Díez-Picazo, L., «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*», Tecnos, Madrid, 1970

Díez-Picazo, L., «*Derecho de Daños*», Civitas, Madrid, 1999

Dobbs, D.B., «*Handbook of the Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*», West, St. Paul, Minnesota, 1973

Doral, J.A., «*Titularidad y patrimonio hereditario*», Anuario de Derecho Civil, 1973, págs. 393 y ss.

Ehlers, W., «*Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*», Schweitzer, Berlin, 1976

Eickhoff, R., «*Die Bermessung des Schmerzensgeldanspruch als Sonderform des Anspruchs auf Wiedergutmachung*», Diss. Jur. Hamburg, 1957

Estrada Alonso, E., «*El derecho al honor*», Civitas, Madrid, 1988

Fenech, M., «*Derecho Procesal Penal*», Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro-México-Montevideo, 1960

Fernández Albor, A., «*El daño moral en los delitos contra el honor*», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (222), 1967, págs. 817 y ss.

Fernández Entralgo, J., «*Valoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños corporales derivados de la conducción de vehículos a motor, en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre*», Marcial Pons, Madrid, 1997 **Fernández Entralgo, J.**, «*La valoración del daño corporal en hechos de la circulación. Comentarios a las primeras sentencias del Tribunal Constitucional*», Dykinson, Madrid, 2001

Fernández Entralgo, J., «*La exclusión de cobertura, por el seguro de suscripción obligatoria, de los perjuicios por el fallecimiento del conductor del único vehículo implicado en el siniestro*», LA LEY, 2001-5.

Fernández Entralgo, J., «*Las relaciones entre la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y su Reglamento*», Ponencia presentada al Congreso sobre Responsabilidad Civil, Granada, 2002.

Fernández Entralgo, J., «*Padre(s) nuestro(s): la indemnización de los progenitores de la víctima por hechos de la circulación*», LA LEY, XXIV, 2003, 5769

Fernández Entralgo, J., y Palacios Mejía, J.M^a, «*La conciliación en el proceso penal*», Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2001

Ferrara, L., «*La pubblicazione giornalistica della sentenza como risarcimento di danni*», Giurisprudenza Italiana, 1902-IV,

Fleming, J.G., «*The American Tort Process*», Clarendon Press, Oxford, 1988

Frank, «*Del danno ideologico del reato*», Rivista italiana del Diritto penale, 1931, págs. 31 y ss.

Franzoni, M., «*Il danno alla persona*», Giuffrè, Milano, 1995

Fueyo Laneri, F., «*De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*», Venezuela, 1972

García Serrano, F. de A., «*El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*», Anuario de Derecho Civil, 1972, págs. 799 y ss.

Garnica Martín, J.F., «*La valoración del daño en general y los criterios jurídicos y médicos para la valoración del daño corporal*», en La nueva regulación del Seguro Privado: la Ley 30/95, de 8 de noviembre, Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya (Departament de Justícia), Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1997, págs. 291 y ss.

Garutti, M., «*Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*», CEDAM, Padova, 1985

García Blázquez, M., Fernández Noguerras, V., Regidor Martínez, M.J. y Reiner Palma, E., «*Diccionario terminológico y de valoración de secuelas recogidas en la Ley 30/95. Daños corporales en los accidentes de circulación*», Comares, Granada, 1999.

García Cantero, G., «*Exégesis comparativo del artículo 1.902 del Código civil*», Asociación de Profesores ... (1990), págs. 875 y ss.

García López, R., «*Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*», José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1990

García Pérez, C., «*Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*», Tirant lo blanch, Valencia, 2001

García Serrano, F., «*El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*», Anuario de Derecho Civil, 1972, págs. 799 y ss.

Garnica Martín, J.F., «*La valoración del daño en general y los criterios jurídicos y médicos para la valoración del daño corporal*», en «La nueva regulación del Seguro Privado: la Ley 30/95, de 8 de noviembre», Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya (Departament de Justícia), Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1997, págs. 291 y ss.

Gayoso Arias, R., «*La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo*», en Revista de Derecho Privado, 1918, págs. 324 y ss.

Gázquez Serrano, L., «*La indemnización por causa de muerte*», Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, mayo, 1999, págs. 244 y ss.

Gázquez Serrano, L., «*La indemnización por causa de muerte*», Dykinson, Madrid, 2000 **Gentile, G.**, «*Danno alla persona*», Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1962, págs. 634 y ss.

Gerin, C., «*In danno estetico. Lineamenti di una trattativa medico-legale*», en Archivi penale, 1947, I

Gerin, C., «*La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*», Giuffrè, Milano, 1973

Gerin, C., «*Delle giornate triestine del 1952 all'incontro pisano del 1986, la valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*», Responsabilità civile e previdenza, 1986, págs. 215 y ss,

Gern-Huber, J., «*Handbuch des Schuldrechts*», Mohr, Tübingen, 1979

Giannini, G., «*Danno biologico e danno patrimoniale*», en Brondolo y otros, 1995, págs. 75 y ss.

Giannini, G., «*La questione del danno biologico in ipotesi di lesioni mortali*», en Brondolo y otros, 1995, págs. 133 y ss.

Gioia, M., «*Dell'ingiuria dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*», Lugano, 1847.

Giolla, P., «*Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile*», Giuffrè, Milano, 1967

Giuliani, A., «*Il danno biologico è, dunque, patrimoniale*», Contratto e impresa, 1987, págs. 47 y ss.

Girardi, A., «*Sul concetto di danno morale*», Foro italiano, 1956-IV (147 yss.)

Givord, F., «*La réparation du préjudice moral*», Paris, 1938

Gómez Orbaneja, E., «*La acción civil del delito*», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949

Gómez Orbaneja, E., «*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la Legislación Orgánica y Procesal Complementaria*», (I y II-1) Barcelona, Bosch, 1951

Gómez Pomar, F., «*Daño moral*», InDret [portal informático], 1/2000

Gómez Pomar, F., «*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas*», InDret, 4/2002

Gómez Pomar, F., y Ruiz García, J.A., «*La noción de daño puramente económico: Una visión crítica desde el análisis económico del Derecho*», InDret, 4/2002

González-Haba Guisado, J.M., «*El daño personas, el real y la demora en el seguro obligatorio*», Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Cáceres, 6, 1997

Goodin, R.E., «*Theories of Compensation*», 9 Oxford Journal of Legal Studies (56), 1989

Gunter, Ch., «*Can Punitive Damages Standards Be Void for Vagueness?*», 63 St. John's Law Review, 52 (1988)

Hager, G., «*Unwelthaftung und Produkthaftung*», Juristen Zeitung, 1990, págs. 397 y ss.

Hassemer, W., «*Prevención en el Derecho Penal*», en Poder y Control, 0, 1986, pág. 96

Hernández Cueto, C., «*La valoración médica del daño corporal. Presentación y antecedentes históricos*», Revista Española de Seguros, 1989, Enero/Marzo, 57, pp. 101 y ss.

Hernández Cueto, C., «*Valoración médica del daño corporal. Guía práctica para la exploración y evaluación de lesionados*», Masson, Barcelona, 1996

Hernández Cueto, C., «*Aspectos médico legales de la valoración del daño corporal*», SEAIDA, Madrid, 1996

Hernández Cueto, C., «*La prueba pericial médica en la valoración de daños personales*», II Jornadas de Derecho de la Circulación, Colegio de Abogados de Valencia-Enfoque XXI, Valencia, 1998

Hernández Cueto, C., «*El precio del dolor*», Cuadernos de Medicina Forense, Asociación Andaluza de Médicos Forenses, 13, Sevilla, 1998, págs. 7 y ss.

Hernández Gil, A., «*Lecciones de Derecho Sucesorio*», Madrid, 1971

Hinojal Fonseca, R., «*Daño Corporal. Fundamento y Métodos de valoración médica*», Arcano Medicina, Oviedo, 1996

Hinojal Fonseca, R., «*Daño Corporal. Fundamento y Métodos de valoración médica*», Cuadernos de Valoración, 5, 1997, págs. 6 y ss.

Hinojal Fonseca, R., «*La valoración del perjuicio estético para su aplicación a la Ley 30/95. Criterios aplicables a la valoración de los distintos tipos de daño estético*», La Ley, 1999-2

Hinojal Fonseca, R., López García, B., Marcilla Areces, E., y Puente Álvarez, F. De la, «*Valoración del daño corporal en lesiones de muñeca, carpo y metacarpo*», Revista Portuguesa do Dano Corporal, 1993, págs. 97 y ss.

Hirsch, H-J., «*La posición del ofendido en Derecho penal y en el Derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación*», en Cuadernos de Política Criminal, 42, 1990

Holding, F.J. & Kaye, P., eds., «*Damages for Personal Injuries. A European Perspective*», Chancery Law Publishing, London-New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore, 1993

Huber, «*Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, III, pág. 170

Iannarelli, «*Sulla quantificazione giudiziale del danno per la morte del congiunto*», Foro italiano, 1981-I, págs. 2955-56.

Ianni, E., «*Sull'essercizio "iure hereditario" dell'azione per il risarcimento del danno non patrimoniale*», Archivio penale, 1957-II, págs. 9 y ss.

Iglesias Redondo, J.I., «*Algunas reflexiones sobre la nueva Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*», en «Actualidad Civil», 1996 [45], págs. 971 y ss.

Ingram, J.D., «*Punitive Damages Should be abolished*», 17, Capital University Law Review, 205, 1988,

Iribarne, H.P., «*De los Daños a la Persona*», Ediar, Buenos Aires, 1995

Iribarne, H.P., «*De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil*», en Alterini y López Cabana, 1995, págs. 377 y ss. (1995-II)

Jaén Vallejo, M., Título XI, Delitos contra el honor, en Cobo, «Comentarios ...», 1999, VII, págs. 352 y ss.

Jeffries, J.C., «*A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages*», 72 Virginia Law Review, 139, 1986

Jülch, J., «*Die Funktion des Schmerzensgeldes*», Saarbrücken, 1978

Kaiser, «*Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*», Revue Trimestrielle du Droit Civil, 1971

Knöpfel, G., «*Billigkeit und Schmerzensgeld*», AcP, 1955 (155), págs. 135 y ss.

Köndgen, J., «*Haftpflchtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*», Berlin, Duncker und Humblot, 1976

Köndgen, J., «*Haftpflchtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*» Duncker und Humboldt, Berlin, 1976

Lagostena Bassi, A., & Rubini, L., «*La liquidazione del danno*», Giuffrè, Milano, 1974

Lange, H., «*Schadenersatz*», en Gern-Huber, 1979

Lacruz Berdejo, J.L., «*Convivencia "more uxorio": estipulaciones y presunciones*», en Asociación de Profesores ..., 1990, págs. 1081 y ss.

Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F. de A., «*Derecho de Sucesiones*», Librería Bosch, Barcelona, 1981

Lalou, H., «*La responsabilité civile*», Paris, 1928, 1932

Lalou, H., «*Traité pratique de la responsabilité civile*», Paris, 1955

Lamarca Marquès, A., «*Anteproyecto de Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños en Alemania*», InDret, 3/2001

Lamarca Marquès, A., y Ramos González, S., «*Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños*», InDret, 3/2002

Lambert-Faivre, Y., «*Le dommage par ricochet*», Lyon, 1959

Lambert-Faivre, Y., «*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*», Dalloz, Paris, 1990, 1996

Landes, W.M., y Posner, R.A., «*The Economic Structure of Tort Law*», Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)/London, 1987

Landon, «*Pollock's Law of Torts*», London, 1951

Lawson, F.H., «*Negligence in the Civil Law*», Oxford, 1950

Lemega, M.C., «*El daño estético en la legislación, doctrina y jurisprudencia*», La Ley (Argentina), 1977

Le Roy, M., «*La compensation des dommages dans le cas d'atteintes physiques*», en Dessertine, 1990, págs. 133 y ss.

Le Roy, M., «*L'évaluation du prejudice corporel*», Litec, París, 1998

Libertini, M., «*Le nuove frontiere del danno risarcibile*», Contratto e Impresa, 1987, págs. 85 y ss.

Llambías, J., «*Tratado de Derecho Civil*», Buenos Aires, 1973

Longo, C., «*Concorso di colpa contrattuale e di colpa extracontrattuale*», Rivista de Diritto civile, 1920, págs. 512 y ss.

López Jiménez, A., «*La Ley sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos. Principios inspiradores*», en Martí Sánchez, 1997, págs. 45 y ss.

Gómez Colomer, J.L. y López Zúñiga, E.J., «*Resoluciones judiciales*» en **Cuéllar Cruz, R., Fernández Entralgo, J., Gómez Colomer, J.L.** (Autores Coordinadores), «*Derecho Procesal Penal de Honduras /Manual Teórico-practico*», Consejo General del Poder Judicial/ Corte Suprema de Justicia/ Cooperación Española, Tegucigalpa, 2004, págs. 213 y ss.

Maciá Gómez, R., «*Delitos y faltas relacionados con la circulación de vehículos a motor, en el Código Penal de 1995. Aspectos generales. La responsabilidad civil*», Cedecs, Barcelona, 1996

Maciá Gómez, R., «*El delito de injuria*», Cedecs, Barcelona, 1997

Magnus, U., «*Schaden und Ersatz, eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen*», J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1987

Magnus, U., «*La reforma del derecho alemán de daños*», InDret, 2/2003

Mandrioli, D., «*Risarcimento del danno in forma specifica*», Rivista di Diritto commerciale, 1922 (I), págs. 352 y ss.

Mandrioli, D., «*Ancora sulla risarcibilità del danno non patrimoniale*», Rivista penale, 1932 (I), págs. 585 y ss.

Manuali, V., «*Problemi del risarcimento del danno non patrimoniale*», Rivista Critica de Diritto Privato, 1988, págs. 167 y ss.

Mapelli Caffarena, B., y Terradillos Basoco, J., «*Las consecuencias jurídicas del delito*», Civitas, Madrid, 1996

Marcilla Areces, E., e Hinojal Fonseca, R., «*Valoración médica del perjuicio estético y pretium doloris (dolor)*», en Hinojal, 1996, págs. 95 y ss.

Marcos Oyarzun, F.J., «*Reparación integral del daño. El daño moral*», Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2002

Marín López, J.J., «*Algunos Aspectos del Sistema Para la Valoración de Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación*», en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, 1996, julio-agosto, págs. 422 y ss.

Marín López, J.J., «*Criterios de valoración en el sistema de indemnizaciones por muerte*», en «*III Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro: El Sistema de valoración del daño corporal*», Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba/Escuela de Práctica Jurídica, Córdoba, 1997

Martí Sánchez, J.N. (Director), «*Derecho de Seguros III*», Consejo General del Poder Judicial, XII, 1997

Martín Casals, M., «*Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982*», Asociación de Profesores ... (1990), págs. 1231y ss.

Martínez-Pereda Rodríguez, J.M., «*La cirugía estética y su responsabilidad*», Comares, Granada, 1997

Mase'Dari, F., «*Danni da adulterio e de separazione personale*», Rivista trimestrale de Diritto e procedura civile, 1948, págs. 688 y ss.

Mastropaolo, F., «*Il risarcimento del danno alla salute*», Jovene, Napoli, 1983

Mazeaud, H., «*La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé"*», Dalloz, Paris, 1954

Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Tunc, A., «*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*», EJEa, Buenos Aires, 1961-1963

Maurri, M., Buccelli, P., Giannini, R., «*Danno biologico e danno estetico*», en Canale & Giannelli, 1990, págs. 484 y ss.

McIntosh, D. & Holmes, M. «Personal injury awards in EC countries», Londres, 1990/ traducción y preparación de la ed. española por Muñiz, L., Colex, Madrid, 1992

Medina Crespo, M., «*El Seguro Obligatorio de Automóviles. Cuestiones básicas. Principios y límites. Compensación de culpas. Treinta años después o la agonía de la razón*», Madrid, 1994

Medina Crespo, M., «*Los criterios de imputación de la responsabilidad civil automovilística. Comentario a los cinco párrafos del artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor*», en Noticias de la Unión Europea, 139-140, 1996, págs. 83 y ss.

Medina Crespo, M., «*La tabla de indemnización por incapacidad temporal*», Revista Española de Seguros, 85, 1996, págs. 113 y ss. (también en Actualidad Civil Aranzadi, 14, noviembre 1996, págs. 11 y ss.

Medina Crespo, M., «*La tabla de indemnización por incapacidad temporal*», Seminario Indemnización por daños corporales en accidentes de tráfico, Enfoque XXI-Ilustre Colexio de Avogados de Ourense, Orense, 13 de diciembre de 1996

Medina Crespo, M., «*Noticia de las primeras sentencias dictadas en aplicación de la Tabla de Incapacidad Temporal del nuevo sistema valorativo. Las tensiones interpretativas y el novedoso fenómeno de la dispersión.*», en Cuadernos Jurídicos del Seguro, separata de la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, Diciembre, 1996, págs. 7 y ss.

Medina Crespo, M., «*La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95*», Dykinson, Madrid, 1997

Medina Crespo, M., «*La valoración de los daños personales causados en accidente de circulación. El Sistema de la Ley 30/1995, como instrumento para la efectividad de la reparación íntegra*», en «LA LEY», 1997

Medina Crespo, M. «*La estrategia normativa de la reparación completa*», en «*II Jornadas de Derecho de la Circulación. La reparación del Daño Corporal. Los Procesos*», Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1998

Medina Crespo, M. (Director), «*Valoración de daños corporales. El sistema de la Ley*

30/1995», SEAIDA, Madrid, 1998

Medina Crespo, M., «*El resarcimiento del lucro cesante en el sistema de la Ley 30/1995. La posibilidad de su efectiva reparación y la práctica judicial*», en Valoración Judicial de Daños y Perjuicios, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 485 y ss.

Medina Crespo, M., «*La Valoración Civil del Daño Corporal. Bases para un Tratado*», I. Los fundamentos, Dykinson, Madrid, 1999

Medina Crespo, M., «*La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*», Tomo IV, El fallecimiento, Dykinson, Madrid, 2000

Medina Crespo, M., «*La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*», Tomo VI, Las Lesiones Permanentes. Bibliografía, Dykinson, Madrid, 2000

Medina Crespo, M., «*Los principios que inspiran la regulación de las indemnizaciones básicas por causa de muerte, en el sistema de la Ley 30/95*», en Moreno Martínez (2000), págs. 375 y ss.

Medina Crespo, M., «*El tratamiento resarcitorio del perjuicio causado por la muerte del prometido conyugal*», XIX Congreso de Derecho de la Circulación, INESE, Madrid, 2003

Medina Crespo, M., «*Daños Corporales y Carta Magna. Repercusión de la Doctrina Constitucional sobre el funcionamiento del Sistema Valorativo*», Dykinson, Madrid, 2003

Medina Crespo, M., «*Perjuicio estético*», en Novedades en Derecho de la Circulación, Siglo XXI y Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Almería, 2003

Medina Crespo, M., «*El tratamiento resarcitorio del perjuicio causado por la muerte del prometido conyugal*», XIX Congreso de Derecho de la Circulación, INESE, Madrid, 2003

Messineo, F., «*Manuale di diritto civile e commerciale*», I, V, Giuffrè, Milano, 1952-1953 (EJEA, Buenos Aires, 1955)

Michelis, B. de, Tommasini, F., Tronzano, L. Valobra, M., «*La valutazioni del danno nei traumatismi maxillo-faciali*», Minerva Medica, Torino, 1966

Minozzi, A., «*Studio sul danno non patrimoniale*», Società editrice libertaria, Milano, 1909

Minzer, M., «*Damages in Tort Actions*», Matthew Bender, New York, 1982

Monetti, V. & Pellegrino, G., «*Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*», Foro italiano, V, 1974, págs. 159 y ss.

Montel, G., «*Problemas de la responsabilidad y del daño*», (Giappicheli, Torino, 1952) Alcoy, 1955

Montés Penadés, V.L., Comentario a la Responsabilidad Civil en Vives, 1996, págs. 598 y ss.

Moral García, A. del, «*Delitos de Injuria y Calumnia: Régimen Procesal*», COLEX, Madrid, 1990

Moral García, A. del, Comentarios a los artículos 214 y 216, en Del Moral y Serrano, 2002, págs. 1561 y 1565

Moral García, A. del, y Serrano Butragueño, I. (Coordinadores), «*Código Penal (Comentario y Jurisprudencia)*», Comares, Granada, 2002

Morales Prats, F., y García Albero, R., Comentario al Título VIII del Código Penal, en Quintero y Valle, 1996, págs. 871 y ss.

Moreau, «*De la notion du préjudice en matière de responsabilité por accidents causés à des tiers*», en Sem. Jur. 1931, págs. 562-563

Muñoz Conde, F. Y García Arán, M., «Derecho Penal. Parte General», tirant lo blanch, Valencia, 1996

Muñoz Conde, F., «*Derecho Penal. Parte Especial*», tirant lo blanch, Valencia, 1996

Múrtula Lafuente, V., Comentario al artículo 110, en Cobo del Rosal, M. (Director), «*Comentarios al Código Penal*», IV, EDESA, Madrid, 2000, págs. 225 y ss.

Napier, M., «*European Perspectives for Practicioners*», en Holding & Kaye, 1993, págs. 12 y ss.

Navarrini, U., «*Se in caso di morte per infortunato dell'operario assicurato gli eredi conseguano l'indennità "iure proprio" oppure "iure hereditario"*», Giurisprudenza italiana, 1956

Nehlesen von Stryk, K., «*Schmerzengeld ohne Genugtuung*», «JuristenZeitung», 1987, págs. 119 y ss.

