

CURSO DE JUECES DE SENTENCIA

EL MANEJO DEL JUICIO ORAL

Consultor Nacional:

**DR. JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO
MAGISTRADO DE LA AUDIENCIA
1PROVINCIAL DE MADRID.**

Tegucigalpa, M.D.C., Septiembre, 2001

INDICE

1. El juicio verdadero.....Pág. 3
2. El juicio oral y público. Principios generales del
Procedimiento.....Pág. 10
3. Los principios rectores del juicio oral en el código
Procesal penal.....Pág. 24
4. Los protagonistas del juicio oral.....Pág. 64
5. El desarrollo del juicio oral.....Pág. 73
6. El desarrollo del debate.....Pág.
80
7. La conclusión del
debate.....Pág.188
8. La documentación del juicio oral. El acta del juicio.....Pág.195
9. El cierre del
debate.....Pág.198

EL MANEJO DEL JUICIO ORAL

Jesús Fernández Entralgo

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

¹

"... [No] es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos

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.

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 ...

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]

verdadero³.

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

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 ...*])

proceso que se desprende de los respectivos preceptos de esos textos internacionales pasan a integrar, en virtud de aquel reenvío constitucional, Derecho interno hondureño.

1.1. 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 ofalta, 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. ...[].

1.2. 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

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.

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

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.

acepción de proceso penal que lo identifica con el *fenómeno procesal penal*, comprensivo del proceso penal en sentido estricto y de sus etapas preparatorias⁷.

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»,

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. ...□.

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

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. El juicio oral y público. Principios generales del procedimiento.

Los principios del proceso contienen las directrices del comportamiento de las partes dentro de él, sus posibilidades y sus cargas, y la formación y apreciación del objeto procesal.

Los 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 procesales⁹.

En el juicio oral rigen en toda su plenitud los principios estructurales

⁹

Montero Aroca, J., [Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso], Tecnos, Madrid, 1976, págs. 210 y ss.; Gimeno Sendra, V., [Fundamentos de Derecho Procesal], Civitas, Madrid, 1981, págs. 180-181

del proceso, construido sobre el modelo acusatorio, a saber: de dualidad de posiciones de parte, en pie de igualdad de armas, con efectiva oportunidad de contradicción¹⁰.

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 ...»¹¹.

Se ha sostenido que «...las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas...Las normas procesales deben únicamente garantizar que el derecho material se concrete de modo irrevocable a través de la declaración judicial en la forma más idónea posible...»¹². No obstante, la mayoría de los especialistas admiten el impacto de las ideas políticas vigentes en cada momento en una comunidad, sobre las instituciones procesales¹³.

10

Sobre ello, Fernández Entralgo, J., «Principios del Proceso y Principios del Procedimiento», en Palacios Mejía, J.M. y Fernández Entralgo, J., (Coordinadores), «Código Procesal Penal Comentado» (Honduras), Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional\Cooperación Española/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs. 1 y ss.; y «Los principios de legalidad (u obligatoriedad) en el proceso penal», ibidem, págs. 142 y ss.; y Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», ibidem, págs. 490 y ss.

11

Gimeno, loc. cit., pág. 271

12

Serra Domínguez, M., «Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesal)», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1972, 2-3, pág. 513

13

Una muestra de posiciones a propósito del debate sobre la pretendida neutralidad de las instituciones y normas procesales: Montero, loc. cit., págs. 212 y 215; Gimeno, loc. cit., págs. 177-179; Prieto-Castro, L., «Informe general sobre los principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones», en «Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 689-700; Fairén Guillén, V., «Los principios procesales de oralidad y

Singularmente, la opción por un concreto modelo de proceso penal, y en la medida en que éste puede ser contemplado como instrumento de control social, no es ajena a la concepción que se profesa sobre la orientación que debe presidir las relaciones de los ciudadanos entre sí, y respecto del Estado. Hace medio siglo, y en un momento histórico especialmente turbulento, el profesor James Goldschmidt escribió unas palabras que se han convertido en cita tópica: «...los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución...»¹⁴.

2.1. La pauta de la oralidad.

El proceso puede ser concebido como el marco escénico para la presentación y comprensión del caso¹⁵; y los protagonistas del drama procesal se comunican entre sí, y pueden comunicar a los cada vez más amplios «auditorios»¹⁶ (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 comunicativo¹⁷.

publicidad y su carácter técnico o político», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1975, págs. 316-317

14

Goldschmidt, J., «Principios generales del proceso: Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», Buenos Aires, 1961 (cito por Montero, loc. cit., págs. 210-211); una cita más extensa -por la edición española de 1935- puede verse en Fairén Guillén, V., «La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español», en «Temas del Ordenamiento procesal», II, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 1201

15

Hassemer, W., «Fundamentos del Derecho Penal», Bosch, Barcelona, 1984

16

Se utiliza la expresión en el sentido de Perelmann, Ch., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Civitas, Madrid, 1979.

17

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. ...¹⁸. 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. ...¹⁹.

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

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. ...]

18

Montero Aroca, J., [El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal], en [Justicia 83], 1983, II, pág. 267

19

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

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, la concentración, la intermediación y la celeridad.

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-Engel²⁰), 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..."²¹.

La relación entre publicidad y oralidad resulta menos clara, pese a contar con el precedente de Montesquieu²². 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 ..." ²³

Actualmente parece existir cierto consenso, entre la doctrina especializada, acerca de dos extremos.

²⁰

Klein-Engel, "Der Zivilprozess Osterreichs", Berlin-Leipzig-Manheim, 1927, pág. 220

²¹

"Principios ..." cit., pág. 559, con cita de Klein-Engel

²²

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

²³

Goldschmidt, J., "Problemas jurídicos y políticos ..." cit., págs. 84-85; también Prieto-Castro,

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...»²⁴.

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.

La oralidad se incluye como una de las pautas organizativas del procedimiento penal²⁵ ya en el primer artículo del Código Procesal Penal. Llorente Fernández de la Reguera la conecta ingeniosamente con el artículo 94 de la Constitución²⁶, 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

24

«Proceso oral y proceso escrito», en Cappelletti, M., «La oralidad y las pruebas en el proceso civil», EJE, Buenos Aires, 1972, págs. 11-12

25

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

26

Loc. cit., pág. 494

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 de 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 CPP²⁷), abriéndose una audiencia, también oral, para la determinación de la pena (artículo 343 CPP), extremo que resolverá el Tribunal en su sentencia.