Nicolò, R., «*Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*», en Scialoja e Branca (Galgano), Zanichelli/Foro italiano, Bologna-Roma, 1953

Nicolò, R., «*Istituzione di diritto privato*», Giuffrè, Milano, 1962

O'Callaghan Muñoz, X., «*El derecho al honor en la evolución jurídica posterior al Código civil*», Asociación de Profesores ... (1990), págs. 1547 y ss.

O'Callaghan Muñoz, X., «*Derecho al honor*», Actualidad Civil (I), 1990

Orgaz, A., «*El daño resarcible*», Depalma, Buenos Aires, 1952; Omeba, Buenos Aires, 1967; Lerner, Córdoba, 1980

Owen, D.G., «*A Punitive Damages Overveew: Functions, Problems and Reform*», Punitive Damages, 39 Villanova Law Review, 363 (1994)

Pacchioni, G., «*Del risarcimento dei danni morali*», Rivista di Diritto commerciale, 1911-2 (240-ss.)

Pacchioni, G., «*Della irrisarcibilità dei danni morali*», Rivista di Diritto commerciale, 1922 (178-ss.)

Pacchioni, G., «*L'articolo 185 Codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatti illecito penale e civile*», Rivista italiana de Diritto penale, 1931 (345-ss.)
Pacchioni, G., «*Dei delitti e quasi-delitti*», CEDAM, Padova, 1940

Pacheco, J.F., «*El Código penal comentado y concordado*», Madrid, 1848-1850
Pantaleón Prieto, A.F., «*Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte*», Anuario de Derecho Civil, XXXVI-III, 1983, págs. 1567 y ss.

Pantaleón Prieto, A.F., «*La indemnización por causa de lesiones o de muerte. Estudio jurisprudencial*», Anuario de Derecho Civil, XLII-II, 1989, págs. 613 y ss.

Pantaleón Prieto, F., «*Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas*», en Documentación Jurídica, 81, 1995, págs. 171-ss

Pantaleón Prieto, F., «*La acción de cesación o de prohibición en la Ley de Competencia Desleal*», en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Civitas, Madrid, 1996, págs. 953 y ss.

Pantaleón, F., «*Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*», Actualidad Jurídica Aranzadi, VI, 1996, 245, págs. 1 y ss.

Pantaleón, F., «*De nuevo sobre la inconstitucionalidad del Sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor*», LA LEY, XVIII (1997)

Pargada Sánchez, J., «*El precio del perjuicio corporal*», Madrid, 1967

Parlee, R.S., «*Vicarious Liability for Punitive Damages: Suggested Changes in the Law Through Policy Analysis*», 68 Marquette Law Review, 27, 1984

Paúl Velasco, J.M. de, «*Aproximación a la problemática de los eventuales perjudicados extratabulares por fallecimiento de la víctima en el sistema valorativo de la Ley 39/95*», III Curso sobre valoración de los daños corporales, SEAIDA, Madrid, 1998; y V Congreso de Derecho de la Circulación y Responsabilidad Civil, Zaragoza, febrero 2000

Paúl Velasco, J.M. de, «*La muerte del conductor y la cobertura por su propio Seguro Obligatorio de responsabilidad civil*», en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, 2002, Mayo, págs. 244 y ss.

Pavarini, M., «*Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*», en Dei delitti e delle pene, III, 3, 1985, págs. 525 y ss.

Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P., «*Comentario del Código Civil*», Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991

Pescara, R., «*La protezione della vita privata e la nuova legislazione francese in materia*», Rivista de Diritto civile, 1971, II, pág. 445

Pintos Ager, J., «*Nota sobre la conveniencia y constitucionalidad del Sistema de Valoración Judicial de Daños Personales*», LA LEY, XIX, 4458, 15 de enero de 1998 (págs. 1-ss.)

Pintos Ager, J., «*Baremos, Seguro y Derecho de Daños*», Instituto Universitario de Derecho y Economía, Universidad Carlos III de Madrid, y Civitas, Madrid, 2000

Pintos Ager, J., «*Baremos*», InDret, 03/2000

Planiol, M., Ripert, G., y Esmein, P., «*Traité pratique de droit civil français*», VI, Paris, 1930, 1952

Pogliani, M., «*Dal sistema risarcitorio tradizionale a quello innovativo*», en Brondolo & otros, 1995, págs. 1 y ss.

Priest, G.L., «*The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*», The Yale Law Journal (96), 1987

Prittwitz, C., «*Die Ansteckungsgefahr bei AIDS.- Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken*», Juristische Arbeitsblätter, 1987, 8/9, págs. 427-

440; 10, págs. 486-502

Prosser, W.LI., «*The Law of Torts*», Lawyer's ed., West, St. Paul, Minesota, 1971

Proser, W.LI., y Keaton, W.P., «*Prosser and Keaton on the Law of Torts*», West, St. Paul, Minesota, 1984

Pogliani, M., «*Responsabilità e risarcimento da illecito civile*», Giuffrè, Milano, 1964

Porcellinis, de, «*Il diritto dei viventi a carico dell'operario infortunato*», Rivista de Diritto pubblico, 1911-II

Puig Brutau, J., «*Fundamentos de Derecho Civil*», I-II, II-II, V-I, Bosch, Barcelona, 1959, 1956, 1961.

Quintano Ripollés, A., «*Comentarios al Código Penal*», I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946

Quintano Ripollés, A., «*Compendio de Derecho Penal*», I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958

Quintero Olivares, G., Comentario al Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, en Quintero, 1996, págs. 1.214 y ss.

Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., Valle Muñiz, J.M., Prats Canut, J.M., Tamarit Sumalla, J.M., García Alberó, R., «*Comentarios al Nuevo Código Penal*», Aranzadi, Pamplona, 1996

Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., «*Delitos contra el honor*», en Quintero Olivares y otros, 1996, págs. 361 y ss.

Quintero Olivares, G., y Tamarit Sumalla, J.M., «*Comentarios al artículo 112*», en Quintero Olivares y otros, 1996, págs. 562 y ss.

Quintero Olivares, G., Cavanillas Múgica, S., y De Llera Suárez-Bárcena, E., «*La responsabilidad Civil "Ex Delicto"*», Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002.

Ravazzoni, A., «*La riparazione del danno non patrimoniale*», Giuffrè, Milano, 1962

Reglero Campos, L.F. (Coordinador), «*Tratado de Responsabilidad Civil*», Aranzadi-Thompson, Navarra, 2002

Reyes Monterreal, J., «*Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*», Montecorvo, Madrid, 1955, 1956

Richout Rodríguez, A., «*XII Congreso Internacional de Derecho Penal (Recomendaciones)*», Ministerio de Justicia, Madrid, 1985

Riera Aisa, «*El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y las relaciones jurídicas familiares sucesorias y obligaciones del que lo contrató*», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 7, 1953, págs. 279 y ss.
Ripert, G., «*Le prix de la douleur*», Dalloz, Paris, 1948

Ripert, G., «*La règle morale dans las obligations civiles*», Paris, 1949

Ripert, G. & Boulanger, J., «*Traité élémentaire de Droit Civil*», II, Paris, 1952

Ripert, G. & Boulanger, J., «*Traité de Droit Civil*», II, Paris, 1957

Roca Juan, J., Notas a Montel (1955)

Roces, W., Anotaciones a Fischer, 1928

Rodotà, S., «*Il problema della responsabilità civile*», Giuffrè, Milano, 1964

Rodríguez Mourullo, G., y Jorge Barreiro, A., «*Comentarios al Código Penal*», Civitas, Madrid, 1997

Rodríguez Mourullo, G., Comentario al artículo 216, en Rodríguez Mourullo & Jorge Barreiro, 1997, págs. 643-644

Rogel Vide, C., «*La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*», Civitas, Madrid, 1977

Roig Torres, M., «*La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*», tirant monografías, tirant lo blanch, Valencia, 2000

Rojo Ajuria, L., «*La tutela del honor y la intimidad*», en *Actualidad Civil*, 1988, págs. 1.073 y ss.

Roppo, E., «*Danno e risarcimento nell'esercizio di mass media*», en Visintini, 1984, págs. 12 y ss.

Rössner, D., «*Wiedergutmachen statt überlurgelten*», en «*Täter-Opfer-Ausgleich*», Bonn, 1989

Rousseau, C. & Fournier, C., «*Precis d'evaluation du dommage corporel en droit commun*», AREDOC et CDDC, Paris, 1989

Rousiow de Boubée, «*Essai sur la notion de réparation*», Dalloz, Paris, 1974

Rovelli, F., «*La risarcibilità dei danni non patrimoniali*», Rivista di Diritto privato, 1933 (II), págs. 266 y ss.

Rovelli, F., «*Il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali in favore dei fratelli e delle sorelle della vittima di un incidente stradale*», Giurisprudenza italiana, 1967, págs. 103 y ss.

Rovelli, R., «*Il risarcimento del danno alla persona*», Utet, Torino, 1965

Ruiz Vadillo, E., «*La valoración del daño corporal*», Revista de Derecho de la Circulación, 6/89, pp. 291 y ss.

Ruiz Vadillo, E., «*La razonable valoración del daño corporal*», Revista de Derecho de la Circulación, 5/91, pp. 255 y ss.

Ruiz Vadillo, E., «*El Sistema de Valoración del Daño Corporal y la pérdida de la vida humana, factor decisivo en el principio constitucional de la seguridad jurídica*», en SEAIDA, 1991, págs. 21 y ss.

Ruiz Vadillo, E., «*Algunas reflexiones sobre la aplicación discrecional por los Jueces y Tribunales del Sistema SEAIDA'91 y especialmente en la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991*», en Revista Española de Seguros, 1991, Octubre/Diciembre, 68, pp. 65 y ss.

Ruiz Vadillo, E., «*Valoración judicial del daño corporal*», Revista de Derecho de la Circulación, 4/92, pp. 179 y ss.

Ruiz Vadillo, E., «*La responsabilidad civil derivada del delito: daños, lucro, perjuicio y valoración el daño corporal*», en Ruiz Vadillo, E. (coord.), «*La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*», Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 9-ss

Rustad, M., y Koenig, Th., «*The Quiet Revolution Revisited: An empirically Study of the Impact of State Tort Reform of Punitive Damages in Products Liability*», 16 Just. Sys. J. 21, 1993

Sales, J.B., y Cole Jr., K.B., «*Punitive Damages: a Relic That Has Outlived Its Origins*», 37 Vanderb Law Review, 1117 (1984)

Salvador Coderch, P., «*Honor y Libertad de expresión en 1995. Una reseña jurisprudencial*», en Revista Derecho Privado y Constitución, 10, 1996, págs. 329 y ss.

Salvador Coderch, P., y Castiñeira Palou, M^aT., «*Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*», Marcial

Pons, Madrid, 1997

Salvi, C., «*Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*», Jovene, Napoli, 1985

Salvi, C., «*Responsabilità extracontrattuale*», Enciclopedia del diritto, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1989, págs. 1186 y ss.

Salvi, C., «*Risarcimento del danno*», Enciclopedia del diritto, XL, Giuffrè, Milano, 1990, págs. 1084 y ss.

Santos Briz, J., «*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*», Montecorvo, Madrid, 1970

Santos Briz, J., «*Los daños morales y su incidencia en el derecho de la circulación*», Revista de Derecho Privado, 1989

Savatier, R., «*Traité de la responsabilité civile*», Dalloz, Paris, 1951

Savatier, R., «*Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*», Paris, 1959

Scalitti, G., «*Alcuni aspetti del danno non patrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza*», Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, 1978, págs. 1753 y ss.

Schäffer, H.B., y Ott, K., «*Manual de Análisis Económico de Derecho Civil*», Tecnos, Madrid, 1991

Schmidt-Hieber, «*Ausgleich statt Geldstrafe*», en Neue Juristische Wochenschrift, 32, 1992

Schneider, H.F., «*La posición jurídica de la víctima en el Derecho y en el Proceso penal*», en Cuadernos de Política Criminal, 35, 1988, págs. 357 y ss.

Scognamiglio, R., «*Danno morale*», Rivista di Diritto civile, 1957-I (277 y ss.)

Scognamiglio, R., «*Appunti sulla nozione di danno*», Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, 1969 (464 y ss.)

Scognamiglio, R., «*Danno morale*», Novissimo Digesto italiano, V, Torino, 1960 (págs. 146 y ss.)

Scognamiglio, R., «*Risarcimento del danno*», Novissimo Digesto italiano, XVI, Torino, 1969

Secchi, E., «*La nozione di danno biologico nella elaborazione della giurisprudenza costituzionale*», en Brondolo y otros, 1995, págs. 29 y ss.

Sodaro, A., «*Considerazione marginali sul danno non patrimoniale*», Responsabilità civile e previdenza, 1967, págs. 97 y ss.

Sodaro, A., «*Il danno alla vita di relazione*», Responsabilità civile e previdenza, 1977, págs. 387 y ss.

Sodaro, A., «*Il danno non patrimoniale*», Diritto e pratica nell'assicurazione, 1975, págs. 201 y ss., y 390 y ss.

Sodaro, A., «*Il danno alla vita di relazione*», Diritto e pratica nell'assicurazione, 1975, págs. 573 y ss.

Sodaro, A., «*Il danno non patrimoniale*», Responsabilità civile e previdenza, 1977, págs. 35 y ss.

Sodaro, A., «*Il problema della valutazione dei danni alla salute*», Responsabilità civile e previdenza, 1981, págs. 127 y ss.

Soto Nieto, F., «*Indemnización por daños morales*», en «*Derecho Vivo. Jurisprudencia comentada*», I, Derecho Judicial, Madrid, 1970

Soto Nieto, F., «*La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros*», en Revista Española de Seguros, 101, 2000, págs. 17 y ss.

Stanton, K.M., «*The modern Law of Tort*», Sweet & Maxwell, London, 1994

Stefani, «*Il risarcimento del danno da uccisione*», Giuffrè, Milano, 1984

Stöll, H., «*Empfiehl sich eine Meuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schaden?*», Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, Beck, München/Berlin, 1964

Toscano, G., «*Danno biologico e danno morale*», en Brondolo y otros, 1995, págs. 169 y ss.

Toulemon & Moore, «*Le préjudice corporel et moral en droit commun*», Sirey, Paris, 1968

Tunc, A., «*La responsabilité civile*», Economica, Paris, 1989

Tunc, A., «*Rapport de Synthèse*», en Dessertine, 1990, págs. 333 y ss.

Vattier Fuenzalida, C., «*Los daños de familiares y de terceros por la muerte o lesiones*

de una persona», Asociación de Profesores ... (1990), págs. 2069 y ss.

Venezian, «*Danno e risarcimento fuori dei contratti*», en «*Studi sulle obbligazioni*», 1918. **Vicente Domingo, E.**, «*Los daños corporales: tipología y valoración*», Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1994

Vicente Domingo, E., «*Comentario crítico al Baremo de daños corporales de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado*», Revista Española de Seguros, 85, 1996, págs. 45 y ss.

Vicente Domingo, E., «*Los criterios de responsabilidad e indemnización de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*», en «III Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro: El Sistema de valoración del daño corporal», Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba/Escuela de Práctica Jurídica, Córdoba, 1997

Vicente Domingo, E., «*El daño*», en Reglero (2002), págs. 202 y ss.

Vieira, D.N., «*El Baremo Portugués de los accidentes de tráfico. Evolución y situación actual*», I Jornada médica europea sobre Baremos de Daños Personales en Accidentes de Circulación, Madrid, 1997

Viney, G., «*L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale*», Dalloz, París, 1974.

Viney, G., «*Les conditions de la responsabilité*», en Ghestin, J., «*Traité de Droit Civil*», Dalloz, París, 1982, 1998.

Visco, A., «*Sul preteso diritto di un Ordine religioso di ottenere un indennizzo per la morte di una suora in seguito ad un incidente automobilistico*», Diritto e Giurisprudenza, 1971, págs. 77 y ss.

Visintini, G., (Coordinador), «*Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*», Giuffrè, Milano, 1984

Wagner, G., «*Die Aufgaben des Haftungsrechts-eine Untersuchung am Beispiel der Umwelthaftungsrechts-Reform*», Juristen Zeitung, 1991, pág. 175

Waline, «*La réparation de la douleur morale*», Revue de Droit Public et Sciece Politique, 1962, pág. 333

Wheeler, M.E., «*The Constitutional Case for Reforming Punitive Damages Procedures*», 69 Virginia Law Review, 139, 1986

Xiol Ríos, J.A., «*Proyecto de Ley sobre supervisión de los seguros privados. Limitación de las indemnizaciones. Elevación a Ley del baremo*», en III Congreso de Responsabilidad Civil, Barcelona, 1994

Xiol Ríos, J.A., «*Breve impresión sobre el Sistema de Valoración de Daños introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado*», Revista Española de Seguros, 85, 1996, págs. 51 y ss.

Xiol Ríos, J.A., «*El nuevo sistema de valoración de los daños corporales*», en La nueva regulación del Seguro Privado: la Ley 30/95, de 8 de noviembre, Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya (Departament de Justícia), Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1997, págs. 243 y ss.

Xiol Ríos, J.A., «*La valoración del daño corporal. En especial, el perjuicio estético*», en Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación Vial, Gobierno Vasco, San Sebastián, 2000.

Xiol Ríos, J.A., «*El perjuicio moral del cónyuge viudo. El caso del prometido conyugal*», V Curso sobre Valoración de los Daños Personales, SEAIDA, Madrid, 2002

Yzquierdo Tolsada, M., «*Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*», Dykinson, S.L., Madrid, 1997

Yzquierdo Tolsada, M., «*Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*», Dykinson, Madrid, 2000

Yzquierdo Tolsada, M., «*La responsabilidad civil de los periodistas tras veinte años de aplicación de la Ley del derecho al honor y a la intimidad*», en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, abril-mayo 2003, págs. 184y ss., y 244 y ss.

Zannoni, E.A., «*El daño en la responsabilidad civil*», Astrea, Buenos Aires, 1982, 1987, 1993

Zavala de González, M.M., «*Integridad psicofísica*», en Resarcimiento de daños, II.2, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1990

Zipf., H., «*Introducción a la Política Criminal*», EDERSA, Madrid, 1979

Zoido Alvarez, J.I., «*Valoración de la vida e integridad física (2)*», en Ruiz-Vadillo (1994), págs. 165 y ss.

1. Responsabilidad civil.

El Título IX del Libro I del Código Penal hondureño está dedicado a la responsabilidad civil derivada de la perpetración de una infracción penal.

Lo encabeza el **artículo 105**, que proclama:

«... Todo aquél que incurra en responsabilidad penal por un delito o falta, lo es también civilmente. ...».

En su literalidad, el precepto es incomprensible. El primer inciso sugiere la siguiente reconstrucción:

*«... Todo aquél que incurra en responsabilidad penal por un delito o falta, **incurrirá también en responsabilidad civil.** ...».*

Si se atiende al inciso final, el precepto completo debiera ser:

*«... **Toda aquél que sea penalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente.** ...».*

El enigma deja de serlo cuando se recuerda que el artículo 19 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal español, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre disponía:

*«... Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta **lo es también civilmente.** ...».*

Ahora todo encaja. **El artículo 105 del Código Penal Hondureño quiso dar una nueva redacción a la fórmula lingüística del 19 del español 1973, pero lo hizo defectuosamente** provocando una incoherencia entre sus dos incisos.

Los comentaristas españoles venían criticando, con rara unanimidad, el transcrito artículo 19.

En efecto, su lectura llevaba a concluir que **toda persona responsable penalmente**, por haber cometido culpablemente un delito o falta, **incurría también necesariamente en responsabilidad civil**.

Esta asociación necesaria de las responsabilidades civil y penal no es admisible.

Toda conducta constitutiva de un delito o falta ha de lesionar o poner en peligro un bien jurídico o un principio fundamental de la organización de la sociedad. Pero los tipos de peligro (abstracto o concreto) y los de mera actividad no producen lesión de bienes jurídicos individuales.

El artículo 284 del Código Penal establece:

«... Será sancionado con reclusión de tres a nueve años, quien hiciere en todo o en parte un documento público falso o alterare uno verdadero, de modo que **pueda resultar perjuicio** ...», ejecutando cualquiera de los hechos que a continuación se detallan.

Los términos en que se expresa el artículo dejan claro que, como consecuencia de la falsedad, puede producirse un perjuicio, pero **no es necesario que se produzca para que el autor de la falsificación sea penalmente responsable**.

Consecuentemente, **si no se causa un resultado perjudicial, ese autor serán responsable penalmente, pero no civilmente**.

Por lo expuesto, esos mismos comentaristas críticos del Código español, elogiaban la mucho mejor redacción del artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882:

«... De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. ...».

A esta misma idea responde el tenor del artículo 109.1 del Código Penal español de 1995, actualmente vigente:

«... La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. ...»

El artículo 105 del Código Penal, que proclama:

«... Todo aquél que incurra en responsabilidad penal por un delito o falta, lo es también civilmente. ...»

debe ser interpretado en el siguiente sentido, más acorde con la realidad:

«...El responsable penalmente de un delito o falta responderá también civilmente de las consecuencias perjudiciales que pueda producir el hecho punible. ...»

Se presupone, pues, que la persona causante de los daños y perjuicios es penalmente responsable del hecho -constitutivo de delito o falta- que los ha producido.

Ello no obstante, algunas personas que han realizado, sin justificación, una comportamiento tipificado como infracción penal, y del que se derivan consecuencias perjudiciales, no pueden ser declaradas penalmente responsables, porque concurre una causa de inimputabilidad, de inculpabilidad o de exclusión personal de la responsabilidad penal.