2.2. La pauta de publicidad.

Publicidad y oralidad representan -escribe Maier²⁸- [...] 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 abierta²⁹ y transparente³⁰, en la que se pueda conocer

²⁷

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

²⁸

Maier, J.B.J., [Derecho procesal penal], I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996, pág. 652

²⁹

En cuanto sociedad [...] que pone en libertad las facultades críticas del hombre ...], Popper, K.R., [La sociedad abierta y sus enemigos], Orbis, 1984, I, pág. 15

³⁰

Vattimo, G., [La sociedad transparente], Paidós/ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona-Buenos Aires-México, 1989

cuanto -como es la actividad jurisdiccional penal- es res publica, objeto de interés colectiva.

Sabido es cómo Michel Foucault³¹ 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 poder³². 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 ...»³³. Es tónica la cita de Mirabeau, en discurso ante la Asamblea Nacional francesa, y que recoge Bentham³⁴: «... 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

³¹

Hace dos siglos se inició la desaparición de lo que Foucault llama muy expresivamente «la fiesta punitiva». «... El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro ...». «... El castigo tenderá ... a convertirse en la parte más oculta del proceso penal ...». La eficacia disuasoria de la pena ya no deriva tanto de «... la percepción casi cotidiana ...» de su ejecución; «... es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen ...». Así cobra una creciente importancia la publicidad de los debates y de la sentencia (Foucault, M., «Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión», siglo veintiuno editores, Madrid, 1978, págs. 16-17)

³²

Ferrajoli, loc. cit., págs. 616 y ss., explica -con abundante apoyo bibliográfico- la función garantista que desempeña la pauta de publicidad.

³³

Beccaria, C., «De los delitos y de las penas», capítulo XIV en la edición Harlem (Bruguera, Barcelona, 1983, págs. 77-78), y VII en la Morellet (Temis, Bogotá, 1990, pág. 14)

³⁴

En su «Tratado sobre la organización judicial», XVI, cit. por Ferrajoli, loc. cit., pág. 686

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 partes³⁵. La segunda desborda el contexto de los principios del procedimiento, y compromete la efectividad del principio procesal de audiencia bilateral o de contradicción³⁶.

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 juicio³⁷.

³⁵

Chioventa, [Instituciones ...] cit., págs. 201-203; Gimeno, [Fundamentos ...] cit., pág. 236; Fairén Guillén, V., [Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial], EDERSA, Madrid, 1986, págs. 280 y ss. La contraposición entre publicidad [externa] e [interna] es coincidente (Llorente, loc. cit., pág. 493)

³⁶

Fairén, [Comentarios ...], págs. 281 y 285; Montero, loc. cit., págs. 272-273 considera la publicidad para las partes como un principio no del procedimiento, sino del proceso.

³⁷

Llorente Fernández de la Reguera, loc. cit., págs. 493-494. Advierte que [lo] esencial

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.

2.3. Las pautas de intermediación, concentración y continuidad.

2.3.1. La pauta de intermediación judicial.

El artículo 306 CPP preve claramente que el juicio se celebre en

no es tanto la presencia efectiva de asistentes, como la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda acudir a las audiencias sin más restricciones que las previstas en el artº 309 del Código, mientras se disponga de espacio para ello ... Es suficiente, por tanto, que la posibilidad de acceso del ciudadano sea real y efectiva para que se respete el principio de publicidad externa, haya o no público presente dentro de la sala de vistas. ... (loc. cit., pág. 493); véase, asimismo, Fortín, M., loc. cit., pág. 507

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 inmediación 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 ..."³⁸. 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).

2.3.2. Las pautas de concentración y de continuidad. Preclusión y eventualidad.

38

Maier, J.B.J., [Derecho procesal penal], I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996, pág. 657; Fairén Guillén, V., [Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial], EDERSA, Madrid, 1986, págs. 657;

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 ...".³⁹

James Goldschmidt, el gran teórico del principio de concentración lo identifica con el ideal de "unidad de acto"⁴⁰. 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..."⁴¹.

39

Fairén Guillén, V.. "Notas sobre el principio de concentración", en sus "Estudios ..." cits.,pág. 282; Gimeno, "Fundamentos ..." cit., pág. 233. Llorente advierte que la concentración "... contribuye a la celeridad del procedimiento y ésta se configura como un derecho de los justiciables a un proceso sin dilaciones indebidas, sin merma de la tutela judicial efectiva, como se colige del artículo 8º del Código. ..." (loc. cit., pág. 497)

40

Goldschmidt, J., "Problemas jurídicos y políticos ..." cit., pág. 88. Llorente, loc. cit., pág. 497. Goldschmidt se refirió a este principio de concentración (como contrapuesto al de "eventualidad") al comentar la reforma de 13 de mayo de 1924: Gimeno, "Fundamentos ..." cit., pág. 233. Sobre la diferencia entre "concentración de las actividades procesales" y la "concentración del contenido del proceso", elaborada por Franz Klein, véase Fairén, "Notas ..." cits., págs. 283 y ss.; y "Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales", Librería Bosch, Barcelona, 1990, págs. 400 y ss.

41

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 procedimentales⁴².

«... [Donde] se manifiesta con mayor claridad el principio de concentración es en el juicio oral...»⁴³, dominado por el arquetipo de la «... unidad entre el debate y la sentencia ...»⁴⁴.

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. ...»⁴⁵. 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) ...»⁴⁶.

A imprimir una mayor rapidez y facilitar la concentración de la actividad del proceso contribuye la introducción de un cierto grado de preclusión⁴⁷, estableciendo un tracto desglosado en fases y tiempos para que

Loc. cit., pág. 163. En términos coincidentes se manifiesta Montero, loc. cit., pág. 271

42

Alcalá-Zamora y Castillo, N., «Proceso oral y abogacía», en «Estudios de teoría general e historia del proceso», II, México, 1974, págs. 17 y 19 (por Montero, loc. cit., pág. 217)

43

Montero, loc. cit., págs. 271-272; Gimeno, loc. cit., pág. 236

44

Maier, loc. cit., pág. 657

45

Fairén Guillén, «Doctrina General ...» cit., pág. 400

46

Fairén Guillén, «Doctrina General ...» cit., pág. 402

47

Gimeno Sendra, «Fundamentos ...» cits. pág. 234. El principio de *preclusividad* rígida - escribe Prieto-Castro- «... lleva consigo el de *eventualidad*, con el que se quiere significar

se produzcan las alegaciones y la proposición y práctica de las pruebas, transcurridos los cuales se pierde ya la oportunidad de hacerlo.

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

que, al no ser recuperable la ocasión que se pierde de realizar un acto dentro de la etapa preclusiva a la que pertenezca, en cada una de las fases o etapas se han de realizar todas las alegaciones y usar todos los medios de ataque y de defensa de que se disponga, por el método de *acumulación eventual (ad omnium eventum)*, es decir, para estar prevenido, por si uno o varios de tales alegaciones o medios no surten efectos. ...]: Prieto-Castro, [Tratado ...] cit., pág. 544. En el juicio oral, se establecen una sucesión de fases preclusivas (a modo de [actos] del [drama] procesal) que tratan de establecer un cierto [ritmo] en el desarrollo de aquél (Fairén, [Doctrina General ...] cit., pág. 407). En el Código Procesal Penal, iniciada la audiencia, y tras un preámbulo, destinado a dejar clara la conformidad del acusado con la acusación o su oposición a ella, y, en este segundo caso, el establecimiento del calendario de desarrollo del juicio, se abre el debate (artículo 319 CPP.1-4). Siguen, a continuación, las siguientes fases o etapas, todas ellas dominadas por la preclusión: [a] presentación del caso (artículo 319.4 CPP); [b] período de saneamiento procesal, resolviendo posibles incidentes (artículo 320); [c] posible ampliación de la acusación (artículo 321 CPP); [d] eventual conformidad unilateral o pactada (artículo 322 CPP); [e] declaración del imputado (artículos 323-324 CPP); [f] práctica de las pruebas pericial, testifical y documental (artículos 325-332 CPP); [g] práctica de diligencias para mejor proveer (lo que constituye una cierta quiebra de la preclusividad: véase, en relación con el proceso penal español, Fairén, loc. cit. más arriba); [h] Discusión final; [i] intervención de la víctima; [j] *última palabra* del acusado; y [h] cierre del debate.

debate por un plazo máximo de quince días, por alguna de las razonables causas establecidas en el artículo 312 CPP.

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 sentencia⁴⁸.

3. Los principios rectores del juicio oral en el Código Procesal Penal.

3.1. El principio de inmediación.

El primer párrafo del artículo 306 CPP (Concentración) establece: [...]

48

Maier (loc. cit., pág. 659) explica que [... [la] posibilidad que otorgan las leyes de enjuiciamiento para que, en casos excepcionales, el tribunal sólo lea el dispositivo inmediatamente después de deliberar y votar, y exteriorice los fundamentos, consignados ya por escrito en una audiencia posterior a breve plazo, no constituye una excepción a la regla, pues la deliberación contiene los fundamentos del fallo y la autorización sólo obedece a la dificultad de consignarlos por escrito en casos complejos o cuando, por lo avanzado de la hora resulte imposible esa tarea. ...]; y, coincidiendo con Vélez Mariconde, A. (["Derecho Procesal Penal", Lerner, Buenos Aires, 1969, I, pág. 432), disipa los recelos que llevaban a Alcalá-Zamora y Castillo, N. (["La reforma del enjuiciamiento penal argentino", en "Revista de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1945, párr. 61), Pomata, T. (["Sistemas de comunicación. Sistema de conservación", en "La Ley", 1957, 119, pág. 1251) y López-Rey y Arrojo, M. (["Proyecto de Código para Bolivia", Córdoba-Argentina, 1946pág. 40) a escandalizarse de la posibilidad de una fundamentación construída con posterioridad al fallo, advirtiendo que su error [...] consiste en no apreciar que los verdaderos fundamentos del fallo son fruto ed la deliberación y votación de los jueces y que ellos, naturalmente, se llevan a cabo en forma oral. Redactar por escrito los fundamentos de la sentencia -vertir por escrito la deliberación y la votación oral- es tarea que requiere algún tiempo, más aún en casos complejos: la autorización sólo atiende a esta necesidad. ...]

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. ...]⁴⁹.

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 Aguilar⁵⁰)- 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.

⁴⁹

Fortín Aguilar, M.A., Comentarios a los artículos 304 a 334, en Palacios & Fernández, págs. 504-505

⁵⁰

Mismo lugar citado en la nota anterior.

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.

3.2. El tiempo del juicio oral. Concentración y continuidad: posibilidades y límites de suspensión del 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 concorra 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.

3.3. El lugar del juicio oral: la Sala de Justicia.

La sala de Justicia es el escenario del proceso; es la "arquitectura de la verdad"⁵¹.

En la *Ilíada* (XVIII, 497-508), Homero describe la escena grabada por Hefestos sobre el escudo destinado a Aquiles. Dos hombres litigan por la indemnización supuestamente debida por uno de ellos al otro, en resarcimiento de la muerte de un tercero. En la plaza, la gente se agolpa en torno, y toma partido por alguno de los litigantes. Dos alguaciles contienen al público. Los ancianos se sientan formando un círculo sagrado. Por turno, se levantan y dan su opinión. Dos talentos de oro esperan a aquél cuya decisión parezca más adecuada.

He aquí, para Denis Salas⁵², un ejemplo arquetípico del espacio procesal "circular", propio del desarrollo de un proceso entre iguales. Porque

⁵¹

Sobral, J., "El abogado como psicólogo intuitivo", *Anuario de Psicología Jurídica*, 1, 1991; Picot Canaleta, I., "Análisis del espacio de un Tribunal de Justicia", en "El juicio oral", *Studia Iridica*, Consejo General del Poder Judicial/Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1994, pags. 97 y ss.

⁵²

Salas, D., "Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès", Presses Universitaires de France, París, 1992. Para Picot i Canaleta (loc. cit. en la nota anterior) ese espacio circular es el más adecuado al modelo democrático de proceso.

iguales eran entre sí, se sentaban a una mesa circular los caballeros del Rey Arturo. Y no es casual que los barones que, a las orillas del Runnymede, en 1215, obligan, al Rey Juan a otorgar la que se denominaría *“Magna Charta”* (forma abreviada de lo que, en realidad, se titulaba *“Capitula quae barones petunt et Dominus Rex concedit”*), exijan no ser juzgados *“... nisi per legale iudicium parium suorum ...”*. Sólo sus iguales -entiéndase los de los barones, si no se quiere tergiversar la realidad de la época- podrían juzgarlos legalmente.