Hay casos en que una persona está exenta de responsabilidad penal y, sin embargo, es responsable civil de las consecuencias dañosas y perjudiciales de un hecho -ejecutado por ella- tipificado como infracción penal y no justificado.

Convendrá recordar que el concepto de delito se construye a partir de una acumulación de elementos, a saber:

[a] La acción, esto es, una conducta *humana*, producto de las estructuras cognitivas superiores.

Por eso, cuando se obliga materialmente (mediante el uso de la fuerza física) a alguien a realizar (o a dejar de realizar) algo, su comportamiento (ni, por supuesto, su resultado) pueden ponerse a cuenta de quien no fue más que un *instrumento* manejado por el verdadero autor.

A agarra la mano de B y lo fuerza a hacer algo, por ejemplo, firmar un documento o pulsar el botón que acciona un aparato explosivo.

También se utiliza a otro como instrumento inconsciente de la realización de un hecho

o de la producción de un resultado cuando se consigue que lleve a cabo una conducta de cuyas consecuencias no es consciente. El autor mediato es a modo de un autómatas que ejecuta las órdenes de quien lo maneja, el «*hombre de atrás*» o «*Hintermann*»

A encarga a B que lleve una maleta (conteniendo droga) de un lugar a otro. B desconoce lo que transporta.

[b] Para que un hecho constituya infracción penal, ha de estar descrito como tal (*tipificado*) por una Ley.

Dar voluntariamente muerte a otro está definido como delito de homicidio por el artículo 116 del Código Penal.

[c] Por regla general, los hechos tipificados como delitos o faltas están reprobados (rechazados, prohibidos) por la Ley.

Sin embargo, no hay regla sin excepción, de manera que, en ciertos casos, un hecho *típico*, puede estar *justificado*.

El modelo *regla/excepción*:

Por regla general, todo acto tipificado como delito o falta es merecedor de castigo, a menos que, excepcionalmente, esté justificado por la Ley.

Quien voluntariamente dé muerte a una persona será castigado como homicida, De acuerdo con el artículo 116 del Código Penal.

Ello no obstante, si el causante de la muerte actuó en defensa propia, cumpliendo todos los requisitos del artículo 24.1 del Código Penal, su conducta estará excepcionalmente- justificada.

Las causas de justificación hacen que un comportamiento descrito como infracción penal (*tipificado*) por la Ley no sean merecedores de pena, porque el sistema jurídico legitima (*se pone de parte del*) autor.

Quien ejecuta un acto *justificado por la Ley*, aunque objetivamente cause daños a terceros, no está obligado a indemnizar.

Ahora será preciso tener en cuenta algo muy importante.

Nadie responderá de los daños causados justificadamente.

El causante de un daño injustificado pero no descrito (*tipificado*) por la Ley como

delito o falta no será responsable penalmente, pero sí civilmente.

En efecto, el **artículo 2236 del Código Civil** dispone:

«... El que por acción u omisión causa [más correctamente, desde el punto de vista de la concordancia gramatical: *cause*] daño a otro, interviniente culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. ...».

Este precepto es copia literal -con un ligero error de transcripción- del **artículo 1902 del Código Penal español**: «... El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniente culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. ...»; y ambos están inspirados en el **artículo 1382 del Code civil francés**, a cuyo tenor, «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*». Todo acto humano que cause daño a otro, obliga a repararlo a aquel por cuya culpa ha sobrevenido.

Por tanto, está obligado a reparar el daño injustamente causado quien lo causó o voluntariamente o como consecuencia de su imprudencia.

Los Códigos Civiles que siguen el modelo napoleónico exigen, para que el autor responda por los daños causados por él que su conducta sea cuando menos descuidada o imprudente.

Desde mediados del pasado siglo XX se extiende la convicción de que todo daño injustificado constituye a su causante en responsable de su resarcimiento, aunque no haya incurrido en culpa alguna. A la luz de este nuevo entendimiento del problema, **la práctica jurisprudencial invirtió la carga de la prueba de la culpa**, de manera que quien causó un daño ha de acreditar que su conducta se ha ajustado estrictamente a la norma de cuidado exigible.

Anteriormente, cuando un vehículo arrollaba a un peatón, la víctima tenía que probar que el conductor de aquél se había comportado negligentemente. De acuerdo con el nuevo criterio interpretativo, pesa sobre ese conductor la carga de probar debidamente que no incurrió en culpa alguna; algo que se aproxima mucho a **la *probatio diabolica***; una sugestiva denominación acuñada en la Edad Media, a partir del argumento de una obrita sacramental; que preocupaba a los que debían probar la titularidad de un bien, cuya posesión venían ostentando durante largo tiempo sin poder presentar un documento legitimador; y que terminó aludiendo a la difícil -por no decir imposible- prueba de un hecho negativo.

Inicialmente, los tribunales atendían a la existencia de indicios de probabilidad de culpa en cada caso concreto.

Posteriormente, se va consolidando una tendencia a establecer una regla general que conduce finalmente a la construcción de una verdadera presunción de culpa

extracontractual en determinados casos, que vendrían a coincidir con el principio «*res ipsa loquitur*».

Esta doctrina, originaria del *Common Law*, autoriza al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual a obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de aportar prueba de la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida.

A veces, los hechos hablan por sí solos. La mala suerte de Mr. Byrne.

El primer precedente (*ur-case*) de esta doctrina es la sentencia dictada, en 1863, en el caso *Byrne v. Boadle*, por la Court of Exchequer inglesa.

El demandante reclamaba una indemnización por las lesiones sufridas al ser alcanzado por un barril de harina caído sobre él desde la ventana de un almacén. El demandado pretendía que el actor probase positivamente que alguien se había comportado descuidadamente; y un exasperado Baron Pollock replicaba que tenía razón el defensor cuando protestaba que hay muchos accidentes en los que no es posible acreditar que son consecuencia de un comportamiento negligente, pero sería también erróneo negar radicalmente que en ciertos casos las circunstancias del accidente permitan inferir la concurrencia de culpa. Había quedado claro que, en el caso litigioso, el barril había ido rodando hasta caer desde la ventana del almacén sobre el demandante. ¿Cómo declarar probada la causa por la que así sucedió?, se pregunta Pollock; y contesta: Es deber de las personas que manejan barriles en un almacén preocuparse de que rueden y caigan de él y creo que este hecho proporcionaría una prueba irrefutable de negligencia. Un barril no puede caer rodando desde un almacén sin que intervenga un cierto grado de descuido, así que me parecería abusivo exigir que el demandante tenga que citar como testigos a los trabajadores del local para demostrar la negligencia [*«... Suppose in this case the barrel had rolled out of the warehouse and fallen on the plaintiff, how could he possibly ascertain from what cause it occurred? It is the duty of persons who keep barrels in a warehouse to take care that they do not roll out, and I think that such a case would, beyond all doubt, afford prima facie evidence of negligence. A barrel could not roll out of a warehouse without some negligence, and to say that a plaintiff who is injured by it must call witnesses from the warehouse to prove negligence seems to me preposterous. ...»*]

Para los tribunales ingleses, sobre el demandante pesa la carga de probar cuatro hechos:

[a] que el accidente (*the accident*) sucedió en realidad;

[b] que el factor causante del daño estaba bajo el control exclusivo del demandado (*Via an instrumentality in the defendant's "exclusive control"*)

[c] que ese accidente es algo que normalmente no suele ocurrir sin que intervenga una negligencia por parte de alguien (*the accident is something that does not usually happen without negligence by someone*); y

[d] que la víctima no haya incurrido también en culpa por su parte (*he himself was not at fault*).

La Corte Suprema de California extendió el principio a la causación de un daño corporal durante una apendectomía, al resolver la causa *Ybarra v. Spangard* (1944). La dificultad del caso provenía de la intervención de numerosas personas, bajo régimen de división (horizontal y vertical) del trabajo, y de la falta de información de los riesgos de la operación al paciente.

Cuando la causación injustificada del daño, dolosa o imprudente, es constitutiva de infracción penal, la responsabilidad civil derivada «... se regirá por las disposiciones del Código Penal ...» (artículo 1349 del Código Civil).

Hasta aquí, el análisis del caso se ha realizado con arreglo a pautas objetivas.

Y a partir de aquí empieza a tenerse en cuenta la disposición subjetiva del autor.

[d] Para que se pueda exigir responsabilidad penal por la realización de una conducta típica y no justificada, es menester que su autor sea imputable o, si se prefiere, capaz de culpabilidad.

En realidad, es imputable el acto y su resultado, porque pueden *ponerse a cuenta* de una persona determinada; pero, traslaticiamente, se califica como imputable esa persona, cuando en ella puede reconocerse a *otro-igual-que-yo*. Como se acepta -de mejor o peor grado- que un ser humano, no sujeto a presiones externas (violencia física, amenaza) y que no se encuentre en una situación patológica que le impida percibir correctamente la realidad, elaborarla, comprender el alcance de un acto futuro o controlar su conducta, puede ajustarla a las normas que rigen la convivencia social, este fondo psicofísico es condición de la posibilidad de la exigibilidad de un comportamiento adecuado a ellas; que en eso consiste -de conformidad con la perspectiva *normativa*, que suscita un alto grado de consenso- el núcleo sustancial de la culpabilidad.

[e] La culpabilidad así entendida reclama un juicio valorativo casuístico, aunque además palpite en el fondo de ciertas causas de exención de la responsabilidad penal.

[f] Cuando se reúnen todos los elementos estructurales que quedan enunciados (conducta humana, tipicidad o ajuste a la descripción legal, ausencia de justificación,

capacidad de culpabilidad del autor y exigibilidad de un comportamiento distinto), si la imposición de la pena no está objetivamente condicionada ni el autor, exento de pena por alguna consideración personal, surge la responsabilidad penal.

Un ejemplo de causa personal de exclusión de la pena, pero no de la responsabilidad civil, se encuentra en el artículo 264 del Código Penal, a cuyo tenor, «... Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o danos que recíprocamente se causare:

- 1) los cónyuges, el hombre y la mujer que hacen vida marital y los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines.
- 2) el viudo o viuda, respecto a las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.
- 3) los hermanos y cuñados, si vivieren bajo el mismo techo. la exención de este artículo no es aplicable a los extraños que participen del delito. ...».

No es responsable penalmente de un hecho típico y antijurídico quien no es imputable, esto es, capaz de culpabilidad; pero ello no significa que no responda civilmente del daño causado injustificadamente.

Se ocupa de estos casos el **artículo 106 del Código Penal**.

La exención de responsabilidad penal declarada en los numerales 2 y 3 [actualmente, sólo el 2, suprimido el 3 por el Decreto 191-96, de 31 de octubre de 1996] del artículo 23 [Quien en el momento de la acción u omisión padezca de psicosis, de retardo mental severo o de psicosis transitoria y carezca, por ello, de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente dolosa o culposamente],

en el numeral 2 [léase 4] del artículo 24 [estado de necesidad] y en el numeral 1 del artículo 25 [quien obra impulsado por fuerza física irresistible o miedo insuperable], no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

- 1) **en los casos de inimputabilidad** mencionados en el párrafo precedente,
 - 1.1. **son responsables con sus bienes los enfermos y deficientes mentales ...** por los danos que causaren.
 - 1.2. **si fueren insolventes, responderán subsidiariamente quienes lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no ser que demuestren su inculpabilidad,** esto es, que tomaron toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, como

se lee en el último párrafo del artículo 2237 del Código Civil. **Se trata de un caso de la llamada culpa *in vigilando*.**

En ambas situaciones habrá lugar al beneficio de competencia.

2) en el caso de estado de necesidad [numeral 2 -más correctamente, 4- del artículo 24], **son responsables las personas en cuyo favor se haya precavido el mal en proporción al beneficio que hubieren reportado.** Los tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional por la cual cada interesado deba responder.

El estado de necesidad, en nuestro Código Penal, es calificado como causa de justificación, puesto que exige que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar. Se justifica el sacrificio del bien menos importante para salvar el más importante.

A cambio, el beneficiado ha de compensar económicamente al titular del bien sacrificado.

En principio, este último debiera ser totalmente indemnizado por el perjuicio sufrido. El titular del bien salvado siempre se habrá beneficiado en la medida en que el valor de ese bien supera al del sacrificado. La previsión de que el tribunal señale, a su prudente arbitrio, la cuota proporcional por la cual cada interesado debe responder sugiere, sin embargo, lo contrario.

La remisión al arbitrio judicial es fuente de inseguridad jurídica. En todo caso, nunca podría irse más allá de la derrama del daño causado entre los titulares de los dos bienes en proporción al valor de cada uno de ellos.

3) en el caso de concurrir una causa de inculpabilidad por fuerza irresistible o miedo insuperable [del número 1 del artículo 25] **responderán [íntegramente] los que hubieren causado el miedo o ejercido la fuerza.**

2. La valoración del daño y la reparación.

El artículo 107 del Código Penal enuncia los diferentes capítulos que integran la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil comprende

1) la restitución.

2) la reparación de los daños materiales y morales.

3) la indemnización de perjuicios.

Artículo 107 del Código Penal.

Obviamente, no se quiere significar que en todo caso comprenda estos tres epígrafes. La responsabilidad civil se concretará en función del tipo de daño causado.

A tenor del **artículo 108 del Código Penal**,

La restitución deberá hacerse **de la misma cosa, siempre que fuere posible, con abono de deterioro o menoscabo** a juicio del tribunal y **aunque la cosa se hallare en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente**, salvo su derecho a repetir contra quien corresponda.

Esto ultimo no es aplicable al tercero que hubiere adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.

La restitución significa la reintegración de una cosa al patrimonio del que había sido ilícitamente sustraída.

No cabe restitución sino de la misma cosa de la que fue ilegítimamente desposeído su titular.

La cosa ha de devolverse en el mismo estado en que se encontraba cuando fue sustraída.

Si la cosa ha sufrido algún deterioro o menoscabo, la responsabilidad civil se extenderá al abono de su importe; pero este pago ya no corresponde a la restitución sino a la *reparación*.

Este deber complementario de reparación no es más que una aplicación de lo dispuesto por **el artículo 1351 del Código Civil**:

«... La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado.».

No se comprende que se deje la cuantificación de esta reparación a juicio del tribunal. Debe ser equivalente al deterioro o menoscabo sufrido.

RESTITUCIÓN SIMPLE	devolución de la cosa a su legítimo poseedor, privado ilícitamente de ella.

REINTEGRACIÓN = RESTITUCIÓN + REPARACIÓN	devolución de la cosa a su legítimo poseedor
	más el costo de su reposición al estado en que se hallaba cuando se produjo la desposesión = abono del importe del arreglo de deterioros y menoscabos (« <i>restitutio in integrum</i> »)

El titular legítimo de la cosa tiene derecho a reivindicarla no sólo de quien la sustrajo sino de cualquier otra persona en cuyo poder se encuentre. Este tercero tendrá, a su vez, derecho a reclamar el reembolso de lo que haya pagado por ella al autor de la sustracción.

El artículo 869 del Código Civil fija los casos de irreivindicabilidad de las cosas sustraídas u objeto de apoderamiento ilícito.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida o substraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin rembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del gobierno, obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En realidad, son, éstos, casos no tanto de irreivindicabilidad como de reivindicabilidad condicionada: al pago del precio pagado por ella por el poseedor actual o la cantidad del empeño y los intereses vencidos al establecimiento prestamista.

En cuanto a las adquiridas en bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio.

Su **artículo 771** establece: El que de buena fe comprare, en un establecimiento abierto al público, cosas que pertenezcan a su giro normal, no podrá ser privado de ellas, aunque el vendedor no fuese su dueño y hubiera procedido dolosamente al venderlas.

Con arreglo a su **artículo 633**, los títulos valores que se hayan extraviado; así como aquellos cuya posesión se haya perdido por hurto o robo, podrán ser reivindicados de

las personas que los hubieren hallado o substraído, y de las que los adquirieron conociendo, o debiendo conocer, el vicio de la posesión de quien se los transmitió. En otro caso, serán irreivindicables.

Parece que éstos sí son casos de auténtica irreivindicabilidad incondicionada.

En caso de pérdida o destrucción de la cosa, el responsable de su restitución estará obligado a abonar su equivalente económico y, además, en su caso, a indemnizar los perjuicios que puedan derivarse de dicha pérdida.

Se da a este caso el mismo tratamiento que el de la pérdida de la cosa debida por culpa del deudor o cuando éste se ha constituido en mora. Así se desprende de una interpretación simétrica («*a contrario*») de lo establecido por el artículo 1460 del Código Civil.

[No quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere *por culpa del deudor o cuando éste se haya constituido en mora.*]

Adviértase que el incumplimiento de una obligación de dar una cosa determinada se convierte en

[1] una responsabilidad por el pago de la cantidad necesaria para adquirirla (a costa del deudor) y, no siendo posible, de su equivalente económico, esto es, de su precio; y,

[2] si la demora en la entrega hubiera producido perjuicios al acreedor, éste tendrá derecho además a su indemnización, como se desprende de una lectura de los artículos 1351 y 1360 del Código Civil.

Artículo 109 del Código Penal.

La reparación del daño material se hará mediante una indemnización pecuniaria que se fijara valorando la entidad de todos los daños patrimoniales causados con la acción u omisión punible, atendiendo el precio de la cosa, y siempre que fuere posible, el valor de afección que haya tenido para el agraviado; y solo se exigirá cuando no haya lugar a la restitución.

Procede la reparación cuando la cosa sobre la que recae la acción típica ha sufrido un daño o un deterioro que ha de ser arreglado.

La reparación supone la realización de un trabajo para devolver, dentro de lo posible, la cosa dañada al estado en que se encontraba antes de resultar dañada por la conducta constitutiva de la infracción penal.

Ese trabajo puede realizarlo la misma persona obligada a la reparación u otra a costa de ella.

Si el obligado se niega a cumplir su obligación, será aplicable lo dispuesto por **el artículo 1357.2 del Código Civil**, y el propietario podrá pedir autorización para hacerla reparar por un tercero a expensas del deudor.

El artículo 109 del Código Penal incurre en varias confusiones conceptuales.

[a] La reparación del daño material no es sinónima de la indemnización de perjuicios.

Se trata de realizar una prestación normalmente positiva para devolver la cosa a su primitivo estado.

Recae, por ello, sobre la cosa dañada. Los perjuicios son efectos externos a ella, aunque relacionados con su destrucción o deterioro.

La reparación es compatible con la indemnización de perjuicios porque responden a epígrafes resarcitorios diferentes.

Los destrozos producidos en el equipo que precisa un famoso cantante para poder dar el concierto contratado para ese mismo día obligará no sólo a abonar el importe de la reparación o reposición de ese material sino también la ganancia dejada de obtener como consecuencia de la inevitable suspensión del concierto.

[b] La reparación solo se exigirá cuando no haya lugar a la restitución.

Basta leer el artículo 108 para comprender que hay casos de acumulación de la restitución y la reparación.

[c] De acuerdo con el artículo 109, la reparación se hará mediante una indemnización [mejor: el abono de una suma] pecuniaria que se fijara valorando la entidad de todos los daños patrimoniales causados con la acción u omisión punible, atendiendo el precio de la cosa, y siempre que fuere posible, el valor de afección que haya tenido para el agraviado.

El importe de la reparación deberá coincidir con el de los trabajos necesarios para devolver la cosa dañada a su primitivo estado.

Resulta especialmente difícil dar solución al caso en que el importe de la reparación de una cosa dañada resulta superior a su valor venal final, esto es, al que tiene en el mercado de objetos ya usados.

El problema se plantea muy frecuentemente a propósito de daños en

vehículos de motor, pero el planteamiento es extrapolable a otros bienes de muy distinta naturaleza.

En el habla forense especializada en materia de responsabilidad civil extracontractual, y muy especialmente en el ramo de riesgos derivados de la conducción de vehículos a motor, se conoce por «*siniestro total*», aquella situación en que, producido un evento dañoso (siniestro), el valor de reparación es superior al «*valor venal*» (valor en venta), incrementado en el valor de «*restos*» (valor residual de piezas).

En la práctica las entidades aseguradoras consideran que existe pérdida (o siniestro) total, cuando el importe ajustado (tasado pericialmente) de la reparación del vehículo siniestrado exceda de un porcentaje (que oscila, según la política comercial de las diferentes compañías, entre un 65% y un 80%) de su valor venal, en cuyo caso liquidan el siniestro deduciendo del venal el valor de los restos.

Es, sin embargo, muy frecuente que, inmediatamente antes del siniestro, el vehículo cuya reparación se considera objetivamente antieconómica porque su importe rebasaría el de su valor venal, estuviera todavía en condiciones de prestar un servicio satisfactorio durante un tiempo más o menos largo.

Muchos titulares de vehículos de motor, especialmente si su capacidad económica no es excesiva, agotan sus posibilidades de utilización hasta el máximo que supone el momento en que la cadencia de averías y su coste de reparación obligan a tenerlo por definitivamente amortizado, revendiéndolo o acogiendo a algún plan oficial de renovación del parque automovilístico, aplicando la cantidad obtenida a la financiación de otro de sustitución.

Durante todo este tiempo el valor en uso (que no de afección) de ese vehículo es superior a su valor en cambio en el mercado.

Conviene hacer una importante precisión. Normalmente los peritos tasadores, a la hora de determinar el valor venal, acuden a una lista en la que se fijan los precios atendiendo a estudios estadísticos.

Pero ese importe se fija partiendo de la venta del vehículo siniestrado por el perjudicado al intermediario del mercado de ocasión. Si se tasara el precio que ese perjudicado habría de pagar por otro vehículo equivalente en ese mismo mercado, habría que tener en cuenta que, al valor venal habría que sumar los costes que conlleva la actuación de un intermediario de la compraventa: el coste de la revisión del vehículo ("*lavar la cara*", ... revisión de 100 puntos), el coste que supone el ofrecer una garantía y el lógico beneficio que quien se dedica a la compra-venta ha de obtener.

Y esto nos pone sobre la pista de algo en lo que se ha incidido continuamente pero que

no suele tener adecuado reflejo en los informes periciales. **Hay que distinguir entre el que puede ser el valor objetivo en uso del vehículo, su valor en venta como ya usado y el coste de adquisición en el mercado de un vehículo análogo, sobre el que indudablemente habrán de recaer todos aquéllos costes adicionales.**

Todos estos factores habrán de tenerse en cuenta, porque, si al perjudicado se le niega el derecho a reparar al ser muy superior el importe de la reparación al valor del vehículo, al perjudicado, para alcanzar esa indemnidad en su patrimonio, a la que tiene derecho legalmente, se le está mandando al mercado para adquirir uno análogo al siniestrado. Por tanto la referencia habrá de ser ésta.

Mandar al perjudicado al mercado de ocasión para adquirir un vehículo análogo al siniestrado entraña, como enseña la experiencia, arrostrar el riesgo de que ese vehículo adolezca de vicios o defectos ocultos, que sólo aparezcan después de la reposición, y que demuestren que su valor en uso era inferior al sustituido, colocando al comprador en la incómoda situación de asumir los inconvenientes del estado real del comprado o de revenderlo y adquirir un tercero, nuevo o usado.

Desde otro punto de vista, en condiciones normales, el propietario puede prever con tiempo la reventa o entrega para desguace y calcular la financiación del que haya de sustituirlo en los términos más convenientes; evitando, por lo demás, que sea mínimo el tiempo que la reposición le obligue a no disponer de un medio de transporte.

Nada de esto es posible cuando se produce un siniestro total. El propietario del vehículo siniestrado se encuentra súbitamente privado de él y ante el dilema de una reparación rápida pero antieconómica (con grandes posibilidades de no conseguir su íntegro reembolso) o de un adelantamiento de su sustitución, sea por uno nuevo o sea por otro adquirido en el mercado de ocasión. De optar por este segundo término de la alternativa, el perjudicado se encontrará con la necesidad de anticipar la amortización del vehículo siniestrado, con las incomodidades derivadas de una apresurada sustitución y con un tiempo durante el cual carecerá de medio propio de transporte.

En los «*Principles of European Tort Law*», elaborados por el «*European Group on Tort Law*» se incluyen dos pautas de gran interés:

[a] Se tendrá en cuenta el valor de la cosa perdida o destruida o el de su menoscabo, independientemente de que el dueño esté dispuesto, o no, a repararla. Pero a continuación se añade -en sintonía con un criterio muy seguido en la práctica judicial- si la víctima ya ha reemplazado o reparado el objeto dañado (o está dispuesta a ello), habrá que reembolsarle la mayor cantidad pagada por ello si (y aquí empieza el problema) se considera razonable («*if it is reasonable to do so*»).

[b] Son indemnizables los daños derivados de la privación del uso de la cosa, incluyendo el lucro cesante causado por ella.

Los criterios seguidos por los especialistas y en la práctica forense para resolver los problemas planteados por los casos de «siniestro total» son muy dispares.

[a] El importe de la reparación en ningún caso puede exceder del valor venal del vehículo inmediatamente antes de ocurrir el siniestro.

Se recuerda, a este propósito, que **la reparación es prevalente**. Este solo principio no basta, porque no proporciona pautas para resolver el conflicto que surge cuando la cuantía de la reparación es superior a la del valor venal del vehículo al tiempo de producirse el siniestro.

De una forma muy simplista, cabe sostener que **no procede la reparación si su importe es muy superior al valor venal**. No aclara, sin embargo, cuándo ha de tenerse por desproporcionadamente superior, lo que introduce un indeseable margen de inseguridad jurídica.

De otro modo, se argumenta, se produciría un enriquecimiento injusto, cuya proscripción puede inferirse de los principios que regulan el pago de lo indebido, contenidos en los artículos 2206 y siguientes del Código Civil.

[b] Según otra opinión, procede ante todo la reparación, aunque sea superior al valor venal, porque sólo así se consigue reintegrar a la víctima en el valor en uso del vehículo siniestrado.

La forma de hacer frente a la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, no puede quedar al arbitrio del agente productor del daño, de cuyo resarcimiento se trate, ni al de las personas responsables solidaria o subsidiariamente, ni, en su caso, al de las Compañías aseguradoras de estas últimas, de forma tal que gocen de la facultad de elegir libremente entre reponer la cosa damnificada al estado que tenía con anterioridad al momento en que se le ocasionaron sus desperfectos, o sustituirla por otra distinta y de condiciones análogas a las que sea objeto del debate, que se pueda adquirir de segunda mano en el mercado:

a) porque, si bien es cierto que **los verbos reparar**, a que se alude entre otros muchos en los artículos 107, 109 y 110 del Código Penal y 2236 del Civil, **e indemnizar**, empleado en el artículo 111 del primero y 1360 y siguientes del segundo, **responden a la misma finalidad de restablecer la situación económico y patrimonial del perjudicado**, el segundo de ellos constituye una forma de resarcimiento del daño de mayor amplitud y generalidad que el primero, cuyo significado vulgar se limita a *componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa*. Como éste es el utilizado por los artículos 2236, 107, 109 y 110, debiera gozar de preferencia en su aplicación respecto de los genéricos; y

b) porque, **aun cuando la cuantía de la reparación del vehículo siniestrado pudiera ser superior al valor en venta que éste alcanzase en el momento de sobrevenir el**

accidente, ello no podría obligar al perjudicado a admitir que se le sustituya por otro de idénticas o similares características y estado de conservación del que tenía, en lugar de procederse a su restauración,

no sólo por la dificultad de encontrar en el mercado otro vehículo de ocasión de semejantes condiciones, por un precio justo y equitativo, y con la urgencia requerida para que no se resienta o entorpezca el desenvolvimiento de la industria a que aquél se dedicaba,

sino también por los vicios o defectos ocultos que pudiera tener el adquirido y la falta de seguridad en cuanto a su ulterior funcionamiento, aparte de

la imposibilidad de calcular de antemano si el importe del arreglo superaría o no al de aquella adquisición, sobre todo cuando como ocurre en este caso, ambos valores se aproximan sensiblemente, como se da por acreditado en el quinto considerando de la sentencia de primer grado.

Se pone de manifiesto que, si antes del accidente el vehículo era utilizado sin impedimento alguno por su dueño y así hubiera seguido la situación de no surgir el siniestro de autos, es coherente conceder al perjudicado la cuantía a que asciende la reparación, única manera de que con esa suma pueda reintegrar el automóvil a la situación en que se hallaba en el momento anterior al accidente o, en su caso, opte en condiciones reales y actuales de mercado por otro vehículo usado de similares características o, incluso, nuevo con el suplemento de su peculio personal.

Para ello se alega una razón de peso: la diferencia entre «valor del uso» del vehículo y su «valor en cambio», en el mercado de usados.

El valor de uso no sólo es conceptualmente distinto del valor de cambio, sino que cuantitativamente no es necesariamente equivalente, dado que la hipótesis misma del aprovechamiento del objeto para su uso por el propietario, que opta así por ese posible empleo o servicio evidencia la mayor satisfacción de necesidades y por tanto la mayor utilidad que éste uso reporta al propietario frente al que podría obtener por su venta.

El valor en uso tiene en cuenta que el vehículo dañado prestaba servicio a su titular y era perfectamente conocido por él. Su sustitución por otro nuevo o usado supone afrontar un notorio gasto en el primer caso y buscar otro equivalente, que no se conoce, con la consiguiente desconfianza, en el segundo.

El valor de mercado o valor de cambio, es decir el valor venal del vehículo representará el límite indemnizatorio cuando su propietario lo dedique al tráfico de compraventa, y sea así un objeto destinado a la obtención de un precio que habrá que considerar en términos de precio medio o usual en el mercado, pero no en los restantes casos, ya que el perjuicio que el propietario sufre por los daños está constituido no por el precio que

deja de obtener sino por la reparación que sea necesaria para restituir el objeto dañado al estado material que antes tenía para el uso que se le daba.

Se hace notar, sin embargo, que, si a un vehículo que lleva muchos años circulando, con el consiguiente deterioro de los elementos que lo integran que ello supone, se le sustituyen gran número de piezas por otras nuevas, no puede decirse que tras la reparación tenga el mismo valor patrimonial que antes del accidente, pues obviamente es superior, por lo que el patrimonio del perjudicado no se vería reintegrado sino aumentado. Ello supondría además un excesivo sacrificio para el deudor de la indemnización en relación con el daño realmente causado.

[c] El abono íntegro de la reparación en caso de haberse procedido a ella.

Cuando el vehículo se ha reparado, en principio, puede ser razonable condenar al responsable a abonar el importe de la reparación incluso si supera el valor venal, porque, en principio, hay que procurar restituir la cosa al estado inmediatamente anterior al de ser dañada, siendo la reparación del daño causado arreglando o reparando o indemnizando el valor del vehículo hasta dejarlo en el mismo estado de perfección de servicios en que se encontraba antes de producirse el siniestro.

Esta solución, sin embargo, será difícilmente admisible cuando la diferencia entre el valor venal y el costo de la reparación sea tan desproporcionada que la actitud de la víctima haya de considerarse como un ejercicio abusivo o antisocial del derecho.

Sin embargo, **esta solución encuentra una excepción en el caso de que la reparación supere incluso el precio de un vehículo nuevo,** porque el enriquecimiento injusto del titular del vehículo siniestrado sería manifiesto.

[d] Las soluciones intermedias.

[d.1] Incremento del valor venal en un porcentaje compensatorio de la privación del valor en uso y otros perjuicios.

[d.1.1] Criterio general.

Es muy interesante una argumentación de gran interés, a base de diferenciar entre «reparación» y «reconstrucción» (coste equivalente al de adquisición de un vehículo nuevo) del vehículo.

En principio el criterio parte del ideal perseguido por el principio inspirador del artículo 2236 del Código Civil, de la prevalencia de la *restitutio in integrum*, de la devolución de la cosa al estado en que se encontraba o de recomponer el patrimonio de su titular incrementándolo en una suma equivalente a la pérdida sufrida.

Cuando es notoria la desproporción entre el valor de reparación y el de reposición de la

cosa atendido su valor en venta, siempre que la reparación sea posible, es decir, no se trate de un supuesto de siniestro total y además que el perjudicado manifieste su voluntad de repararla, cabe admitir la excepción a dicha regla general debiendo entenderse que la mencionada desproporción no se refiere tanto a la alternativa valor venal o de mercado, importe de la reparación, sino a este último en sí mismo considerado, teniendo en cuenta las circunstancias y la realidad social. Se trata de que la reparación sea adecuada y útil para el servicio prestado por la cosa desde el punto de vista del interés del perjudicado. Ahora bien, nos estamos moviendo dentro del campo de lo que constituye la reparación en sentido propio, pero **cosa distinta [de la reparación] es cuando no se trata ya de reparar sino de reconstruir la suma de elementos nuevos o de relevante entidad como para entender que se trata de algo cualitativamente distinto. ...».**

[d.1.2] El tope de la reparación equitativa.

En la práctica, ese porcentaje oscila entre un diez por ciento y un cincuenta por ciento.

Este porcentaje se justifica con base en el resarcimiento por el precio del valor en uso o utilidad que efectivamente le produciría el coche a su conductor habitual (denominado a veces, impropriamente, valor de afección) y respondiendo con ello, en la medida de lo posible, a una restitución de la situación inmediatamente anterior a la producción del accidente.

Se tienen en cuenta asimismo los gastos adicionales de reposición, como los diferentes de naturaleza fiscal, gastos de transporte y gestiones de puesta a nombre del adquirente, y otros similares.

El problema es cuál será la cantidad sobre la que ha de aplicarse el índice corrector.

Si se tiene en cuenta como base, para fijar el incremento, el valor venal, su exigüidad reduciría sensiblemente la finalidad de ajuste equitativo perseguida por este sistema.

Parece, por ello, más razonable tomar como punto de referencia el valor de un vehículo nuevo equivalente al siniestrado.

[d.2] Reducción del importe de la reparación superior al valor venal para evitar el enriquecimiento injusto del propietario del vehículo.

[e] La adquisición de otro vehículo como reparación por equivalencia o «*in natura*».

Cuando el perjudicado se ha adelantado a comprar un vehículo de recambio, si se trata de uno de segunda mano y condiciones equivalentes al siniestrado, está muy extendida la opinión que sostiene razonablemente que procede el abono de

su importe por constituir una reparación por equivalencia.

[f] Resumen conclusivo.

En definitiva, pues, puede concluirse que existe conformidad en que **el modelo de resarcimiento justo de los daños causados en un vehículo de motor implica:**

[1] su restitución a su estado inmediatamente anterior a la producción del siniestro (sintetizada en la fórmula latina «*restitutio in integrum*»); y

[2] la indemnización de los perjuicios derivados de la privación de la posibilidad de su utilización.

[f.1] La restitución del vehículo a su estado inmediatamente anterior a la producción del siniestro.

[f.1.1] La reparación de los daños.

La restitución del objeto dañado a su estado inmediatamente anterior al siniestro se consigue mediante **la reparación de los desperfectos, deterioros o menoscabos.**

El propietario (o poseedor en concepto distinto del dominical) de la cosa dañada tiene, pues, derecho a su reparación; esto es, a que se practiquen en ella, a costa del responsable civil, todas las operaciones necesarias para devolverla al estado inmediato anterior a la producción del hecho dañoso.

El mecanismo reparador supone siempre, en mayor o menor medida, un trabajo personal (en su caso, con la ayuda de los instrumentos o maquinaria precisos); y, ocasionalmente, el empleo de elementos sustitutivos de otros destruidos o inutilizados. Así ocurre muy a menudo cuando el siniestro ha causado desperfectos en un vehículo automóvil.

Quedan, por tanto, enunciadas, **las dos partidas tópicas en que se desglosa la reparación:**

[f.1.1.a] la reposición de piezas y

[f.1.1.b] la mano de obra.

Su cuantificación se hará de acuerdo con los precios medios del mercado del ramo automovilístico.

[f.1.2] Los límites del derecho a la reparación.

Como todo derecho, el de reparación está limitado por las exigencias de la buena fe y las que impone la pauta de su ejercicio normal.

[f.1.2.a] La proscripción de su ejercicio abusivo o antisocial.

De **dos preceptos constitucionales** puede inferirse este principio general:

El **artículo 62** dispone: «... Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. ...»

Y el **artículo 70** establece: «... Todos los hondureños tienen derecho a hacer lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente prescrito ni impedido de ejecutar lo que la Ley no prohíbe. ...».

[f.1.2.b] El principio de buena fe.

A tenor del **artículo 1546 del Código Civil**

«... Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. ...».

Aunque incorporado a las normas de las relaciones obligacionales contractuales, se considera aplicable a la responsabilidad extracontractual el principio de la buena fe como rector del alcance y contenido de aquéllas.

El **artículo 12.2 CPP** recoge ambos principios, aplicándolos al proceso penal: «... Los Órganos Jurisdiccionales rechazarán fundadamente las pretensiones, incidentes, incidentes y excepciones que se formulen contradiciendo las reglas de la buena fe o con manifiesto abuso de derecho o en fraude de ley sustantiva o procesal. ...».

Partiendo de este sustrato normativo (constitucional y legal ordinario) puede construirse un principio general extensivo no sólo al derecho a la tutela judicial efectiva formal (acceso a los tribunales) sino material (contenido de las pretensiones formuladas).

[f.1.2.c] La proscripción del enriquecimiento injustificado.

Poca duda cabe de que sería contrario a aquella pauta de normalidad el ejercicio de un derecho en forma tal que, con su ocasión, el titular resultase injustificadamente enriquecido a costa de un correlativo empobrecimiento, no menos injustificado, del deudor.

La proscripción del enriquecimiento injusto constituye un principio general de Derecho, ya reconocido en el de Roma (Digesto, 50, 17, *de diversis regulis iuris*, 206: «*iure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*»).

Por ello, no es de extrañar que se haya invocado a propósito del tratamiento jurídico del caso en que el importe de la reparación de los daños sufridos por un vehículo excedan del valor venal de éste.

[f.1.3] El siniestro total como caso *problemático*.

Desde un punto de vista objetivo pudiera considerarse tal aquél en que la cosa dañada sufrió desperfectos cuya coste de reparación sumado a otros adicionales de transacción y al beneficio normal en el tráfico de vehículos usados arrojaría un total para el que prácticamente no existiría demanda en el mercado de ocasión ni consecuentemente demanda de adquisición para reventa por intermediario alguno.

La fijación del precio máximo de introducción de un vehículo usado en el mercado de ocasión está condicionada por las decisiones microeconómicas.

El consumidor (el comprador) que acude a él pondera, desde luego, la proporción entre el sacrificio que representa su inversión y la utilidad que la proporciona la adquisición del bien; pero también la que media entre esa relación y la de utilidad y sacrificio en caso de adquisición de un vehículo nuevo.

Cuando ese consumidor (el comprador) se plantea la opción entre un vehículo nuevo y otro usado, entran en juego factores adicionales. Importan los costos de transacción y la aleatoriedad del resultado del producto adquirido «de segunda mano». Por eso, no siempre el precio en el mercado del vehículo usado, o de ocasión, equivale a la utilidad que supone su disfrute, sino que se encuentra disminuido en la proporción que representan aquellas fuentes de reducción.

Cuestión distinta es sobre qué valor se ha de aplicar ese porcentaje.

Como enseña la experiencia común, **el valor venal desciende bruscamente muy poco después de su adquisición como nuevo, de manera que se produce una considerable desviación entre su valor en uso y su precio en el mercado de ocasión**. Incluso en libros de vulgarización económica se enfatiza las ventajas de ser segundo comprador, siempre que se adopten unas precauciones mínimas y se tenga un poco de «*risk preferer*», una mínima capacidad de asumir riesgos

Por eso, **al utilizar una base de cálculo infravalorada, el índice corrector aplicado sobre ella puede dar como resultado un máximo de reparación deficitario, en perjuicio de la víctima**. En consecuencia, cuando se le impone la sustitución del vehículo siniestrado por otro, la cantidad total que recibe equivalente económico no cubre en modo alguno el importe total de los perjuicios personales y económicos inherentes a la súbita privación de su vehículo.

Para fijar la frontera tras la que empieza la *sobrerreparación* habrá que contar con una serie de **factores**.

La clase de vehículo, marca y modelo.

El estado de funcionamiento del vehículo siniestrado.

Para ello habrá que tener en cuenta

[1] la fecha de matriculación,

[2] el tiempo de uso y

[3] su intensidad pasada y presente, lo que supone determinar

[3.1] su kilometraje y

[3.2] el uso a que se destina, así como

[4] la posible precedencia de otro u otros siniestros y su gravedad y, de ser posible,

[5] la frecuencia e importancia de averías, todo lo cual permite pronosticar el tiempo de vida útil en la fecha del siniestro.

Precio de nuevo y precio de un vehículo equivalente en el mercado de ocasión; y, en este último caso, facilidad de encontrarlo, ya que ello repercute en el cálculo de los costes de transacción.

Capacidad económica del titular del vehículo; y **facilidades de financiación de un vehículo de sustitución.**

En caso de hallarse pendiente el pago de parte del precio, importe del saldo deudor y fecha del último vencimiento. Este dato puede, no obstante, incluirse entre los perjuicios económicos consiguientes a la destrucción funcional del vehículo.

Si se quiere alcanzar una solución equitativa, **el 50 % empleado para establecer el tope de la reparación ha de calcularse sobre el precio de adquisición de un vehículo nuevo equivalente al siniestrado.**

El juzgador, en cualquier caso, habrá de tener en cuenta las **repercusiones macroeconómicas** de su decisión, ya que se ha consolidado una política de incentivos a la renovación continuada del parque automovilístico, para **evitar que circulen vehículos cuyo estado de funcionamiento (por su antigüedad, por su uso intensivo o por haber sufrido ya daños en algún siniestro) constituye un riesgo para los usuarios de las vías públicas.**

Esta consideración de utilidad colectiva ha de pesar en caso de insistencia del propietario del vehículo en la reparación, cuando ésta suponga la reincorporación al

tráfico de una máquina de dudosa seguridad.

[f.2] La indemnización de perjuicios materiales y morales.

[f.2.1] El propietario del vehículo siniestrado tiene derecho a **la indemnización correspondiente a la paralización del vehículo hasta que disponga de otro equivalente.**

Como el perjudicado no tiene por qué ser obligado a soportar las demoras e incomodidades de un transporte público para abaratar el importe de la indemnización, nada impedirá que utilice el servicio de taxi para los desplazamientos que se pruebe venía realizando habitualmente en el vehículo siniestrado, por motivos profesionales o personales. El número de kilómetros viajados desde la adquisición por el titular al tiempo del siniestro dividido por el tiempo transcurrido entre las fechas respectivas, puede proporcionar un interesante indicio objetivo para fijar -siquiera aproximativamente- este extremo.

En caso de prolongación de la privación del vehículo, la indemnización podría muy bien consistir en el importe de su alquiler sin conductor.

El abono de estos perjuicios no queda absorbido por el pago de los intereses moratorios que corresponden a los *frutos del dinero* debido y no pagado en que se cuantifica la reparación.