El modelo tradicional, a partir de la generalización del modelo inquisitivo, organiza el espacio escénico procesal de modo bien distinto. Los estrados constituyen el escenario y su disposición adopta una estructura triangular, que sitúa al juez en un vértice.

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 triangularmente.

La posición del acusado mejora cuando se sienta junto a su Defensor (como ocurre en el modelo angloamericano, y en el juicio español ante el Tribunal del Jurado), 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. Es preferible que declaren sentados, para contribuir a su mayor distensión.

No es difícil ver el espacio procesal triangular como la traducción escénica de la relación jurídica también triangular construida por von Bülow⁵³ y Wach⁵⁴ para explicar la naturaleza jurídica del proceso.

⁵³

Bülow, O. von, *“Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvor-aussetzungen”*, Giesen, 1868

⁵⁴

Wach, A., *“Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts”*, Leipzig, 1885

El público, espectador, queda excluido del desarrollo de la acción escénica, ocupando un espacio diferente dentro del conjunto de la Sala de Justicia. 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.

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, sin tener que atravesar el espacio reservado al público, en prevención del riesgo de amenazas o intentos de agresión.

3.3.1. El principio general de celebración del juicio oral en la sede del órgano jurisdiccional.

El juicio oral se celebrará, como regla general, en la sede del Tribunal de Sentencia, aunque podrá tener lugar en otro punto, siempre que se encuentre dentro del espacio geográfico de su competencia territorial, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 127 CPP.

En este precepto 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.

Ha de tratarse de un local jurisdiccional o habilitado al efecto. Fortín Pavón⁵⁵ entiende que, a diferencia de lo que se permite en algunos sistemas procesales penales centroamericanos (como el de Costa Rica), no es posible

55

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

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.

3.3.2. Excepciones a la regla general.

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.

Fortín Pavón⁵⁶ defiende la posibilidad de aplicar métodos de declaración de testigos o peritos mediante sistemas de transmisión simultánea de imagen y sonido (□*videconferencia*□), 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 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.

3.4. La forma expresiva de los actos del juicio oral: la pauta de oralidad.

⁵⁶

Fortín Pavón, lugar citado.

3.4.1. La regla general: el artículo 310 CPP.

El artículo 310 CPP (Oralidad del juicio) proclama tajantemente: [...] Las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate, así como, las resoluciones o sentencias que dicte el respectivo Tribunal, serán orales. De todo lo actuado, sin embargo, se dejará constancia en acta, en los términos que se regulan en el Artículo 346⁵⁷ y sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 133 y 134⁵⁸, de este

57

Artículo 346.- Registro de lo ocurrido durante el juicio y contenido del acta. El Secretario dejará constancia en acta de todo lo ocurrido durante el juicio oral y público, la cual contendrá:

- 1) Lugar y fecha de la audiencia, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como, de las suspensiones y de las reanudaciones;
- 2) El nombre y apellidos de los jueces, del Fiscal y del Acusador Privado, en su caso, del Defensor y de los demás intervinientes, con indicación de la función que éstos cumplieron;
- 3) El nombre, apellidos y demás generales del imputado;
- 4) Un resumen del desarrollo del debate, con mención del nombre y apellidos de los testigos, peritos e intérpretes, indicación de lo manifestado por cada uno de ellos y señalamiento de los medios de prueba ejecutados durante la audiencia, incluidos los documentos que hubiesen sido incorporados al debate, por lectura;
- 5) Las solicitudes o peticiones formuladas por las partes durante el juicio, las resoluciones recaídas, un resumen de las conclusiones de las partes y de la intervención de la víctima y del imputado, en su caso, y de la sentencia definitiva proferida;
- 6) Los demás sucesos acaecidos durante el debate, por instrucciones del Presidente del Tribunal o por iniciativa de cualquiera de los jueces, del Fiscal, del Acusador Privado, en su caso, y del Defensor y en particular, de las objeciones hechas por alguna de las partes, a efecto de preparar el recurso de casación por quebrantamiento de forma; y
- 7) La firma del Presidente y del Secretario.

El Tribunal podrá acordar que el acta sea complementada, total o parcialmente, por la grabación magnetofónica o audiovisual, o por otra forma de registro.

Cualquiera de las partes podrá solicitar autorización para grabar o filmar total o parcialmente lo que suceda durante el debate, y el Presidente, en caso de acceder a la petición, ordenará las medidas necesarias, para evitar obstaculización al desarrollo del juicio.

El Secretario entregará de oficio a cada una de las partes, con la copia de la sentencia, un ejemplar del acta.

58

Artículo 133.- Sustitución o complementación de las actas. El acta podrá ser sustituida o complementada total o parcialmente, por otra forma de registro, salvo disposición legal en contrario. En tal caso, quien presida la actuación, adoptará las medidas necesarias para garantizar la inalterabilidad e individualización futura del medio empleado.

Ninguna disposición del presente Código se entenderá que obstaculiza el empleo de sistemas de informática u otros medios modernos para registrar los hechos que deben figurar en actas o documentos análogos.

Artículo 134.- Características de las actas y formas de corrección de las mismas. En las actas o registros, no podrán hacerse raspaduras ni borrones. Tampoco podrán superponerse letras o palabras.

Los errores y las palabras que se sustituyan, se tacharán pasando sobre ellas una línea que no impida la fácil lectura de lo enmendado.

Código. Lo resuelto por el Tribunal se tendrá por notificado, por el sólo hecho de su pronunciamiento. 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. ...□.

3.4.2. La diversa función de los casos de autorización de lectura de actuaciones: el artículo 311 CPP

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

Las palabras o letras omitidas se entrelinearán, dejándose en la parte final del acta o documento que la sustituya, las aclaraciones correspondientes.

[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.

3.4.2.1. 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 intermediación, lo que pone de relieve la

íntima conexión entre estas dos pautas procedimentales, ya destacada con anterioridad.

3.4.2.2. 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]⁵⁹. 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.

59

Gómez Orbaneja, E., [Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal], Bosch, Barcelona, I, 1947, II, 1950, págs. 198-202; Goldschmidt, [Principios ...] cits., pág. 75

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 salvas 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 Ramos⁶⁰, 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...».

⁶⁰

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

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 Mellado⁶¹ 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.

61

Gimeno Sendra, J.V., "Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial", en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1978, 2-3, pág. 329; Asencio Mellado, J.M., "Prueba prohibida y prueba preconstituida", Trivium, Madrid, 1989, pág. 181

Se ha llegado, así, a proponer -por el profesor Montero Aroca⁶²- 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 atenuantes.

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)⁶³.

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 -advierde Goldschmidt⁶⁴- no sería, en puridad, contradictoria de cuanto requiere la plena vigencia del principio de inmediación.

⁶²

□El principio de oralidad ...□ cit.

⁶³

Asencio, loc. cit., pág. 181; Díaz Cabiale, J.A., □La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal□, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pág. 195

⁶⁴

□Problemas ...□ cit., págs. 92-93

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 *Unterpentinger*), 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 juicio⁶⁵, 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

65

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 irrepetibilidad 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*.

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 sentenciador⁶⁶.

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

⁶⁶

Asencio, loc. cit., pág. 178; Ferrúa, P., «Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali», Milán, 1988, págs. 339 y ss.

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. ...].

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 prescindible⁶⁷.

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.

⁶⁷

Paolozzi, G., [Dei testimoni], CEDAM, Padova, 1984, pág. 13; Asencio, loc. cit., pág. 178; Díaz Cabiale, loc. cit., pág. 194

El profesor Asencio Mellado⁶⁸ elaboró el siguiente cuadro comparado (en el ámbito europeo occidental) de causas justificativas de la lectura de antecedentes instructorios:

1. 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).

2. 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).

3. Residencia alejada de la sede del Tribunal (¶ 251.1.3 StPO alemana; ¶ 251.1.1 StPO austríaca).

4. 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:

1. 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).

2. 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)

⁶⁸

Loc. cit., págs. 183-184

3□ Residencia alejada de la sede del Tribunal (artículo 364.2 CPP Guatemala)

4□ 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 citada⁶⁹, 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 Roxin⁷⁰- 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 en este capítulo⁷¹.

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 Villar⁷²- ponderar los intereses en juego y optar entre la lectura sustitutiva, o la suspensión del juicio para la práctica de la prueba.

⁶⁹

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.

⁷⁰

Roxin, C., □Strafverfahrensrecht□, Verlag C.H.Beck, München, 1995

⁷¹

Ortells, loc. cit., págs. 396-397; Díaz Cabiale, loc. cit., pág. 242

⁷²

Loc. cit. págs. 910 y ss.

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...»⁷³.

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 Mellado⁷⁴ 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 irrepetibilidad 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 investigadora⁷⁵.

La introducción, por vía de lectura en juicio, material procedente de la fase instructora, a efectos de formación de la convicción judicial debería hacer

⁷³

Loc. cit., pág. 184

⁷⁴

Loc. cit., pág. 184

⁷⁵

Loc. cit., pág. 241

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, [...] 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. ...⁷⁶. 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

⁷⁶

Díaz Cabiale, loc. cit., pág. 242

virtualidad probatoria que [se atribuye] a las demás pruebas practicadas en el actodel juicio oral...], en palabras de un comentarista tan clásico como Aguilera de Paz⁷⁷.

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.

77

Aguilera de Paz, E., [Ley de Enjuiciamiento Criminal], V.III, Madrid, 1924, (sobre este problema: págs. 505 y ss.)

Algunos sistemas niegan tal posibilidad. El ejemplo más rotundo de esta opción acaso sea el vigente Código italiano de Procedimiento Penal⁷⁸.

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 interrogue al acusado, testigo o perito sobre la contradicción apreciada, para que pueda dar explicación de sus causas, y tengan, las partes, oportunidad de criticarla contradictoriamente⁷⁹.

78

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]. En España, se produce un chocante contraste entre el modelo de juicio ante el Tribunal del Jurado (configurado como Jurado *puro*, a la anglosajona), en el que la lectura de antecedentes sumariales está prohibida siempre que sea posible su reproducción en juicio, y, en caso de contradicción entre manifestaciones sucesivas del acusado o de un perito o testigo, puede utilizarse para desacreditar la prestada en juicio oral, pero no puede utilizarse para fundar el veredicto de culpabilidad, a diferencia de lo que ocurre en los procesos ante tribunales profesionales.

79

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*

La lectura del artículo 311 CPP permite distinguir dos casos y finalidades diferentes de autorización de la lectura de material procedente de la etapa preparatoria⁸⁰.

[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 angloamericano⁸¹) 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.

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.

80

Fortín Aguilar, M.A., Comentario al artículo 311, en Palacios Mejía, J.M. y Fernández Entralgo, J., [Código Procesal Penal Comentado. Honduras] cit. pág. 509

81

Parece preferible esta terminología ([*interrogatorio o examen contradictorio*]) que la utilizada en alguna ocasión aislada por el Tribunal Constitucional español: [*interrogatorio en cruz*], discutible desde el punto de vista literario y desde el de la traducción semántica.

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 transcritas⁸²- 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 anteriores⁸³, a instancia de cualquiera de las partes procesales que pretenda utilizarlas a efectos probatorios.

El declarante será interrogado contradictoriamente sobre esta

82

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.

83

Previamente, se exhibirá el documento al declarante, para que manifieste si reconoce que está firmado (o escrito, si es total o parcialmente autógrafa) 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.

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.

3.4.2.3. 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 intermediación, 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.

3.5. La pauta de publicidad.

3.5.1. La función garantista de la publicidad.

La publicidad del desarrollo del juicio oral produce un innegable efecto garantista. El conocimiento de lo que en él se realiza por un número indeterminado de personas tampoco predeterminadas permite, por una parte, que los espectadores directos (mediatos o inmediatos) y todas las personas a las que llega la noticia reciban el pedagógico mensaje de que se está haciendo Justicia. Ello robustece la confianza en la vigencia del sistema jurídico penal (efecto de prevención general positiva), aplaca la alarma social producida por el supuesto

delito y, a la vez, disuade de posibles tentaciones de delinquir, al comprobar que, quien lo hace, termina por recibir el castigo correspondiente (efecto *“deterrence”* o de intimidación general).

La publicidad facilita, además, el control público de la corrección del procedimiento y de la observancia de las reglas del *juego limpio* procesal (lo que se expresa, en el mundo anglosajón, mediante el paradigma del *“fair trial”*).

Las partes procesales y el propio órgano jurisdiccional se sienten controlados por la publicidad de sus actos en el juicio oral, y ese sentimiento opera como freno inhibitorio de posibles irregularidades.

La pauta de publicidad externa del debate contradictorio se desglosa en dos niveles.