[f.2.2] Gastos de almacenaje y custodia del vehículo siniestrado en espera de su reparación o sustitución.

Cabe dentro del contenido de la indemnización de efectos colaterales de la demora en el pago de la indemnización.

En caso de gran retraso, el acreedor resarcitorio podría verse autorizado a gestionar la adquisición de un vehículo nuevo, repitiendo luego contra el responsable el abono calculado de la reparación equitativa más la indemnización de los perjuicios sufridos, entre ellos el pago de estos gastos de almacenaje.

La compensación del valor de afección no constituye parte del contenido de la reparación sino una modalidad de indemnización de perjuicios morales.

El valor de afección es la estima en que tiene una persona a una cosa determinada por lo que representa sentimentalmente para ella; «... el valor sentimental del objeto para el agraviado ...», en palabras de Córdoba Roda.

Nada tiene que ver con su precio en el mercado de bienes. Recuerdos familiares de

mínimo valor económico pueden tener un extraordinario valor afectivo para quien los conserva.

En el Derecho Romano tardío, para el caso de incumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida, en un fragmento del Digesto (19.1.1.pr.), atribuido a Ulpiano, se lee: «... *Si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur: hoc est quod rem habere interest emtoris. Hoc autem interdum pretium aggreditur* [posiblemente: *aggreditur*], *si pluris interest quam res valet, vel empti est...* » [«... Si no se entregase la cosa vendida, se ejercita acción *por lo que importa*, esto es, por lo que le importa al comprador tener la cosa; mas ésta excede a veces del precio, si importa más de lo que vale la cosa, o que aquello en que la cosa fue comprada ...»]. El contenido del «*id quod interest*» comprendía ciertamente el equivalente pecuniario de la cosa, pero permitía reclamar algo más, los daños y perjuicios. Hoy, entre ellos, aplicado por analogía el criterio que inspira la solución romana, nada impediría incluir el *valor de afección*.

Este concepto sirve de punto de conexión con lo dispuesto por el artículo 110 del Código Penal.

Artículo 110 del Código Penal.

La reparación del daño moral, en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad, o en otros casos de danos a intereses de orden moral, consistirá en una indemnización pecuniaria que el juez determinara prudencialmente según las circunstancias de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido.

El concepto de *daño moral* dista mucho de encontrarse bien definido en la bibliografía especializada.

El calificativo *moral* se utiliza en el lenguaje jurídico en diversas acepciones:

[a] moral como relativo a la Ética, en cuanto conjunto de reglas de conducta;

[b] moral como sintónimo de psíquico y antónimo de corporal;

[c] moral como antónimo de patrimonial: denota imposibilidad de evaluación económica.

En el contexto del Código Civil, se utiliza como sinónimo de ajustado a las normas de la ética social.

Así se comprueba en su artículo 223 («Podrá el Juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. ...») y en la regla I del capítulo XIV del Título XVIII del Libro I del

mismo Código se lee el siguiente epígrafe: «Reglas relativas a defectos físicos y morales» para la tutela y la curaduría; así como en el artículo 1564 («... Si el objeto del contrato es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público. ...»).

En Derecho de Daños, sin embargo, se utiliza la tercera de las acepciones antes enunciadas.

Así, está muy generalizada la opinión que lo equipara a la **lesión de determinados bienes o derechos tan inherentes a la idea de persona que quedan fuera de contratación en el mercado («extra commercium»), así que no tienen precio porque no son susceptibles de negociación.**

De acuerdo con el artículo 1562 del Código Civil, «... Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. ...».

Por eso, su artículo 1567 establece: «... Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1- De las cosas que no están en el comercio. ...».

La calificación de estos **bienes** como **extrapatrimoniales** quiere expresar esta singularidad.

Consecuentemente, **no es posible cuantificar económicamente estos bienes de una manera objetiva, porque no son negociables en el mercado.**

La extrapatrimonialidad de los bienes y derechos personalísimos -la vida, la integridad corporal, la salud (física o psíquica), las diferentes manifestaciones de la libertad, la autonomía o capacidad de autodeterminación de la persona, su intimidad, su imagen física, espiritual y social (el honor, en su doble dimensión subjetiva y objetiva) ...- **no significa que su lesión no pueda tener repercusiones patrimoniales.**

La lesión que incapacita a un deportista de élite para practicar el deporte en el que es un triunfador o le impide hacerlo con la calidad que en él era habitual, implica una pérdida de contratos que supondrá inevitablemente un descenso (tal vez muy considerable) de sus ingresos profesionales.

La deformidad secuela de una agresión puede truncar las expectativas de ganancia de una persona que se mueve en el mundo del espectáculo.

El artículo 110 refiere la reparación [así, literalmente] del daño moral a las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad [más ajustado a la mentalidad actual: a la libertad e indemnidad sexuales], o

contra otros intereses de orden moral. No limita, por tanto, los bienes personalísimos cuya lesión puede producir, por esa naturaleza, un daño moral.

Estos intereses son aquellos tan inherentes a la persona que, como ya queda explicado, se excluyen de la posibilidad de negociación en el mercado.

El llamado *daño corporal* o en las personas constituye una modalidad del daño moral en sentido amplio, ya que lesiona los derechos a la integridad corporal y a la salud, tanto física como psíquica.

La reparación del daño moral consistirá, como se lee en el artículo 110, en una indemnización pecuniaria que el juez determinara prudencialmente según las circunstancias de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido.

Como no es posible establecer un equivalente pecuniario del daño moral en sentido estricto, en lugar de *indemnización* se utiliza, como más adecuada, la palabra *compensación*.

En Derecho Romano, al no resultar posible fijar un equivalente dinerario de la persona de un hombre libre («... *in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest* ...»: D., 9.3.1.5; pero también 9.1.3; 9.3.7 y 14.2.2.2), se concluía que ese daño no tenía, en sí mismo, naturaleza pecuniaria («... *quasi non sit damnum pecuniarium* ...»: D., 9.3.5.5), y no era indemnizable.

En caso de daño corporal causado a una persona libre, inicialmente sólo se indemnizaban -para eso funcionaba la *Aquilia* como *actio utilis*- los gastos de curación y el lucro cesante (el importe «... *impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurum quis esset inutilis factus* ...»: Ulpiano, en el Digesto, 9.1.3).

En la versión original del Código Civil francés (1804) no se utiliza la expresión *daño moral* (aún hoy, solo aparece en el artículo 1404, reformado, a propósito del régimen económico del matrimonio) ni en los italiano y francés que se inspiraron en él. El Código Civil Alemán sólo admitía la indemnización de las consecuencias patrimoniales del daño moral. Por ejemplo, los herederos de la persona difunta tenían derecho al reembolso de los gastos de entierro y funeral; y las lesionadas, a que se les pagaran los gastos de atención sanitaria; pero no se resarcía la lesión misma de los bienes personalísimos, el daño moral en sentido estricto.

No debe extrañar esta actitud porque, como explica Bercovitz, la perspectiva de los Códigos civiles tradicionales era eminentemente patrimonial, incluso al regular materias como el Derecho de la Persona y el Derecho de Familia.

Hoy se extiende la idea de que el daño moral no es resarcible mediante un equivalente económico, pero cabe condenar al responsable de su causación a abonar al dañado una cantidad de dinero con la que pueda procurarse satisfacciones que, de algún modo, compensen o contribuyan a aminorar el dolor sufrido.

El problema, también aquí, es cómo fijar cuantitativamente esa compensación.

El artículo 110 fija el contenido de la reparación en una indemnización pecuniaria que el juez determinara prudencialmente.

A pesar del tenor literal del artículo 110, la reparación puede consistir, cumulativa o alternativamente, en algo diferente del pago de una cantidad de dinero.

Los ejemplos más claro se encuentras en los artículos 153 y 165 del Código Penal.

De acuerdo con **el artículo 153**, los reos de violación, estupro, ultraje al pudor y rapto (de que trata el capítulo I del Título II del Libro II del Código Penal), además de la pena correspondiente, serán también condenados, por vía de indemnización, a:

»...1) Proveer alimentos a la ofendida y los concebidos como consecuencia de la relación sexual, en su caso;

2) Reconocer a los concebidos como consecuencia de la relación sexual, salvo oposición de la madre; y

3) Indemnizar por los costos del tratamiento médico o psicológico, terapia y rehabilitación física y ocupacional por perturbación emocional, dolor, sufrimiento y cualquier otra pérdida sufrida por la víctima. ...».

En este tercer apartado se distingue muy bien la doble perspectiva reparadora de un hecho delictivo productor de un daño moral.

En él, en efecto, con arreglo a él se indemnizan las consecuencias patrimoniales de la lesión: el pago del tratamiento recuperador que pueda precisar la víctima.

El daño moral en sí mismo será compensado mediante el pago de la cantidad de dinero que se fije en sentencia.

Cuando los delitos de calumnia, injuria o difamación se cometieren empleando

cualquier medio de comunicación, **el artículo 165** del Código Penal establece que, «... [si] el ofendido lo solicita [lo que evidencia el carácter jurídicoprivado -que corresponde a la responsabilidad civil- de esta condena], los directores y en su defecto, dueños o gerentes de los medios de comunicación en que se haya hecho pública la calumnia, injuria o difamación, insertarán en ellos la retractación, explicación satisfactoria o sentencia condenatoria dentro de de los tres (3) días siguiente a la fecha de su recepción o del término que el tribunal haya señalado. ...».

El órgano sentenciador tendrá que evitar que, con ocasión de la publicación de la retractación, explicación o sentencia se renueve la del contenido denigratorio constitutivo del delito.

Una anécdota puede ilustrar esta advertencia. Durante el periodo franquista, se publicó, en un semanario español, un artículo que contenía apreciaciones despectivas de la alcaldesa de una importante ciudad. La edición fue rápidamente secuestrada y la censura se ocupó de que el contenido del artículo no fuese divulgado.

Se dictó sentencia condenatoria, que incluía su publicación en el mismo semanario. Como en los hechos probados se reproducía íntegramente el artículo considerado denigratorio, pudieron tener conocimiento de él todos aquellos que no habían podido adquirir el número original. La reparación, paradójicamente, contribuyó a aumentar exponencialmente el exiguo daño inicialmente producido.

Como no se trata de una pena sino de una modalidad de compensación del daño moral (por lo que, perteneciendo al ámbito jurídico privado, no está excluida la aplicación analógica de las normas), **la víctima podría pretender la publicación de la sentencia condenatoria (o de la parte de ésta que ella indique, siempre que, de este modo, no se tergiverse su sentido) cuando lo sea por otros delitos que entrañen la producción de un daño moral relevante. Los casos de violencia intrafamiliar o de género pudieran ser un buen ejemplo.**

El artículo 110 proporciona algunas **pautas generales para fijar la cuantía de la compensación:**

[a] las **circunstancias de la infracción,**

[b] las **condiciones de la persona ofendida y**

[c] la **naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido.**

El impacto emocional del padecimiento de una lesión o un daño está estrechamente relacionado con la gravedad de éstos.

Se acepta, además, que ese impacto emocional, cuando la lesión o el daño han sido causados intencionadamente es mayor que el inherente a un comportamiento descuidado o imprudente.

Cuando la perpetración del delito tiene connotaciones especialmente humillantes, el daño moral se acrecienta.

Obligar a la víctima de una agresión sexual a practicar una felación colocándose de rodillas respecto del delincuente; o las vejaciones verbales que pueden acompañar a una lesión por móviles racistas o xenófobos pueden servir de ejemplo de lo anterior.

Aumenta igualmente en los casos en los que el hecho se prolonga durante un tiempo considerable o se realiza de forma que se acentúa el dolor de la víctima.

Un secuestro dilatado o el traslado de la víctima de un punto a otro (provocando la comprensible ansiedad ocasionada por la incertidumbre de su futuro inmediato), o el deliberado propósito de aumentar el sufrimiento de una persona cometida a tortura ilustran cada uno de los dos casos enunciados.

La especial vulnerabilidad de la víctima (por su edad escasa o avanzada, por alguna minusvalía o trastorno físicos o psíquicos) pueden aumentar el dolor sufrido por ella.

En principio, tanto en el Derecho continental como en el anglosajón la Pretensión resarcitoria está encaminada a reparar las consecuencias perjudiciales de un comportamiento no justificado. Ha de procurarse, pues, que el daño causado y la indemnización compensatoria sean equivalentes.

Sin embargo, en Derecho angloamericano, hay ocasiones en que se extrema el rigor resarcitorio.

Ocurre así cuando el comportamiento del causante del daño es especialmente reprochable, y produce daños adicionales a la dignidad y los sentimientos del perjudicado, que también deben ser resarcidos (el Juez Nourse ensayó una enumeración en la sentencia del caso «*Sutcliffe v. Pressdram Ltd*», [1990] 1 All ER 269). Estos daños agravados («*aggravated damages*») operan en áreas específicas, como la defensa del honor, en las que la valoración del daño queda al arbitrio («*at large*») del juez (Stanton, 1994, 149); y existe una marcada reticencia (explícita en la opinión del Juez Woolf en el caso «*Kralj v McGrath*» [1986] 1 All ER 54) frente a su posible extensión a todos el ámbito del Derecho de Daños (*Law of Torts*).

En el caso «*Rookes v Barnard*» ([1964] AC 1129), Lord Devlin diferenció, a duras penas, los daños agravados de los daños ejemplarizadores o sancionadores («*exemplary damages*», «*punitive damages*»).

En Derecho angloamericano se admite que, en casos excepcionales, la

indemnización sea mayor que el importe en que pueda apreciarse la compensación estricta del daño moral, de modo que el sacrificio patrimonial que representa ese exceso para el responsable le sirva de escarmiento en el futuro. Por eso se llaman «*exemplary damages*» o «*punitive damages*».

Estos últimos tienen por finalidad castigar y disuadir, y está muy extendida la opinión que propone su desaparición por confundir las esferas del Derecho Civil y del Derecho Penal, recompensando al perjudicado con un inesperado beneficio adicional (Brazier).

Siquiera a regañadientes, los daños punitivos han sido admitidos, aunque restringidamente. Lord Devlin, en «*Brookes v Barnard*», aisló estas tres hipótesis de casos en que son aplicables:

- Cuando lo permite una Ley.

Es ejemplo típico: la «*Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civilian Interests) Act*» 1951.

- Cuando el demandante ha sido víctima de actos abusivos, arbitrarios o inconstitucionales de agentes del Gobierno: «*Holden v Chief Constable of Lancashire*» ([1987] QB 380, [1986] 3 All ER 836).

- Cuando la conducta del demandado perseguía deliberadamente (*calculadamente*) obtener un beneficio que podría exceder de la suma que habría que pagar al demandante en compensación de los perjuicios causados al segundo.

Esta categoría comprende dos grupos fundamentales de casos.

De un lado, se encuentran aquéllos en que se publican noticias falsas escandalosas sólo para conseguir el mayor beneficio inherente a un mayor número de ventas («*Broome v Cassell & Co Ltd*» ([1972] AC 027, [1972] 1 All ER 801, HL).

A los anteriores se añaden aquéllos en que propietarios de tierras despojan de ellas ilícitamente a los poseedores («*Drame v Evangelou*» [1978] 2 All ER 437, [1978] 1 WLR 455).

Algunos comentaristas opinan (en sintonía con Lord Diplock en el caso «*Rookes ...*») que, en definitiva, de este modo, los perjudicados recobran el beneficio que a su costa pensaba obtener el autor del hecho lesivo, tratando de enlazar el tratamiento de los daños ejemplarizadores con la idea de restablecimiento del equilibrio roto por el hecho lesivo, que inspira todo el Derecho de Daños.

En los Estados Unidos de América, existe cierto recelo ante la admisión de estos «*punitive damages*», y ante una supuesta excesiva multiplicación de demandas en su

reclamación, e incluso se puso en duda su constitucionalidad (por supuesta vulneración de la Octava Enmienda a la Constitución, que prohíbe las multas excesivas), afirmada, finalmente, aunque sólo por mayoría, en la sentencia decisora del caso «*Browning Ferris Industries of Vermont Inc. v Kelco Disposal Inc.*», S.Ct. 2902, 106 L. Ed. 2d. 219 (1989).

Es cierto que se han extendido en los últimos años (Tunc, 1989, 85), pero no lo es menos que no llega a los extremos que denuncian los más alarmistas, y que más bien sólo prosperan en casos extremadamente graves, y tras superar un filtro de doce puntos elaborado jurisprudencialmente («*Pacific Mutual v Haslip*», 1991)(Napier, 1993, 26-28).

Pese a las reticencias, han servido de incentivo para disuadir de conductas imprudentes y para incrementar la seguridad en la elaboración de productos; y reclaman daños punitivos no sólo particulares, sino empresas y hasta entes públicos. El Estado de Alaska los reclamó en su demanda por vertido de crudos por el «*Price William Sound*», en 1989 (Napier, 1993, 26-28).

En contra del incremento punitivo de la compensación por daños morales se alega que el exceso funciona como una verdadera multa, de modo que la responsabilidad civil está usurpando injustificadamente una función reservada a la pena.

En España, Rojo Ajuria ya planteó -en 1988- la oportunidad de introducir la figura; e Yzquierdo Tolsada invita, muy cautelosamente, a la reflexión y al debate sobre esta posibilidad.

De Angel Yágüez pone de relieve que uno de los casos tópicos de daños punitivos (su causación para conseguir un beneficio extraordinario para el propio dañado) no es en absoluto desconocido en Derecho español.

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que, a la hora de valorar el daño moral causado por intromisiones ilegítimas en tales derechos, se tendrá en cuenta «... el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma ...»(Castán Pérez-Gómez), lo que no es lo mismo que afirmar que la indemnización consistirá en ese beneficio.

El artículo 66 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, al fijar las pautas para cuantificar el lucro cesante, esto es, la ganancia dejada de obtener por el titular de la patente a causa de la violación de su derecho, incluye, alternativamente, «... b) ... los beneficios que ... [el infractor] haya obtenido de la explotación del invento patentado ...».

Y en La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el beneficio obtenido por el casuante del daño constituye uno de los

parámetros que entran en juego para fijar la indemnización de daños y perjuicios (artículo 124,2 y 3).

Estos preceptos se mueven, en realidad, en una dimensión diferente de la estrictamente resarcitoria (la evitación del enriquecimiento injustificado, desplazando las ganancias indebidamente obtenidas, desde el patrimonio del dañador al del perjudicado).

Aunque, dado el tenor del artículo 55 del Código, se podría defender que habrán de caer en comiso, partiendo del principio general de proscripción del enriquecimiento injustificado y, más en concreto, de lo dispuesto en el artículo 114 del Código Penal sobre la responsabilidad civil del partícipe lucrativo de las ganancias ilícitas obtenidas mediante la perpetración de un delito, cabe expropiar a su autor de las plusvalías conseguidas mediante aquél.

Ejemplo: el incremento de beneficios de tirada conseguidos mediante la publicación de un libelo en una publicación escrita, quedaría expropiado en beneficio de la víctima.

El daño moral admite intensidades no mensurables con la precisión posible en las Ciencias Naturales o en el mercado de bienes y servicios, pero sí apreciable individual y comparativamente.

De acuerdo con lo que la experiencia común enseña que ocurre por lo general (*«id quod plerumque accidit»*), el dolor que produce la destrucción, la pérdida o el deterioro de una cosa no es comparable con el doloroso vacío que deja la muerte de un ser querido.

Daño corporal: Lesiones
1. Duración:
1.1. Transitoria:
1.1.1. Por curación completa
1.1.2. Por estabilización
1.2. Permanentes (secuelas)
2. Contenido:
2.1. menoscabo (<i>«impairment»</i> , en la terminología de la «Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías», de la

Organización Mundial de la Salud), esto es la pérdida o anormalidad en una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que puede provocar
2.1.1. menoscabo anatómico
2.1.2. menoscabo funcional , de forma que provoca
(a) una disminución o « minusvalía o invalidez personal », y
(b) la discapacidad (« disability », en la misma terminología indicada), o lo que es lo mismo, la restricción o ausencia, debida a la deficiencia, de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considere normal para un ser humano.

El **contenido del daño corporal cuando no provoca el fallecimiento de la víctima** se concreta en un daño en el organismo (entendido en un sentido amplio, extensivo a las funciones psíquicas), consistente en

(a) un «**impairment**» (en la terminología de la «Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías», de la Organización Mundial de la Salud), esto es la pérdida o anormalidad en una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que puede provocar

(a) la repercusión en la función, de forma que provoca

(a.1) una disminución o «**minusvalía o invalidez personal**» (en buena lógica, nunca equivalente al 100 por ciento, equivalente, prácticamente, a la pérdida de las funciones fisiológicas, lo que equivaldría a la muerte: Rousseau, Mélenec) en lo que cabría denominar estado ideal de salud, que correspondería a «... un sujeto psicosomáticamente íntegro, capaz de emprender cualquier tipo de actividad, sea o no laboral ...» (Gerin, Gisbert, Hernández Cueto), y

(a.2) la discapacidad («**disability**», en la misma terminología indicada), o lo que es lo mismo, la restricción o ausencia, debida a la deficiencia, de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considere normal para un ser humano.

3. Repercusión:
3.1. Daño moral
3.1.1. Daño biológico (menoscabo anatómico o fisiológico)
3.1.2. Reducción de la expectativa de vida

3.1.3. Reducción de la calidad de vida
[a] incapacidad objetiva de desarrollo de actividades
[b] pérdida de la satisfacción producida por el desarrollo de las actividades impedidas
[c] pérdida de la capacidad de disfrute de la vida « <i>préjudice d'agrément</i> », « <i>danno essistenziale</i> » o « <i>physical inconvenience and discomfort</i> »
3.1.4. Daño estético
3.2. Daño patrimonial
3.2.1. Daños o gastos emergentes
[a] gastos de asistencia sanitaria y asimilada
[b] gastos de sustitución (por una persona que realice el trabajo de la lesionada)
[c] gastos de adaptación (de vivienda, de automóvil) en casos de gran invalidez
3.2.2. Lucro cesante

La trascendencia del daño corporal varía de acuerdo con la gravedad objetiva de la pérdida o menoscabo de un órgano o de una función (de hecho, existen Tablas médicas que tratan de establecer esas diferencias comparativas).

Habrá que tener en cuenta igualmente si una secuela (una lesión permanente) incapacita al lesionado para realizar una actividad a la que era aficionado hasta el punto de que la imposibilidad de su práctica lo priva del placer que le producía. Es una muestra de lo que se denomina «*préjudice d'agrément*», «*danno essistenziale*» o «*physical inconvenience and discomfort*»; un estado de ánimo que impide o disminuye la capacidad de disfrutar de la vida.

Tanto el daño corporal como el impacto de un hecho traumático puede producir otras consecuencias personales negativas: el daño a la vida de relación («*danno alla vita di relazione*») como resultado del aislamiento derivado de una lesión física (una gran invalidez) o del padecimiento de una grave deformidad; la reducción de las expectativas de vida («*loss of expectation of life*»), que, por ejemplo, acompaña a ciertas enfermedades infecciosas (SIDA) o a la tetraplejia; dimensiones del daño que repercuten sobre la «*calidad de vida*» que se han ido descubriendo a medida que se profundizaba en sus problemas.

El daño o perjuicio estético es definido por Gerin como «... toda modificación peyorativa, de naturaleza morbosa, del conjunto estético individual ...». Y Criado del Río recoge la definición descriptiva proporcionada por Olivier y Dreyfus; lo es «... toda anomalía física visible causada por el accidente que afee a la víctima: cicatrices, deformaciones, mutilaciones del gesto, necesidad de utilizar prótesis, de muletas, etc., cuya importancia varía con la naturaleza, localización, características, edad, sexo y el aspecto físico anterior ...».

«*Estético*» y «*estética*» son las dos variables (masculina y femenina, respectivamente) de un adjetivo que procede del griego «*αἰσθητός*» (*aíscetós*). Significa «sensible», pero no remite a la percepción de la realidad mediante los sentidos, sino a la aprehensión de la belleza del objeto percibido. La Estética se construye como un saber de la belleza y presupone un canon de lo que es bello y lo que es feo. Este canon es un producto cultural, de manera que el juicio sobre la belleza es cambiante.

El aspecto físico de una persona constituye un factor fundamental de sus posibilidades de comunicación. Consecuentemente, condiciona en la misma proporción su capacidad de ganancia (Lemega). En una Sociedad que rinde culto a la belleza, la apariencia externa constituye la mejor carta de presentación (mucho mejor, en sobradas ocasiones, que la capacidad intelectual) que proporciona las mejores oportunidades de trabajo.

En el Derecho Romano clásico, el menoscabo estético no era susceptible de compensación pecuniaria. En el Digesto (9.3.7) se reproduce un fragmento de los comentarios de Gaio al *Edictum provinciale*: «... *cicatricum autem deformitatis nulla fit æstimatio* ...».

Los tiempos han cambiado mucho.

El principio o punto 11 de la Recomendación 75/7 del Consejo de Europa proclama que «... la víctima debe ser indemnizada del daño estético ...».

Al explicar el proteico alcance de esta modalidad de daño, la Recomendación 75/7 recurre a un ejemplo. El daño que resulta de cicatrices en la cara de la víctima, ilustra el comentario 41, «... se considera tanto como perjuicio material, como daño moral, o como daño *sui generis*, a veces como *pretium doloris*, o como categoría totalmente aparte ...»(Vicente).

Una acepción vulgar del daño o perjuicio estéticos lo identificarían con el afeamiento que experimenta una persona por causas distintas del deterioro natural producido por el paso de los años. Implican un salto patológico o traumático de un estado o nivel estéticos o otro que lo empeora.

Todas las definiciones del daño o perjuicio estéticos incluyen los siguientes elementos estructurales:

[a] afeamiento como consecuencia de

[b] un menoscabo del «estado estético» (apariencia física) exterior.

[c] Ese afeamiento ha de ser permanente y

[d] perceptible por los sentidos desde el punto de vista de un tercero observador.

El daño estético puede consistir bien en cicatrices bien en cualesquiera otras modificaciones morfológicas (Dalgand).

Existe cierta tendencia -criticable y criticada- a identificar el daño corporal con el producido por la remanencia de cicatrices, y muy especialmente en la cara (Le Roy & Joët).

Ello ha conducido a marginar otros menoscabos que afean a la persona que los padece, y a restringir el concepto a los daños estáticos, olvidando los dinámicos. Con toda razón, Xiol Ríos invita a superar lo que denomina muy expresivamente el «prejuicio epidérmico», prestando atención únicamente a la percepción visual estática, desconociendo la dinámica y otras formas de percepción sensorial (auditiva u olfativa) sobre las que ya se ha llamado la atención en la bibliografía más reciente (Mastropaolo; Dolado, Arimany, Sánchez Gallar).

Alonso Santos, sintetizando la opinión científica especializada dominante, diferencia dos tipos de daño estético:

[a] el estático, que «... se percibe a simple vista y con la sola observación de la víctima ...»; y

[b] el dinámico, que sólo se aprecia cuando la víctima se encuentra en movimiento.

Ejemplos de daño estático son:

[1] Las mutilaciones.

[2] Las deformaciones, valorando

[2.1] si concurren lesiones cutáneas;

[2.2] si afectan a la cara o al resto del cuerpo

Es necesario abandonar la frecuente asociación entre parálisis y daños estéticos dinámicos. Las parálisis pueden producir también deformaciones permanentes estáticas del aspecto físico de la persona afectada.

[3] La pérdida o disminución de un perfil o contorno así como la pérdida de sustancia.

[4] Las cicatrices.

Como ejemplos de daños dinámicos se señalan los siguientes:

[1] «... Todas aquellas alteraciones musculares, tendinosas u óseas que pueden provocar cojera e incluso alteración de los gestos ...».

[2] «... Todas aquellas que están relacionadas con las parálisis y que, además, supongan alteración con el movimiento. El ejemplo más gráfico lo tenemos en la alteración de la mímica o la modificación de los ademanes ...».

Conviene dejar claro desde un principio que el daño estético, cuando se produce, es la consecuencia de un daño orgánico (biológico: Medina) que causa una alteración perceptible de la morfología de la persona lesionada, y puede derivar de aquél sin que padezca en cambio el normal funcionamiento del organismo humano.

Daño estético y daño psicofísico funcional no son, sin embargo, conceptos coextensos. Una lesión permanente interna puede no traducirse en una modificación del aspecto exterior del lesionado, y una alteración morfológica anatómica estática que lo afea (las cicatrices no dolorosas son ejemplo típico: Sánchez Gallar) no repercutir negativamente en absoluto en el normal desarrollo de las funciones corporales e intelectuales.

La compensación del perjuicio estético está en función del menoscabo del estado estético anterior de la persona que sufrió el menoscabo anatomofuncional.

La compensación del daño anatomofisiológico y la del perjuicio estético reconoce fundamentos distintos, aunque éste encuentre su causa material en aquél. Por eso no son «excluyentes» -como escribe con escasa fortuna Hinojal- sino «independientes» entre sí, desde el punto de vista indemnizatorio. Esta independencia (producto de la diferente perspectiva desde la que se contempla un mismo menoscabo anatomofisiológico) obliga a valorar la realidad y relevancia de cada uno separadamente, para que, de esta suerte, se resarza la totalidad de las consecuencias perjudiciales causadas en el ámbito del daño moral en sentido amplio.

La repercusión que el perjuicio estético puede tener sobre el patrimonio de la persona lesionada (si ha de hacer frente a los gastos de su reparación medicoquirúrgica) y sobre su capacidad de ganancia se valora desde un punto de vista muy distinto, independiente del que se adopta para ponderar el daño moral (anatomofisiológico y estético), cual es el patrimonial.

El problema surge a la hora de valorar la gravedad del daño o perjuicio estéticos, porque la belleza y la fealdad son valores eminentemente subjetivos, aunque es

innegable que existen pautas socioculturales que definen en cada tiempo y en cada lugar lo que es bello y lo que es feo.

La valoración del perjuicio estético sólo puede hacerse cuando éste se encuentre consolidado, cuando sea definitivo Criado, Vicente).

Sigue resultando imprescindible la utilización del método descriptivo (Criado, Hernández Cueto), **detallando:**

[1] Las características externas de la secuela.

[2] En su caso (daño dinámico), repercusión negativa en uno o varios gestos o movimientos, y

[3] frecuencia de la utilización del gesto o movimiento;

[4] Localización, en cuanto factor fundamental determinante de su visibilidad.

El afeamiento puede ser valorado desde dos puntos de vista, según quién sea el espectador.

En efecto, las cicatrices son tenidas por daños indemnizables desde el momento en que menoscaban la imagen de quien las padece en cuanto percibida por los demás, pero no puede desconocerse el dolor psíquico que ocasiona al lesionado la contemplación de su propio afeamiento (Zavala). .

Para valorar la trascendencia de una cicatriz sobre la estética de una persona, habrá que tener en cuenta una pluralidad de factores:

[a] Su **forma**, diferenciando las longitudinales (rectas, quebradas o ramificadas) de aquéllas en las que son relevantes tanto su longitud como su anchura.

[b] Su **relieve**, ya que a mayor relieve, mayor perceptibilidad y alteración de la imagen; de ahí la mayor gravedad de las queloides o hipertróficas.

[c] Su **tamaño (superficie afectada)**, por razones obvias de perceptibilidad, distinguiendo:

[c.1] visibilidad a distancia inferior a un metro

[c.2] visibilidad a distancia inferior a tres metros

[c.3] visibilidad a distancia inferior a seis metros

[c.4] visibilidad a distancia superior a seis metros.

[d] Su **contraste cromático**, que depende de su coloración (tonalidad e intensidad) en relación con la de la zona corporal en que se encuentran localizadas.

[e] Su **retractilidad**; y, por supuesto

[f] Su **localización**, en cuanto determinante de su visibilidad.

En la bibliografía especializada (Rechard, Alonso Santos, Hernández Cueto, Aso y Cobo, Cobo y Aso) se distinguen hasta seis zonas en función de su mayor o menor visibilidad:

[f.1] la cara, ejemplo de máxima visibilidad por su permanente exposición y por la atención que suscita en cualquier espectador;

[f.2] zonas del cuerpo que habitualmente permanecen descubiertas (manos, cuello, y - hoy habría que admitirlo con mucha reserva- las piernas en la mujer);

[f.3] zonas visibles con frecuencia (brazos, cuero cabelludo);

[f.4] zonas visibles en caso de práctica de actividades deportivas o de ocio (tórax; abdomen; piernas en el hombre: de nuevo, con reservas);

[f.5] zonas visibles en caso de desnudez (nalgas, pubis, caras internas de los muslos); y

[f.6] zonas raramente visibles (plantas de los pies, huecos axilares).

Sin duda alguna, como cualquier otra alteración corporal, la mayor visibilidad corresponde a las localizadas en el rostro (Martínez-Pereda), y, dentro de él, a la zona situada en el triángulo invertido que se forma situando los vértices en cada uno de los ojos y en la boca.

La orientación de la cicatriz es igualmente importante. Serán menos aparentes cuanto más sigan las denominadas «*líneas de Langers*», líneas de tensión o reglas clásicas de Anatomía, que, aproximativamente, se corresponden con la formación natural de arrugas por envejecimiento. Las cicatrices se verán menos si siguen ese trazo, o se alinean horizontal y paralelamente a ellas. Lo anterior vale para el caso de cicatrices quirúrgicas derivadas de intervenciones estéticamente reparadoras.

Como se colige de la distinción de zonas corporales a efectos de valorar su mayor o menor visibilidad, se tiene muy en cuenta que habitualmente quedan al descubierto por el vestuario o por el cabello.

Aun cuando el criterio es, en principio, razonable, no se debe olvidar que la moda y las costumbres pueden convertir en visibles con mayor frecuencia zonas anatómicas que

permanecía cubiertas con anterioridad.

Ciertas alteraciones corporales que afectan a partes íntimas pueden, además, ser sentidas por la persona lesionada como especialmente avergonzantes y generar la angustia de tener que mostrarlas precisamente en momentos muy delicados de las relaciones interpersonales.

Por eso, Aso y Cobo completan la enunciación diferenciando lo que denominan «focos de atención visual» o, si se prefiere, grados de exposición de las distintas partes del cuerpo humano:

[a] zonas perceptibles por todas las personas y en cualquier situación;

[b] zonas perceptibles por todas las personas en situaciones especiales (práctica del deporte o de actividades de ocio); y

[c] zonas perceptibles sólo por los allegados y en un entorno de intimidad.

Por lo que se refiere a las partes cubiertas por el cabello, será preciso retener la posibilidad de que su caída por el paso del tiempo o las oscilaciones de la moda puedan dejar al descubierto cicatrices que inicialmente no eran perceptibles.

[5] Circunstancias personales de la víctima:

[a] Edad y

[b] sexo y

[c] entorno social de la víctima.

Estos tres factores son puestos en tela de juicio en la bibliografía especializada, por considerarse contrarios al principio constitucional de proscripción de toda discriminación no justificada (artículo 14 de la vigente Constitución Española).

La madurez y la ancianidad no deben ser obstáculo para el reconocimiento del derecho a compensación por perjuicio estético. En ocasiones, los efectos del envejecimiento pueden contribuir a paliar los de la lesión sufrida. Es ejemplo típico la cicatriz en un rostro arrugado siguiendo las *líneas de Langers*. Como actualmente el deterioro físico derivado de la edad varía considerablemente en función de los cuidados que haya adoptado la persona e incluso de tratamientos (incluidos los quirúrgicos) a que se haya sometido, habrá que tener muy en cuenta el «coeficiente estético anterior» en cada caso.

El distinto tratamiento de un mismo daño estético objetivo en función del sexo de la víctima es objeto actualmente de viva controversia.

Todavía perdura una mentalidad que considera que el perjuicio es superior tratándose de una mujer.

Un mismo daño estético debe compensarse por igual -concurriendo las mismas circunstancias- cualquiera que sea el sexo de la persona lesionada pues, de otro modo, se contradiría el principio constitucional de proscripción de cualquier discriminación injustificada por esa razón (De Vicente, Martínez-Pereda, Benito).

En España llamó desagradablemente la atención la Sentencia de 30 de mayo de 1988, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el Magistrado Ponente no tuvo empacho en escribir que «... [rechazada] en nuestros días la bondad del adagio respecto a que el hombre y el oso, más bello cuanto menos agraciado, es evidente que la tutela [jurídica] alcanza también a la eventual deformidad ocasionada al varón, sin que quepa distinguir, como ironizaba alguno de nuestros más agudos tratadistas, entre la cicatriz en la comisura de los labios de un bigotudo carabinero y en la de una grácil estrella de la pantalla. ...».

Cuestión completamente distinta es que la gravedad del perjuicio estético haya de ponderarse de acuerdo con el distinto canon de belleza dominante en cada sociedad para uno u otro sexo y que, como patrón cultural, puede cambiar al compás de la moda imperante en cada momento.

La discriminación por razón de la posición social o económica es hoy rechazada sin excepciones.

Iribarne cita -para criticarla ásperamente- la Sentencia de 1º de diciembre de 1933, de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal de la República Argentina. En ella se reflexiona que «... para las mujeres pobres, la juventud es breve [y] ... aunque esto sea una desigualdad en el injusto reparto de las cosas, no ha de buscarse en el Derecho, con motivo de la indemnización, la base de un resarcimiento compensador de esa situación ...», confirmando el parecer del juzgador en primera instancia, quien ponía de manifiesto que «... para una mujer analfabeta, dedicada a humiladísimos menesteres domésticos y de 38 años, no importan gran cosa los defectos del rostro y las cicatrices producidas por un accidente de tránsito, lo que ha de apreciarse al fijarse el monto de la indemnización ...».

[d] actividad a la que se venía dedicando la víctima.

* estado anterior: lo que Simonin (1982) denomina «coeficiente estético anterior», ya que el perjuicio estético es siempre comparativo (resultando aconsejable el acompañamiento de material visual, como pueden ser reportajes fotográficos, videográficos o análogos, acreditativos del aspecto externo de la víctima antes del hecho lesivo y después de la consolidación de las secuelas).

* Rousseau y Fournier(1990) sugieren que se indique cómo asume la víctima su desgracia estética (en sentido similar, Hernández Cueto, 1995); sin embargo, esta

dimensión apunta más al daño psíquico como componente del daño moral en sentido puro (Vicente, 1994), lo que no impide reconocer que es usual resarcir el perjuicio estético en una cantidad que engloba -aunque sean separables- todos estos aspectos, como dimensiones de un mismo fenómeno.

La valoración se hace, en principio, independientemente de la posibilidad de reparación.

De ser posible un tratamiento reparador habrá que ponderar debidamente (Criado, Vicente)

- * sus riesgos;

- * su coste; y

- * el pronóstico de sus resultados.

Al no haber un criterio objetivo para la cuantificación económica del daño moral en sentido estricto, sólo caben dos sistemas:

[a] Encomendar esta tarea al órgano jurisdiccional, que deberá poner de manifiesto los criterios que ha seguido así como su razonabilidad.

Para evitar la inseguridad jurídica, es recomendable que los tribunales elaboren unos principios y tablas de valoración de general aplicación, al estilo italiano.

[b] Alternativamente, la cuantificación puede hacerse por Ley, ya que la voluntad de la mayoría parlamentaria vale como voluntad del pueblo soberano.

El artículo 111 del Código Penal se ocupa de la indemnización de las víctimas indirectas.

Artículo 111 del Código Penal.

La indemnización de perjuicio comprenderá, no solamente los que se hubieren causado al ofendido, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero. el tribunal regulara el importe de esta indemnización en los mismos términos establecidos en los Artículos 110 para la reparación del daño.

Ahora no se trata de reparar los daños sufridos por la víctima directa en los bienes

lesionados por el delito, sino de indemnizar las consecuencias perjudiciales derivadas de él y que puedan afectar tanto a aquélla como a terceras personas.

Indemnización por causa de muerte
1. Daños patrimoniales:
[a] Daños o gastos emergentes:
[a.1] de asistencia médica y sanitaria general intermedia
[a.2] de entierro y [a.3] de funeral
[a.4] otros gastos relacionados con los anteriores: viajes, estadías, ...
[b] Lucro cesante (ganancias perdidas)
[b.1] directas (ciertas y probadas), por pérdida de incrementos patrimonio del difunto, y también [b.2] indirectas (expectativas); correspondientes al tiempo que haya podido mediar hasta el fallecimiento, y con posterioridad a éste.
2. Daño moral: el doloroso vacío derivado del fallecimiento de una persona.

La muerte de una persona constituye la hipótesis máxima de daño corporal, puesto que la vida es el soporte de todos los demás bienes de la personalidad, y, entre ellos, la integridad corporal y la salud, física y mental.

En las hipótesis de muerte -escribe Giannini- «... se realiza el daño biológico total, cuantificable en un 100 % ...»

El fallecimiento, como hecho lesivo, puede generar

[a] gastos directos:

[a.1] de asistencia médica y sanitaria general intermedia (que pueden ser reclamados directamente por las personas o entidades a cuyo cargo hayan corrido: Gázquez, Reglero);

[a.2] de entierro y

[a.3] de funeral.

Estos gastos se abonan en su integridad como cargas hereditarias, siempre que sean

proporcionados, como cabe inferir de la remisión que hace el artículo 2257.2º.b) del Código Civil al «uso del lugar».

[a.3] otros gastos relacionados con los anteriores: viajes, estadías, ...

[b] ganancias perdidas (lucro cesante):

[b.1] directas (ciertas y probadas), por pérdida de incrementos en el patrimonio del difunto, y también

[b.2] indirectas (expectativas); correspondientes al tiempo que haya podido mediar hasta el fallecimiento, y con posterioridad a éste.

El cálculo de estas pérdidas (modalidad del lucro cesante), en su dimensión temporal, obliga a atender a

[b.2.1] las expectativas de vida del fallecido (tomando como punto de partida la esperanza media estadística de vida personal, o la de vida laboral, cuando se trate de pérdidas relacionadas con una actividad profesional);

[b.2.2] las expectativas de ganancia de la persona fallecida durante el tiempo que se calcula hubiera vivido de no haber sido víctima del siniestro; y

[b.2.2] las expectativas de beneficio del sobreviviente.

Es, éste, advierte Vicente Domingo, «... un terreno peligroso ... ya que es muy difícil señalar la frontera que separa el grado de aleatoriedad que se va a permitir y el que se puede aceptar porque afecta a la esencia de la realidad del daño ...».

[c] el dolor, como daño moral estricto,

[c.1] aparte del dolor que pueda haber sufrido la persona lesionada hasta su fallecimiento (en caso de que entre el hecho letal y la muerte haya mediado un tiempo relevante, que permita su tratamiento equivalente al de un daño corporal no mortal), que fundamenta una pretensión resarcitoria transmisible a los herederos.

[c.2] el de las personas sobrevivientes que, por su relación con la fallecida, puedan experimentar una especial aflicción.