Por un lado, el juicio tiene lugar directamente a la vista del público que accede a la Sala de Justicia.

Por otra parte, la posibilidad de que los medios de comunicación den cuenta de lo que ocurre en ella, amplía el auditorio potencial del juicio ilimitadamente, hasta los últimos rincones de la *aldea global*.

3.5.1.1. El *auditorio* inmediato: el público en la Sala de Justicia.

3.5.1.2. El *auditorio* mediato: juicio oral y medios de comunicación social.

3.5.2. Las excepciones al principio de publicidad.

3.5.2.1. La exclusión absoluta del público: el juicio oral a *puerta cerrada*.

3.5.2.2. La restricción del acceso del público a la Sala de Justicia.

3.5.2.3. El desarrollo patológico del juicio oral: delito cometido durante la audiencia.

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.

El acta podrá tener un valor probatorio importante si el Secretario deja constancia fehaciente de lo que ocurre en su presencia.

Si el autor del hecho fuere la persona acusada, podrá ser expulsada de la Sala de Justicia.

3.6. El principio de contradicción en el juicio oral.

El artículo 4 CPP (Principio de contradicción) programa: "... Salvo que el presente Código señale otro procedimiento, el juicio será oral y público y en él regirá el principio de contradicción.

"Tanto el imputado como su Defensor, tendrán derecho a presentar los elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso ...", pero, sin duda, ante todo, en el juicio oral.

La exigencia de contradicción implica la necesidad de audiencia bilateral en las fases de alegaciones (presentación del caso, incidentes, informes) y de intervención en la práctica de la prueba propuesta por las demás partes procesales.

3.7. La prueba en el juicio oral.

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 Díez⁸⁴ 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

84

Diego Díez, L.A., «Medios de Prueba en el Proceso Penal» y «Prueba Prohibida e Ilícita», 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, págs. 341 y ss., y 367 y ss.

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 aprensión con que se mira el testimonio de referencia, en realidad testimonio de la información proporcionada por un testigo presencial.

El juicio de pertinencia -explica Fenech⁸⁵- 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

⁸⁵

□Derecho Procesal Penal□ cit.

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 Díez⁸⁶- [...] 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 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.

86

Lugar antes citado

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.

La harán, ante todo, las mismas partes procesales en el curso de la deiscusión final (artículo 334 CPP), pudiendo hacerlo igualmente la víctima no constituida en parte y la persona acusada, en uso de su derecho [a la última palabra].

Y valorará la prueba, por supuesto, el Tribunal en su sentencia, tal como dispone el apartado 2) de la regla cuarta del artículo 338 CPP.

4. Los protagonistas del juicio oral.

4.1. El órgano jurisdiccional: el Tribunal de Sentencia.

Los Tribunales de Sentencia conocerán, con competencia exclusiva y excluyente, del juicio oral y público en el modelo de proceso ordinario por delito (artículo 57 CPP).

Se trata de una novedad orgánica introducida por el Código Procesal Penal, ya que estos Tribunales no existían con anterioridad.⁸⁷

4.1.1. Composición.

⁸⁷

Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zerón, J., Comentarios a los artículo 54 a 91, en Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 207

Dispone el artículo 57 CPP que los Tribunales de Sentencia estarán integrados por cuatro jueces. En cada juicio, sin embargo, intervendrán solamente tres de ellos; el cuarto deberá estar siempre presente en el debate para sustituir a alguno de aquéllos en caso de impedimento grave.

De este modo se trata de evitar la ineficacia del juicio por imposibilidad sobrevenida de alguno de los miembros del Tribunal y, a la vez, se garantiza la vigencia del principio de inmediación ya que el sustituto habrá asistido a las sesiones del debate desde un principio⁸⁸.

Si la imposibilidad afecta a más de un Magistrado, no habrá otro remedio sino concluir el juicio, en el estado en que se encuentre, sin pronunciamiento de sentencia alguna, y recomponer el Tribunal en la forma prevista por el artículo 335 CPP para celebración de nuevo juicio⁸⁹.

4.1.2. Funciones.

El Tribunal de Sentencia se ocupa exclusivamente del juicio oral, empezando por la preparación del debate (artículo 316 CPP), una vez recibidas en él las actuaciones remitidas por el Juez de Letras.

⁸⁸

Cubas & Banegas, lugar citado.

⁸⁹

Artículo 335.-De la deliberación. Cerrado el debate el Tribunal de Sentencia se reunirá de inmediato para deliberar, a fin de dictar la sentencia que proceda en derecho.

La deliberación no podrá suspenderse, salvo fuerza mayor o caso fortuito. La suspensión durará el tiempo estrictamente necesario.

En caso de impedimento de alguno de los jueces, éste será sustituido de inmediato por el cuarto Juez. Si el impedimento afecta a más de un Juez, el Tribunal de Sentencia le libraré comunicación a la Corte de Apelaciones correspondiente, para que designe sin tardanza el o los jueces sustitutos. Estos serán escogidos entre los jueces de letras del mismo departamento o de uno adyacente, que no haya participado en el proceso. El reemplazo deberá producirse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la comunicación. Efectuada la designación, la Corte de Apelaciones dará cuenta de ella a la Corte Suprema, y el juicio oral y público se realizará de nuevo desde su inicio.

Como no ha intervenido en la instrucción ni en el período intermedio, ni directamente ni como órgano de apelación contra las resoluciones del Juez de Letras, su imparcialidad objetiva queda garantizada.

Si alguno de los integrantes del Tribunal hubiese intervenido en cualquiera de las etapas anteriores del procedimiento, deberá abstenerse de intervenir en el juicio oral y podrá ser recusado si no lo hiciera así (artículos 84, 85 y 83.2.3] CPP).

4.1.3. Identidad física de los componentes del tribunal durante el juicio oral.

Todos los miembros del Tribunal de Sentencia habrán de estar presentes durante el juicio oral (artículo 306.1 CPP). La retirada momentánea de cualquiera de ellos producirá la suspensión del juicio que continuará una vez desaparecida la razón de esa retirada (artículo 306.2 CPP).

Aunque cualquiera de los titulares podrá ser sustituido, en caso de imposibilidad sobrevenida, por el suplente, no podrán serlo por otro Magistrado que no haya intervenido desde el comienzo del juicio, para preservar el principio de inmediación.

La necesidad de sustitución de más de un miembro del Tribunal dará lugar al truncamiento del juicio en curso, y a la celebración de otro nuevo, desde un principio, ante otro Tribunal de Sentencia reconstituido en la forma prevista por el artículo 335 CPP.

4.1.4. Dirección del debate y control de la Sala de Justicia (*policía de estrados*)

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

- * dirigirá la audiencia,
- * hará las advertencias legales,
- * recibirá los juramentos,

- * mantendrá el orden en la sala de justicia y
- * 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 al 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.

⁹⁰

Fortín Aguilar, M., Comentarios a los artículos 304 a 334, en la misma obra, páginas 502-503.

⁹¹

Lugar citado en la nota anterior.

4.2. Las partes y su participación en el debate.

4.2.1. Las partes acusadoras.

El Ministerio Público y, en su caso, el acusador privado, intervienen desde la preparación misma del juicio, para cuanto convenga a sus intereses.

[1] Intervención en la fase preparatoria:

[a] Tendrán oportunidad de examinar las actuaciones una vez recibidas en el Tribunal de Sentencia (artículo 316 CPP)

[b] Podrán plantear, en su caso, recusaciones, excepciones o nulidades, basadas en hechos nuevos e intervenir en la audiencia que deberá celebrarse para su resolución (artículo 316 CPP).

[c] Podrán proponer prueba para su práctica en el debate (o anticipadamente, en su caso) y oponerse a la admisión de la prueba propuesta por otras partes procesales (artículo 317 CPP).

[d] Habrán de ser citados oportunamente para que comparezcan en el día y hora señalados para el comienzo de los debates (artículo 318 CPP).

[e] Podrán negociar con las Defensas la conformidad de la persona acusada (artículo 322 CPP).

[2] Intervención en los preliminares del juicio oral: su presencia es obligada, pero la ausencia injustificada del representante procesal del Acusador Privado significa que dejará de tenersele como parte, sin perjuicio de que la persona del Acusador Privado, podrá ser obligado a comparecer cuando deba declarar como testigo (artículo 306 CPP).

[f] Abierto el juicio, presentarán el caso ante el Tribunal de Sentencia (artículo 319 CPP).

[g] Presentado el caso, podrán, en una primera fase de saneamiento, 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 alega-

ciones se funden en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces, y acerca de cualquier otra cuestión incidental (artículo 320.1 CPP).

[h] Podrán también las partes proponer nuevos medios de prueba, siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio (artículo 320.2 CPP).

[i] Podrán proponer la modificación o ampliación de la acusación inicial (artículo 321 CPP).

[3] Intervención en el curso del debate.

[j] Interrogar:

* al acusado: artículo 323.2 CPP

* a los peritos (propuestos a su instancia o por otra parte):
artículo 326.3 CPP

* a los testigos (propuestos a su instancia o por otra parte):
artículo 330.2 CPP

[k] Podrán proponer prueba documental (artículo 332 CPP).

[l] Asistir a la reproducción de los registros audiovisuales aportados como prueba (artículo 332.2 CPP).

[m] Tendrán la oportunidad de estar presentes e intervenir en las inspecciones personales que haga el Tribunal de Sentencia y en la reconstrucción de los hechos (artículo 332.3 en relación con el 262 CPP).

[n] Intervenir en las diligencias para mejor proveer que pueda acordar el Tribunal (artículo 333 CPP).

[o] Presentar las conclusiones después de practicada la prueba.

[p] Realizar su informe, a tenor de lo previsto en el artículo 334 CPP.

[3] En la fase de sentencia.

[q] Intervenir en la fase de individualización de la pena en caso de fallo condenatorio (artículo 343 CPP).

4.2.2. El acusado y su Defensa.⁹²

Su intervención es simétrica a la de las partes acusadoras.

[1] Intervención en la fase preparatoria:

[a] Tendrán oportunidad de examinar las actuaciones una vez recibidas en el Tribunal de Sentencia (artículo 316 CPP)

[b] Podrán plantear, en su caso, recusaciones, excepciones o nulidades, basadas en hechos nuevos e intervenir en la audiencia que deberá celebrarse para su resolución (artículo 316 CPP).

[c] Podrán proponer prueba para su práctica en el debate (o anticipadamente, en su caso) y oponerse a la admisión de la prueba propuesta por otras partes procesales (artículo 317 CPP).

[d] Habrán de ser citados oportunamente para que comparezcan en el día y hora señalados para el comienzo de los debates (artículo 318 CPP).

[e] El acusado podrá conformarse con la acusación formulada contra él y su Defensa podrá negociar con las partes acusadoras una conformidad con una nueva acusación consensuada (artículo 322 CPP).

[2] Intervención en los preliminares del juicio oral: su presencia es obligada, pero el imputado podrá retirarse con permiso del Tribunal, a cuya disposición deberá quedar hasta que se adopte otro acuerdo.

Si el Defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del Tribunal, se tendrá por abandonada la defensa. Si el imputado no designa de inmediato otro Defensor de su confianza, el Tribunal de Sentencia le

⁹²

Tasende Calvo, J., [El imputado], en Palacios & Fernández, lugar citado, págs. 228 y ss.

nombrará un Defensor Público.

Cuando el abandono ocurra dentro de los tres (3) 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 (5) días calendario. Si el abandono de la defensa no tiene causa justificada, el Defensor será sancionado con la pena prevista en el Código Penal (artículo 306 CPP).

[f] Abierto el juicio, la Defensa presentará el caso ante el Tribunal de Sentencia (artículo 319 CPP).

[g] Presentado el caso, podrán, en una primera fase de saneamiento, 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 (artículo 320.1 CPP).

[h] Podrán también las partes proponer nuevos medios de prueba, siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio (artículo 320.2 CPP).

[i] Podrán oponerse a la modificación o ampliación de la acusación inicial (artículo 321 CPP).

[3] Intervención en el curso del debate.

[j] la Defensa podrá interrogar:

* al propio acusado, una vez que éste ha manifestado lo que tenga por conveniente: artículo 323.2 CPP

* a los peritos (propuestos a su instancia o por otra parte): artículo 326.3 CPP

* a los testigos (propuestos a su instancia o por otra parte): artículo 330.2 CPP

[k] Podrán proponer prueba documental (artículo 332 CPP).

[l] Asistir a la reproducción de los registros audiovisuales aportados como prueba (artículo 332.2 CPP).

[m] Tendrán la oportunidad de estar presentes e intervenir en las inspecciones personales que haga el Tribunal de Sentencia y en la reconstrucción de los hechos (artículo 332.3 en relación con el 262 CPP).