Se trata claramente de lo que, en la bibliografía especializada, se ha dado en llamar daños «reflejos», «por rebote» o «por carambola», traducción de «*dommages par ricochet*» o «*réfléchis*», en la terminología francesa (Lambert-Faivre), utilizada igualmente por especialistas de lengua española (De Ángel; Vicente; Medina Crespo; Díez-Picazo; Iribarne; Azpeitia).

En principio, los herederos del difunto le sucedían en su derecho a cobrar una indemnización por la pérdida de su vida.

Hoy, un número considerable de especialistas interpreta que el derecho a indemnización por causa de muerte corresponde, por derecho propio (por tanto, «*iure proprio*», y no «*iure hereditatis*»), a cuanta personas justifiquen haber sufrido un perjuicio (afectivo o patrimonial) consecuencia de la muerte.

Indemnización por derecho propio (<i>iure proprio</i>)	Indemnización por herencia de la persona fallecida (<i>iure hereditatis</i>)
	Simultánea o inmediatamente antes muerte: el lesionado adquiere el derecho de indemnización por la pérdida de su vida
Muerte de la persona lesionada	
Los perjudicados por la muerte adquieren derecho propio a la indemnización	Los herederos de la persona fallecida heredan el derecho de ésta a la indemnización por la pérdida de su vida.

Se discute **quién o quiénes tienen derecho a reclamar la indemnización por causa de muerte.**

Existe, como telón de fondo, un recelo frente a pretensiones resarcitorias ejercitadas por personas respecto de las que cabe seriamente dudar que hayan sufrido un verdadero impacto emocional como consecuencia del fallecimiento.

Calabresi pone de manifiesto «... la tendencia a considerar algunos aspectos de las reclamaciones por daño moral derivado de la muerte de una persona como meros caprichos o daños sentimentales, y a excluirlas o limitarlas severamente ...». El profesor Tunc, al resumir los trabajos del Coloquio de París, de 1988, opinó, sin ambages, que las sumas compensatorias de daños no patrimoniales debían ser modestas.

Esta tendencia restrictiva es una constante en las propuestas de unificación internacional de las normas reguladoras de esta modalidad de responsabilidad civil extracontractual.

La Resolución 75-7, del Consejo de Europa, establece los siguientes criterios:

* tienen derecho a indemnización el padre, madre o cónyuge de la víctima, en caso de

atentado contra la integridad física o mental de ésta, y que -en razón de tal atentado- experimenten sufrimientos psíquicos de carácter excepcional (principio 13)

** (principio 15): la muerte de la víctima da lugar a un derecho a la reparación del perjuicio patrimonial:

a) a las personas para con las cuales la víctima tenía o hubiera tenido una obligación alimenticia

b) a las personas respecto a las cuales la víctima asumía o hubiera asumido el mantenimiento, en todo o en parte, incluso sin estar obligada a ello por la ley. Este derecho pertenece a la persona que vivía en concubinato con la víctima si sus relaciones eran estables; sin embargo, puede rechazarse si las relaciones eran adúlteras

*** (principio 19): los sistemas jurídicos que actualmente conceden un derecho a la reparación por los sufrimientos psíquicos experimentados por un tercero como consecuencia del fallecimiento de la víctima no deberían otorgar tal reparación a otras personas que no fueran el padre y la madre, el cónyuge, el novio y los hijos de la víctima; incluso en estos supuestos, la reparación debería estar sometida a la condición de que estas personas hubieran tenido estrechos lazos de afección con la víctima al momento del fallecimiento.

En los sistemas jurídicos que actualmente otorgan tal derecho a la reparación a determinadas personas, éste no debe ampliarse ni respecto a los derechohabientes ni respecto a la extensión de la indemnización.

El Proyecto de Directiva elaborado, en Diciembre de 1991, por la Comisión designada en el Coloquio de París de 1988 propuso que sean consideradas víctimas las personas que tienen la condición de causahabientes de una persona fallecida así como las que han sufrido un daño indirecto («por carambola» o «*par ricochet*») [artículo 2].

Quienes, a causa de su comunidad de vida con la víctima directa, experimentasen sufrimientos, no pueden obtener reparación de este perjuicio más que en caso de lesión de carácter excepcionalmente grave (artículo 10). Obsérvese la restricción respecto del derecho de los «perjudicados», en sentido amplio, en el artículo 104 del Código Penal español vigente hasta el actual de 1995. En el 113 de este último se extiende a los «... familiares [de la víctima y] ... a terceros ...».

El Código Penal no restringe el derecho de persona alguna capaz de probar haber sufrido un perjuicio como consecuencia de la muerte de una persona a reclamar la correspondiente indemnización.

La tesis de la adquisición del derecho a la compensación resarcitoria como derecho propio de los perjudicados (y de los herederos sólo en la medida en que sean

perjudicados) se impone. En las indemnizaciones por causa de muerte, como ésta es la que genera el derecho, es evidente que éste lo adquieren los perjudicados de forma originaria, *ex novo*, y no por vía hereditaria; porque no se trata de una cantidad de dinero que ingresa en el haber hereditario para su posterior distribución, con arreglo a las normas que rigen la sucesión mortis causa, sino de un derecho a ser indemnizado, que nace en el momento mismo de la muerte, que es consecuencia de un perjuicio material o moral para determinadas o concretas personas, abstracción hecha de que tengan, además, la condición de herederos del fallecido.

En principio, todos los posibles perjudicados están legitimados para pretender una indemnización.

Por regla general, todos los perjudicados han de ser indemnizados.

En ciertos casos, cuando el caudal relicto sea insuficiente o cuando la Acumulación de perjudicados incremente desproporcionadamente la suma total de indemnizaciones, el órgano jurisdiccional podrá reducir e incluso excluir las correspondientes a los menos perjudicados, a fin de que los demás reciban una cantidad más próxima a la realidad.

Sin embargo, razones estrictamente económicas han impuesto la preferencia excluyente de la mayor proximidad de parentesco. «... La tendencia es la de considerar como acreedoras de la indemnización a las personas vinculadas con la víctima por el más próximo lazo de parentesco, excluyendo en consecuencia, por ejemplo, a los hermanos cuando hay padre o madre ...» (De Angel Yáguez).

Gázquez Serrano escribe: «... Es necesario poner límites a la reparación cuando se trate de daño moral que afecte a los sentimientos o afectos. La reparación de estos daños no puede ser absoluta o general, pues no todo sufrimiento o contrariedad merece que se le conceda indemnización, puesto que de ser así, la vida podría quedar paralizada por la infinidad de demandas que cabría formular. En estos casos resulta más difícil determinar la persona verdaderamente perjudicada, porque el dolor, dados los vínculos de parentesco, afecto y simpatía que unen a las personas, tiende a extenderse y difundirse en un grupo de personas más o menos amplio, de modo que un mismo hecho dañoso puede causar sufrimiento a un gran número de sujetos. ...».

En los casos de lesiones, terceras personas distintas de la lesionada pueden ver inmediatamente dañado algún derecho o interés atendible.

Cuando uno de los miembros de una pareja queda imposibilitado para mantener relaciones sexuales, el otro se verá indirectamente perjudicado en concreto.

La familia, uno de cuyos integrantes quede afectado por una gran invalidez (o en un estado de coma vigil), sufrirá trastornos morales y patrimoniales que deberán ser

indemnizados debidamente.

Los demandantes de indemnización de perjuicios indirectos deberán justificar su realidad y la relación de causalidad que los une a la acción lesiva.

Si la víctima o algún perjudicado hubiera contribuido, con su comportamiento, a la causación del resultado dañoso, la indemnización correspondiente podrá reducirse en proporción a la relevancia de aquella contribución.

Aun cuando no se disponga así expresamente, este dato puede tomarse en consideración al fijar cuantitativamente el importe de la reparación o indemnización.

Tanto el Derecho continental como en el anglosajón han introducido -en una u otra forma y medida- este principio moderador.

De conformidad con lo dispuesto por el **artículo 113 del Código Penal**,

En caso de ser dos o más las personas que deban responder civilmente por un delito, la sentencia deberá señalar la cuota de responsabilidad de cada una.

Los autores y los cómplices, sin embargo, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los de la otra clase.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva primero en los bienes de los autores y después en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo el derecho de repetir del que hubiera pagado por otro.

Consiguientemente:

Los autores responderán solidariamente de la restitución, reparación e indemnización.

Cada uno responderá del total frente al acreedor resarcitorio.

Entre sí, podrán ejercitar la denominada *acción de nivelación*, para que el codeudor le reembolse su parte.

En caso de insolvencia total o parcial de la totalidad de los autores (beneficio de excusión: artículo 2029 del Código Civil, en relación con la fianza), los cómplices responderán subsidiariamente de la restitución, reparación e indemnización.

Cada uno responderá del total frente al acreedor resarcitorio.

Entre sí, podrán ejercitar la denominada *acción de nivelación*, para que el codeudor le reembolse su parte.

Véase un ejemplo:

Condena: A y B son autores del daño D (por 10.000) . Deberán indemnizar a C en 10.000, en proporción de 60 (A) a 40 (B) X e Y son cómplices de la causación del daño D. Para el caso de insolvencia total o parcial de A y de B, deberán indemnizar a C en 10.000, en proporción de 60 (X) a 40 (Y).	
C se dirige contra A por 10.000	
C obtiene únicamente 2.000	
A tiene acción contra B por 800	
Explicación: Lo pagado (2.000) ha de distribuirse entre A y B en proporción de 60 a 40. A: 1.200 B: 200	
	C se dirige contra B por 8.000
	B resulta totalmente insolvente
C se dirige contra X por 8.000	
C obtiene sólo 3.000	
X conserva acción contra A y/o B por 3.000	
	C se dirige contra Y por 5.000
	C obtiene 5.000
Y conserva acción para reclamar 5.000 contra A y/o B	
Y conserva acción para reclamar 1.800 contra X, en caso de insolvencia de A y de B	

Explicación:

De una reclamación de 8.000,

X pagó 3.000 (le correspondería pagar 4.800)

Y pagó 5.000 (le correspondería pagar 3.200)

X debe a Y 1.800

El artículo 114 fija el límite de responsabilidad civil del denominado *partícipe lucrativo*.

Artículo 114

Quien, sin haber participado en algún delito, hubiere obtenido de él algún beneficio económico, esta obligado a la devolución del tanto en que se hubiere lucrado.

He aquí un caso claro de restauración del equilibrio patrimonial roto por la producción de un enriquecimiento injustificado por un tercero que no está afectado por una responsabilidad civil derivada de la infracción penal, pero se ha lucrado de sus efectos.

Por supuesto, se excluye la intervención del partícipe lucrativo como autor o cómplice, así como que haya cometido el delito de encubrimiento, tipificado y penado por el artículo 388 del Código Penal. No sólo no importa que el partícipe ignore la procedencia del beneficio económico, sino que precisamente se presupone esa ignorancia. Esta ha sido la interpretación tradicional de los comentaristas españoles (Pacheco, Viada, Quintano Ripollés, Córdoba Roda ...), que merece ser tenida en cuenta porque el artículo 114 reproduce sustancialmente el 108 del Código Penal de 1973.

Si el lucro consistió en la adquisición directa de alguno de esos efectos o de otra cosa que los haya sustituido (una joya o un vehículo comprados con el dinero robado) habrá de devolver lo recibido.

Como se trata de un adquirente a título lucrativo lo adquirido nunca se hará irrevindicable mientras permanezca en sus manos.

Los créditos y las deudas por responsabilidad civil, como cualquier otro elemento del activo y del pasivo patrimonial, son transmisibles por causa de muerte a los herederos de las víctimas, perjudicados y responsables respectivamente.

Artículo 112

La obligación de restituir, reparar los danos e indemnizar los perjuicios se Transmiten a los herederos del responsable. la acción para pedir la restitución, reparación e indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado.

Dentro del concepto de responsable hay que integrar al partícipe lucrativo, y dentro del de perjudicado, a la víctima directa.

3. El proceso especial para demandar la responsabilidad civil derivada de un delito o de una falta.

Un hecho constitutivo de infracción penal puede ser, además, causa de resultados lesivos para las personas o dañosos para los bienes, fuente, por ello, de responsabilidad extracontractual.

El proceso penal surge para resolver el conflicto entre una parte (acusadora) que presenta una pretensión punitiva (que se imponga una pena a una persona a la que acusa como culpable de haber cometido una infracción penal) *resistida* (por utilizar la terminología de Fairén Guillén) por otra (la acusada) que se defiende oponiéndose a ella.

La pretensión resarcitoria puede ser tratada de diferentes maneras.

La Ley española de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo, se esforzó por tutelar eficazmente los intereses de las víctimas de la infracción penal, legitimándolas para acumular en un mismo procedimiento -el penal, prevalente- dos pretensiones heterogéneas, la punitiva y la resarcitoria. De este modo se dispensaba, a la víctima, de tener que acudir al largo, complejo y costoso proceso civil.

Partiendo de que, como enseña la experiencia vulgar, el perjudicado por un delito o una falta puede llegar a tener mayor interés en el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la infracción penal, que en la imposición de una pena, el párrafo primero del artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, ejercitada sólo la acción penal, «... se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar ...». Este inciso final alude a la prelación, legalmente establecida, del ejercicio de la acción penal sobre la civil. Una y otra podrán ejercitarse conjuntamente (queda bien claro en los artículos 108 y 112.1 de la repetidamente citada ley procesal), pero, como ya anticipaba el precepto antes transcrito, a tenor del artículo 114, «... promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito [ni penal -por aplicación del principio condensado en el aforismo "*non bis in idem*"- ni de otra clase] sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga

sentencia firme en la causa criminal ...».

Firme la sentencia, si fuese absolutoria -salvo los casos en que, por razones de economía procesal (advierte Pantaleón Prieto), la absolución es compatible con un pronunciamiento sobre la pretensión resarcitoria acumulada- o si el perjudicado se hubiese reservado el ejercicio de acción de resarcimiento, quedará abierta, a aquél, la vía jurisdiccional civil, a menos que, en aquélla, se haya declarado «... que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer ...» (artículo 116.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Fuera de esta hipótesis excepcionada, tal vía queda expedita al perjudicado que ha reservado para ella el enjuiciamiento de su reclamación de daños y perjuicios, o a aquél que la ha acumulado a un procedimiento penal, concluso por sentencia absolutoria o resolución equivalente, ya que, fuera de los casos enumerados por el artículo 118 del Código Penal, la absolución o el truncamiento del procedimiento por irrelevancia penal del hecho no supone pronunciamiento relativo al resarcimiento de sus consecuencias perjudiciales en cuanto ilícito civil, sin que este tratamiento legislativo -que, sin duda, puede significar, para la víctima, el inconveniente de tener que promover un nuevo proceso- haya suscitado al Tribunal Constitucional español objeciones por inconstitucionalidad (Sentencia 157/1990, de 18 de octubre, de dicho Tribunal).

La autonomía entre las pretensiones punitiva y resarcitoria queda clara en el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

«La extinción de la acción penal -se lee en él- no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.

»En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.»

La misma acumulación es posible en Italia y en Portugal; y lo era con arreglo a nuestro Código de Procedimiento Penales de 1984.

También lo es, en principio, en Alemania, pero los tribunales suelen rechazar el enjuiciamiento conjunto cuando considera que ello pudiera demorar la conclusión del proceso penal.

En el Derecho anglosajón, en fin, cada una de esas pretensiones da lugar a un proceso distinto: civil, la resarcitoria, y penal, la punitiva.

Nuestro Código Procesal Penal ha seguido un sistema original.

Inicialmente, debió estar en el ánimo de los redactores la posibilidad de acumular las pretensiones punitiva y resarcitoria. Un vestigio de ello se encuentra en el artículo 338. Al disponer la estructura de la sentencia, incluye, como parte del contenido de la

fundamentación jurídica, «... los fundamentos doctrinales y legales de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella ...»; precepto sin sentido, ya que a lo largo del procedimiento ni se ha podido formular pretensión alguna de esta clase, ni consiguientemente practicado prueba sobre ella; ni se previene que se haga pronunciamiento sobre este extremo en la parte dispositiva.

No sería criticable, pues, la omisión de este apartado de la fundamentación que, dadas las circunstancias, habría que reducir a una mera fórmula sin trascendencia práctica.

En realidad, el Código Procesal Penal optó por una solución intermedia, que ha sido criticada por Cuéllar Cruz como un retroceso en la eficaz tutela de los intereses de víctimas y perjudicados.

Invocando, como precedente intocable, los hechos que se declaren probados en la sentencia, se podrá presentar la demanda de exigencia de la responsabilidad civil derivada de un hecho típico y no justificado objetivamente imputable a una persona.

Este sistema recuerda vivamente el modelo de proceso civil llamado *monitorio*, muy próximo al del juicio ejecutivo regulado por los artículos 447 y siguientes del Código de Procedimientos Comunes.

Se trata de un proceso sumario en un doble sentido, por la rapidez y sencillez de sus trámites (pautas de aceleración y de simplificación, a que alude Fairén Guillén) y por su expeditividad, ya que se invierte el método de proceder que caracteriza el modelo ordinario.

En él, tras la demanda y la eventual oposición, se pasa a un período de prueba, con base en cuyo resultado el órgano jurisdiccional decide el caso y, de estimar la pretensión del demandante, pasa, a instancia de éste, a su ejecución.

Esta secuencia de actos procesales se explica por la incertidumbre que rodea la razón que alega quien demanda.

En ciertos caso, no obstante, esa razón se encuentra anticipada por un título documental de una fehacencia especial (así, la escritura pública, el instrumento privado, reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido, la confesión judicial y cualesquiera títulos al portador, o nominativos legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los libros talonarios, enumerados en el artículo 447 antes citado) de manera que el órgano judicial ordena, ante todo, su ejecución y sólo en una fase posterior se permite que las partes discutan la concurrencia de ciertas causas -tasadas (se enumeran en el artículo 471 del Código de Procedimientos Comunes)- de oposición.

Es fácil comprobar la semejanza entre este esquema y el procedimiento para deducir la responsabilidad civil, regulado en el capítulo VI del Título Único del Libro V del Código

Procesal Penal.

3.1. Competencia y Legitimación.

El primero de sus **artículos**, el **432** (Procedencia) establece:

«... Firme que sea la sentencia condenatorio o excluida la responsabilidad penal en los casos de inimputabilidad, fuerza irresistible, miedo insuperable y estado de necesidad, a que se refiere el Código Penal, la víctima o sus herederos o la Procuraduría General de la República, en su caso, podrá solicitar al Juez de Ejecución por la vía de apremio ordene la restitución, la reparación de los daños materiales o morales y la indemnización de perjuicios, en los casos en que proceda.

La víctima que no haya intervenido en el procedimiento, podrá optar por esta vía dentro de los tres meses de informada de la sentencia firme. ...».

De este precepto se extrae la siguiente información:

[a] **Competencia.**

[a.1] **Objetiva.** Se atribuye al **Juez de Ejecución**.

[a.2] **Territorial.** A falta de norma expresa, se entenderá que la tiene aquél cuyo ámbito espacial de competencia territorial se corresponda con la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional que dictó la resolución en que se funde la pretensión resarcitoria, sentencia condenatoria o la absolutoria por alguna causa de inimputabilidad o de exculpación que no excluye la responsabilidad civil fundada en un hecho típico y no justificado, causante de un daño (incluido el desapoderamiento ilícito de una cosa) o de un perjuicio.

[b] **Legitimación**

[b.1] **activa.**

Están legitimados para demandar:

[b.1.1] **la víctima (en sentido amplio:** comprende no sólo la persona titular del bien jurídico lesionado por el hecho delictivo, sino cualquier otra que haya experimentado un perjuicio como consecuencia de aquél.

Las víctimas indirectas como consecuencia del fallecimiento de una persona tienen legitimación propia y no como sucesores *mortis causa* del difunto.

La legitimación activa está condicionada a que la **víctima** (o, por sucesión procesal, sus

herederos) haya sido **parte en el procedimiento**.

Los legitimados activamente que lo hayan sido podrán demandar el resarcimiento mientras no haya prescrito la acción.

De conformidad con el **artículo 439 CPP**, **la acción para deducir la responsabilidad civil de este procedimiento especial, prescribirá a los cinco años de haber adquirido el carácter de firme de la respectiva sentencia condenatoria.**

Se reduce a cinco años el plazo prescriptivo de diez que el artículo 2292 CC fija para las acciones personales; coincidiendo, en cambio, con el artículo 2299 CC en cuanto al momento de inicio de su cómputo: la fecha de adquisición de firmeza de la sentencia.

La referencia a la sentencia condenatoria ha de considerarse un error debido a la atracción inconsciente de lo que habitualmente ocurre, ya que habrá algunas sentencias absolutorias que, no obstante, son fuente de responsabilidad civil.

La legitimación activa de la **víctima que no haya sido parte** está sujeta a un **plazo de caducidad** (no de prescripción) de **tres meses** a contar de la fecha en que la víctima o sus herederos fueron informados (mediante una comunicación cuyo contenido sustancial coincidirá con el de la notificación, regulado por el artículo 151 CPP) de la sentencia firme, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.2 CPP.

[b.1.2] **los herederos de la víctima**

[b.1.2.1] para incoar el proceso invocando su condición de tales

[b.1.2.1] por sucesión procesal una vez comenzado el proceso por demanda de la víctima

Se trata de los herederos de la víctima directa o indirecta. Las víctimas indirectas (caso de los familiares y allegados de la directa) tienen legitimación propia y no como sucesores por causa de muerte.

[b.1.3] **la Procuraduría General de la República, en su caso** (en la medida -explica Thelma Cantarero- en que representa y defiende los intereses del Estado en cuanto persona jurídica susceptible de ser víctima o perjudicada: así se desprende del numeral 1 del artículo 17 CPP). No se extiende a su intervención, por sustitución procesal, en interés de las víctimas y de sus herederos.

Como tampoco se incluye la legitimación activa del Ministerio Fiscal para actuar con este fin, se puede provocar -a juicio de Cuéllar Cruz- una efectiva indefensión de aquéllos que carezcan de suficientes recursos económicos.

[b.2] **pasiva.**

Todas aquellas personas -físicas o jurídicas- que, de acuerdo con lo establecido en el Código Penal, sean civilmente responsables de las consecuencias dañosas o perjudiciales del hecho típico y no justificado.

Lo expresa con claridad el artículo 433 CPP (equívocamente epigrafiado: *Demanda*): **La demanda deberá ser dirigida contra los condenados, contra los responsables civilmente según lo dispuesto en el Código Penal o contra los terceros que, por previsión legal o relación contractual, son responsables civilmente como consecuencia de la conducta de que se conoció en el respectivo proceso.**

Desarrollando analíticamente su contenido, incluye:

[b.2.1] los condenados penalmente cuando sean además civilmente responsables;

[b.2.2] los acusados absueltos por concurrir una causa de inimputabilidad o de exculpación, en el mismo caso;

[b.2.3] los que sean subsidiariamente responsables de los anteriores, una vez hecha excusión de los bienes de los responsables principales;

[b.2.4] los terceros que, por previsión legal o relación contractual, son responsables civilmente como consecuencia de la conducta de que se conoció en el respectivo proceso.

Esta última previsión parece incluir a las entidades aseguradoras, que podrán ser demandadas en relación de litisconsorcio, como deudoras solidarias con los tomadores del seguro, con arreglo al **artículo 1211 del Código de Comercio**, a cuyo tenor, el seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.

3.2. Procedimiento.

3.2.1. La demanda.

El procedimiento se iniciará por demanda.

De acuerdo con el **artículo 434 CPP** (*Contenido de la demanda*), la demanda deberá contener:

1) Los datos de identidad de la **persona demandante, y en su caso, de su apoderado legal, y su domicilio**;

2) La identidad de la **persona o personas a quienes se demande, y el respectivo domicilio** donde deban ser citadas;

3) El **fundamento de derecho que invoca**;

Este apartado implica la determinación del título de legitimación activa: víctima (directa o indirecta) o heredero de ella.

Su condición derivará de los hechos que se declaren probados en la correspondiente sentencia penal, así como de los pronunciamientos que en ella se hagan sobre la autoría de los productores de la desposesión o de los daños y perjuicios cuya reparación se pretende.

4) La expresión concreta de **la restitución, reparación o indemnización** que pretender, determinando individualizadamente la **cuantía** correspondiente a la distintas **partidas resarcitorias**;

[a] la demanda de restitución y, en su caso, separadamente, de la cuantía en que se estime la reparación de perjuicios y menoscabos, así como, también de forma individualizada, la estimación del *daño de afección*;

[b]

[b.1] la demanda de reparación de daños materiales, enumerando separadamente cada uno de ellos, con su respectivo importe; y, en su caso,

[b.2] la demanda de reparación de daños morales en sentido estricto, con la estimación económica de su respectiva compensación.

[b.3] en caso de daño corporal, se especificará:

[b.3.1] en caso de muerte:

[b.3.1.1] importe de los gastos de entierro y funeral

[b.3.1.2] importe de eventuales gastos de asistencia sanitaria hasta el momento del fallecimiento

[b.3.1.3] daño moral estricto, concretando la estimación económica de su compensación

[b.3.1.4] lucro cesante

[b.3.2] en caso de lesiones

[b.3.2.1] cada daño biológico (anatómico o fisiológico, orgánico o funcional) y su estimación económica;

[b.3.2.2] su repercusión en la vida personal de la víctima (disminución de su *calidad de*

vida, en sus diferentes manifestaciones)

[b.3.2.3] gastos producidos (por ejemplo: por asistencia sanitaria o parasanitaria)

[b.3.2.4] lucro cesante

[c] la enumeración separada de los perjuicios y su correspondiente estimación económica.

5) La **pruebas** que hayan de practicarse para acreditar los daños y perjuicios alegados y se relación de casualidad con el hecho ilícito.

Los hechos que se fijen como probados en la sentencia no precisarán ser probados en este proceso especial.

La demanda estará acompañada de una copia autenticada de la sentencia condenatoria.

3.2.2. Diligencias preparatorias.

El **párrafo final del artículo 435 CPP** dispone que, **por desconocimiento de los datos de identificación del demandado o si se ignora el contenido del contrato por el cual debe responder un tercero, el demandante podrá solicitar al Juez diligencias previas, a fin de preparar la demanda.**

El demandante, en su solicitud, expresará su propósito de interponer demanda de resarcimiento, con detalle de la sentencia dictada (órgano sentenciador, número de causa, fecha de la sentencia, identificación de los intervinientes y transcripción de los hechos probados y de su parte dispositiva) a fin de justificar la razonabilidad de su solicitud, así como los datos ignorados y actuaciones precisas para su conocimiento; y el Juez de Ejecución podrá -por analogía con lo establecido por el artículo 435 CPP- recabar información complementaria y dispondrá, en su caso, la práctica de las diligencias de averiguación interesadas y que sean útiles para los fines que se trata de obtener.

Para el conocimiento del contenido de un contrato con relevancia para la determinación de la responsabilidad civil, se podrá utilizar un requerimiento de exhibición análogo al previsto por el artículo 250 del Código de Procedimientos Comunes.

Estas actividades preparatorias se practicarán antes de la presentación de la demanda, como se colige del inciso final del párrafo final del artículo 435 CPP, en que se prevé que las diligencias previas tendrán como finalidad «preparar la demanda».

Una vez obtenida la información precisa, se dará traslado al futuro demandante, a fin de que pueda redactar definitivamente su demanda y presentarla al Juez de Ejecución.

3.2.3. Examen de la demanda y admisión o rechazo.

3.2.3.1. Examen de la demanda.

De acuerdo con inciso primero del **artículo 435 CPP (Admisibilidad)**, el Juez «... examinará la demanda ...».

3.2.3.2. Apreciación de defectos formales.

[a] Requerimiento de subsanación.

Si el Juez aprecia la falta alguno de los requisitos formales establecidos en el Artículo 434, **intimará al demandante para que los corrija dentro del plazo de cinco días** (artículo 435, 1, segundo inciso, CPP).

[b] Falta de subsanación: rechazo de la demanda.

«... Vencido el plazo sin que el requerido proceda a la corrección, se rechazará la demanda.

El rechazo de la demanda por motivos formales será apelable antes de Corte de Apelaciones respectiva. Si el recurso fuere desestimado, la parte demandante sólo podrá reproducir su reclamación por la vía ordinaria. ...»

[c] Subsanación: admisión de la demanda.

Subsanados dentro de plazo los defectos formales apreciados, se pasará al examen de su contenido material.

3.2.3.3. Examen del contenido material de la demanda.

3.2.3.3.1. Fase probatoria preliminar.

El penúltimo párrafo del artículo 435 CPP establece que, **si el Juez considera formalmente admisible la demanda ordenará practicar las pruebas propuestas por la parte demandante dentro del plazo de quince días hábiles prorrogables motivadamente a veinte días igualmente hábiles.**

Pese a los términos imperativos en que está redactado el precepto, el Juez podrá denegar la práctica de pruebas prohibidas legalmente, impertinentes o inútiles.

3.2.3.3.2. Resolución sobre la admisión de la demanda a trámite.

Practicada, en su caso, la prueba propuesta, el Juez dictará auto motivado [resolviendo si procede admitir la demanda a trámite o rechazarla.], apelable ante

la Corte de Apelaciones respectiva.

Así lo dispone el último párrafo del artículo 435 CPP.

A diferencia del caso del juicio de admisibilidad por motivos formales, este auto será apelable tanto en el caso de admisión como de rechazo de la demanda a trámite.

3.2.4. Procedimiento posterior a la admisión de la demanda

3.2.4.1. Orden provisional de restitución reparación o indemnización y embargo subsidiario de bienes.

Como queda expuesto, el orden metódico de la actividad procedimental en este modelo procesal se invierte en relación con el del juicio ordinario. La preexistencia de la sentencia declarativa de la realidad del hecho típico y no justificado explica que la admisión de la demanda lleve consigo la ejecución provisional de la pretensión objeto de aquélla.

El **artículo 436 CPP** establece:

Admitida la demanda, el Juez dictará resolución motivada ordenando provisionalmente la restitución, reparación o indemnización conforma a lo solicitado.

La resolución [que, a falta de previsión legal expresa, adoptará la forma de **auto**] contendrá :

- 1) La **identidad y domicilio del demandante**, y en su caso, de su apoderado;
- 2) La **identidad y domicilio del demandado**.
- 3) La **orden de restituir, reparar los daños materiales o morales o indemnizar los perjuicios, con su descripción concreta y detallada, y su importe exacto; y,**
- 4) La **orden de embargar bienes suficientes para responder de la restitución, reparación o indemnización y las costas, o cualquier otra medida cautelar de carácter real.**

Esquema de la ejecución provisional de la demanda resarcitoria.

[a] El Juez ordenará al demandado restituir, reparar los daños o indemnizar los perjuicios que detalle en el término de veinticuatro horas.

[b] Si el demandado cumple la orden judicial y entrega la cosa o paga íntegramente el importe requerido, esta actitud habrá de entenderse como

allanamiento tácito a la demanda, y **el Juez, por auto, declarará concluido el procedimiento.**

[c] **Si el demandado consigna** la cosa o el importe fijado por el Juez, se entenderá que no se allana a la demanda y **continuará el procedimiento, sin procederse al embargo de bienes.**

[d] **Si el demandado no procede al pago ni a la consignación**, sin necesidad de nueva citación ni providencia, **se procederá al embargo de sus bienes.**

El Código de Procedimientos Comunes se aplicará supletoriamente, de acuerdo con lo previsto por el último párrafo de este artículo 436 CPP («... En lo no previsto en este Artículo y en cuanto al aseguramiento de bienes en garantía de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Comunes ...») por lo que los numerales 3 y 4 habrán de interpretarse, puestos en relación con el artículo 457 de dicho Código, del siguiente modo:

[a] El Juez ordenará al demandado restituir, reparar los daños o indemnizar los perjuicios que detalle en el término de veinticuatro horas.

El tenor literal del artículo 436 CPP es equívoco. Podría interpretarse que, hecho el requerimiento de entrega de la cosa o del pago de la reparación o indemnización, se procederá inmediatamente al embargo si el requerido no lo cumple, pero, teniendo en cuenta el reenvío a las normas del procedimiento civil común y la ausencia de motivos reconocibles para un tratamiento diferencial de la demanda resarcitoria subsiguiente a un proceso penal, parece razonable extender a este caso lo dispuesto por el artículo 457 antes citado.

La orden incluirá la advertencia de que, no verificando el pago o la consignación en el expresado término, se le embargarán bienes suficientes, para el pago.

Aunque en el Código Procesal Penal no se menciona la posibilidad de consignación, ha de entenderse posible, una vez más por aplicación supletoria del de Procedimientos Comunes.

En caso de restitución, la orden tendrá por objeto la puesta de la cosa a disposición del demandante y el pago, en su caso, del importe de los deterioros y menoscabos y la suma en que se concrete la compensación del daño de afección.

[b] Si el demandado entrega la cosa o paga íntegramente el importe requerido, esta actitud habrá de entenderse como allanamiento tácito a la demanda, y el Juez, por auto, declarará concluido el procedimiento.

[c] Si el demandado consigna la cosa o el importe fijado por el Juez, se entenderá que no se allana a la demanda y continuará el procedimiento, sin proceder al embargo de

bienes.

[d] Si el demandado no procede al pago ni a la consignación, se aplicará lo dispuesto por el artículo 459 del Código de Procedimientos Comunes y, sin necesidad de nueva citación ni providencia (puesto que ya se habrá ordenado en el mismo auto en que se requiere el pago), se procederá al embargo de sus bienes.

El embargo se llevará a efecto de conformidad con lo prevenido por el ya citado artículo 459 y sus siguientes del indicado Código.

Si las medidas adoptadas implicaren desplazamiento de bienes de personas ejecutadas, el ejecutante prestará, como **contracautela, caución** en garantía del resultado definitivo de la ejecución en trámite.

Si los bienes embargados quedasen en posesión de su titular, se advertirá a éste que incurrirá en **responsabilidad por alzamiento de bienes**, de conformidad con lo previsto en el Código Penal [artículo 237], en caso de su enajenación o gravamen, si no media previa autorización judicial.

No es, por tanto, aplicable al depositario de cosa propia embargada, lo dispuesto en el artículo 373-A del Código Penal, a cuyo tenor lo prescrito respecto del delito de malversación será aplicable a quienes se hallen encargados por cualquier concepto del manejo de fondos, rentas o efectos departamentales o municipales o que pertenezcan a una institución educativa o de beneficencia, así como a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por una autoridad pública aunque pertenezcan a particulares. El artículo 237 prevé una pena de reclusión más grave para el comerciante, pero no añade pena pecuniaria, como el 370, al que ha de entenderse remite el 373-A.

3.2.4.2. Objeción.

En la misma resolución **el Juez emplazará a la persona demandada para que dentro de diez días pueda objetar la resolución.**

La objeción u oposición no impugna el auto ordenando la ejecución provisional, sino la demanda de responsabilidad civil.

3.2.4.2.1. Ausencia de objeción.

«... Si no se objeta la resolución en el plazo establecido, quedará firme la orden de restitución, reparación o indemnización y el Juez ejecutará la decisión. Regirán en lo pertinente, las normas del Código de Procedimiento Comunes. ...». Así lo dispone el **penúltimo párrafo del artículo 437 CPP.**

3.2.4.2.1. Proposición de objeciones.

Las objeciones que cabe oponer son tasadas y muy pocas; muchas menos, desde luego, que las enumeradas por el artículo 471 del Código de Procedimientos Comunes en caso de juicio ejecutivo.

El **artículo 437 CPP** (Objeción) establece, en su **primer párrafo**:

«... El demandado sólo podrá objetar la legitimación del demandante y la cuantía de la reclamación ...».

El contenido de la legitimación del demandante ha de entenderse en sentido amplio, de modo que el demandado pueda contradecir los hechos fundadores de la pretensión de aquél, quien ya ha tenido oportunidad de acreditarlos preliminarmente. Comprenderá, pues,

[a] la realidad del desapoderamiento ilícito de una cosa propiedad del demandante;

[b] la realidad de la producción de los daños o perjuicios alegados por él, y (como enfatiza Thelma Cantarero),

[c] la relación de causalidad entre el hecho delictivo y los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama.

«... El tercero civilmente responsable podrá objetar, además la existencia o legitimidad de su propia responsabilidad ...», añade el párrafo siguiente del artículo 437 CPP.

El alcance del precepto no es fácil de precisar.

El tercero civilmente responsable (incluido el partícipe lucrativo) podrá alegar, además de la falta de legitimidad del demandante y la cuantía del resarcimiento (o de cualquiera de sus partidas):

[a] que no es real la relación fundamentadora de la responsabilidad;

[b] que esa relación no es de las que legalmente entrañan la responsabilidad civil por el hecho de una tercera persona; o

[c] que concurre una causa de exclusión de esa responsabilidad; por ejemplo, la observancia del debido cuidado del comportamiento del inimputable causante material del daño.

«... El escrito de objeción deberá ser fundado y acompañado de toda la prueba que respalde la objeción. ...» (Artículo 437.3 CPP).

No se prevé el examen de admisibilidad del escrito por el Juez, pero sí se entiende implícito su poder de rechazar las pruebas ilegales, impertinentes o inútiles.

«... Presentada la objeción, el Juez convocará a las partes a una audiencia de conciliación y prueba dentro de los diez días hábiles siguientes ...» (Artículo 437.5 CPP).

«... El día y hora señalados, el Juez realizará la audiencia, procurará la conciliación de las partes, se producirá la prueba ofrecida y oirá el fundamento de las pretensiones. ...» (Artículo 438 CPP).

Los párrafos segundo y tercero del mismo artículo 438 CPP establecen:

«... La incomparecencia del demandante implicará el abandono de la demanda y su archivo. Si el demandado no comparece, quedará firme la resolución a que se refiere el artículo 436 y se procederá a su ejecución.

»En caso de que sean varios los demandados y alguno de ellos no comparece, el demandado que no compareció quedará vinculado a las resultados del procedimiento sin necesidad de impugnarlo. ...».

Este último inciso parece un tanto incoherente en relación con el contexto. Como la primera parte es clara, es razonable la opinión de Thelma Cantarero: el demandado incomparecido queda vinculado a lo que se resuelva en definitiva.

La audiencia se estructura en tres fases:

[a] **Intento de conciliación.** El Juez procurará la aproximación de las respectivas posiciones de las partes, en busca de una solución consensuada. Su tarea es delicada, puesto que no debe presionar sobre ellas anticipando abiertamente o sugiriendo su eventual decisión, a falta de avenencia.

De llegarse a una conciliación, el Juez dictará auto motivado ratificando los términos de la transacción quedando expedito el paso a la fase de su ejecución.

[b] **Práctica de la prueba propuesta por el objetante y admitida por el Juez.**

[c] **Audiencia de las partes.** Tendrá por objeto el análisis del resultado de la prueba que pueda practicarse y la fundamentación de la objeción.

Intervendrá en primer lugar el demandado objetante, de acuerdo con el brocardo *«reus in excipiendo fit actor»*; el demandado, en cuanto a las objeciones o motivos de oposición, tiene la consideración de actor.

El artículo 438 CPP, finalmente, establece:

«... Por último, el Juez dictará la resolución definitiva de restitución, reparación o

indemnización, o rechazará la demanda.

»La indicada resolución será apelable en ambos efectos. ...».

La resolución adoptará la forma de sentencia (como en el juicio ejecutivo civil, tal como se dispone en el artículo 478 del Código de Procedimientos Comunes), puesto que resuelve el fondo del litigio objeto del proceso especial.

Aunque el tenor literal del artículo 139.3 CPP y el hecho de que este juicio sea conocido y decidido por el Juez de Ejecución pudieran resultar desorientadores, no se trata de una sentencia *interlocutoria*, puesto que pone fin a un proceso especial derivado del pena, pero que no se confunde con él ni forma parte de la ejecución de la sentencia condenatoria, regulada separadamente por los artículo 381 y siguientes.

Por último, ha de tenerse en cuenta lo previsto por el **artículo 440 CPP (*Repetición*)**: **Los terceros demandados deberán cumplir la resolución sin perjuicio del derecho de repetición contra los directamente obligados, en juicio ordinario civil posterior. También podrán ejercer acción por la misma vía contra el propio demandante, fundándose en que no hubo causa suficiente para la obligación que se les hizo cumplir.**

Como se parte de que los terceros demandados han tenido oportunidad de formular y probar esas objeciones en el proceso especial, esta oscura disposición sugiere que, en cuanto a ellos, lo resuelto en aquél no produce efecto de cosa juzgada, de modo que, en esa medida, constituiría un proceso sumario en sentido procesal estricto y no en el meramente procedimental.

3. Pronunciamientos accesorios.

En las resoluciones que adoptan la forma de providencias, autos y sentencias interlocutorias, el mandato principal puede complementarse con otros accesorios para su ejecución o que ordenen la producción de efectos indirectos derivados de la disposición principal.

El auto que disponga la celebración de una audiencia, cualquiera que sea su clase, incluirá el mandato de citación de las partes que puedan o tengan que asistir a ella, comisionando al Secretario judicial para que disponga lo preciso para su ejecución material (artículo 137 CPP).

El auto que constituye a una persona imputada o acusada en prisión provisional contendrá la orden de que materialmente sea conducida al centro de detención que se especifique.

Si se dispone el internamiento cautelar de una persona imputada o acusada que

presente síntomas de enfermedad mental y concurran los demás presupuestos legitimadores de la prisión provisional, el artículo 185 CPP ordena al órgano judicial que establezca el establecimiento especializado donde la persona imputada o acusada ha de ser internada, y que adopte las precauciones necesarias para impedir su fuga.

El auto que declare la nulidad total o parcial de alguna resolución o de una serie de actos judiciales, se expresará el ámbito de la ineficacia declarada. Por ejemplo: en caso de un juicio celebrado sin la intervención de la persona acusada, cuando no haya sido citada en el tiempo y forma debidos, se declarará la nulidad a partir del comienzo de su celebración, debiendo reproducirse íntegramente.

El artículo 220 CPP enuncia detalladamente las disposiciones que ha de tomar el órgano judicial respecto de cosas secuestradas.

Cuando se dicte una resolución que trunque, provisional o definitivamente el procedimiento, el órgano judicial habrá de establecer el destino de los objetos secuestrados. En caso de sobreseimiento meramente provisional, procederá mantener algún tipo de cautela para el caso de que se reanude el procedimiento, sirviendo de pauta el ya invocado artículo 220 CPP. Por el contrario, si se trata de sobreseimiento definitivo, habrán de restituirse a sus legítimos poseedores, a menor que se trate de efectos absoluta o relativamente prohibidos.

Además de lo que pueda exponerse a propósito de la motivación de ciertos extremos de la parte dispositiva de la sentencia, el estudio concreto de estas disposiciones accesorias corresponde al de los diferentes casos particulares en que está previstas general o específicamente.