[n] Intervenir en las diligencias para mejor proveer que pueda acordar el Tribunal (artículo 333 CPP).

[o] Presentar las conclusiones después de practicada la prueba.

[p] Realizar su informe, el Defensor, y hacer, el acusado, uso de su derecho a pronunciar la [última palabra], a tenor de lo previsto en el artículo 334 CPP.

[3] En la fase de sentencia.

[q] Intervenir en la fase de individualización de la pena en caso de fallo condenatorio (artículo 343 CPP).

4.2.3. La intervención de la víctima en el debate.

En el artículo 16 CPP se enumean los derechos de la víctima de un delito o falta en el procedimiento penal. Entre ellos, y en cuarto lugar, se enumera el de participar en las audiencias públicas conforme lo establecido por este Código.

[...] [Con] ello se pretende, -apostilla Félix Ávila⁹³- que al igual que el pueblo, el perjudicado con más razón tenga pleno conocimiento de todo lo que acontezca durante todos los actos del proceso. Este derecho es consecuencia del principio general de publicidad que informa a este sistema procesal penal, de esta manera se estará ejerciendo un control de la actividad de los juzgadores. ...].

La víctima tiene derecho a asistir, como público, al desarrollo del juicio oral, salvo lo dispuesto por el artículo 328 en relación con los testigos.

A tenor del artículo 334 del Código Procesal Penal, como remate del

⁹³

Comentario al artículo 16 CPP, en Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 112

juicio oral, y antes de dar a la persona acusada la oportunidad de pronunciar su alegato final, la víctima [...] podrá hacer uso de la palabra por una sola vez, aunque no hubiera intervenido en el proceso. ...]. La perspectiva de la víctima contribuye a humanizar el proceso, y a enriquecer el debate con aspectos que tal vez pudieran haber sido omitidos en los discursos de los profesionales de la acusación y de la Defensa. El Presidente del Tribunal, en todo caso, podrá controlar esta intervención de la víctima, para [impedir divagaciones [y] repeticiones], al igual que puede hacerlo -a tenor del artículo 334- de los alegatos de las partes al presentar sus conclusiones en la discusión final.

La versión de la víctima puede ser tenida en cuenta por el Tribunal, pero sus manifestaciones no lo vinculan a efectos de vigencia del principio acusatorio⁹⁴.

5. 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.

⁹⁴

Fortín Aguilar, M., Comentario al artículo 334 en Palacios & Fernández, lugar citado, página 525

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)⁹⁵.

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 partes⁹⁶.

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

95

Por aplicación del principio de preclusión, las demás, anteriores y conocidas anteriormente, habrán quedado subsanadas.

96

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.

oral y público (artículo 318 CPP).

5.1. Preparación del debate.

5.1.1. 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 conflicto⁹⁷. 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, 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 futura⁹⁸.

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 CPP⁹⁹; y, más tarde, en ese turno de intervenciones, una vez abierto el debate, que, a modo de audiencia preliminar a

⁹⁷

Ayarragaray, C.A., «El principio de inmaculación en el proceso», Buenos Aires, 1959, págs. 31 y ss.: véase Lozano-Higero 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.

⁹⁸

Lozano-Higero y Marchena, loc. cit., págs. 48 a 54

⁹⁹

Fortín, M.A., loc. cit., pág. 512

él, establece el artículo 320 CPP¹⁰⁰.

5.1.1.1. Objeto de la audiencia preparatoria saneadora:

El artículo 316 CPP (Preparación del debate) establece: Recibidas las actuaciones a que se refiere el Artículo 303 (actuaciones practicadas, documentación, objetos secuestrados y piezas de convicción, remitidas por el Juzgado de Letras), el Tribunal citará a las partes a fin de que, dentro de los diez días siguientes, examinen las diligencias y planteen, en su caso, las recusaciones, excepciones o nulidades, basadas en hechos nuevos a que haya lugar.

Objeto de la audiencia preparatoria saneadora podrán ser, pues:

[1] recusaciones

[2] excepciones

[3] nulidades

pero siempre que se funden en hechos nuevos, eso es, sobrevenidos con posterioridad, o precedentes que no hubieran sido conocidos con anterioridad, como se infiere del artículo 167.4 CPP.

5.1.1.2. Dinámica de la audiencia preparatoria saneadora.

Tales cuestiones serán resueltas por el Tribunal, en audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la presentación.

Las posibilidades de prueba se restringen sin demasiada explicación. En dicha audiencia, en efecto, se presentarán y ejecutarán las pruebas que se relacionen exclusivamente con la recusación.

100

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.

El recusado será sustituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

5.2. Proposición de prueba.

Dispone el artículo 317 CPP que, inmediatamente después de vencido el plazo para proposición de cuestiones incidentales de resolución previa a la apertura del debate, sin haberse propuesto, o, en otro caso, inmediatamente después 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 pretenda probar.

Nótese que la parte proponente habrá de concretar:

- [1] el medio de prueba (pericia, testimonio, documento ...)
- [2] la identificación del perito, testigo o documento
- [3] los hechos sobre los que ha de versar el testimonio o la pericia
- [4] la utilidad del concreto medio de prueba: indicando 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 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 -en definitiva, la proposición de una prueba con finalidad exclusivamente dilatoria ya significaría su

rechazo por impertinencia (falta de relación con los hechos litigiosos) o inutilidad (ausencia de una verdadera finalidad probatoria reconocible)- o cuando se trate de prueba ilícita.

Como hacer ver Fortín Aguilar¹⁰¹, los requisitos exigidos para la proposición de la prueba facilitarán considerablemente la labor crítica del Tribunal de Sentencia.

5.3. Señalamiento de fecha y hora para el debate.

Dentro de los tres 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, por imperativo del artículo 318 CPP, fijará la fecha y la hora en que se iniciará el juicio oral y público.

Dicha fecha deberá estar comprendida entre los diez y los treinta días siguientes. Excepcionalmente el Tribunal podrá prorrogar este plazo por auto motivado, hasta por quince días más.

Aun cuando no se especifiquen legalmente los motivos de la prórroga, procederá cuando la prueba sea muy abundante o compleja, o los peritos o testigos citados residan en lugares distantes de la sede del Tribunal de Sentencia.

Instruirá asimismo al Secretario del Tribunal para que convoque a las partes, a fin de que se hagan presente 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.

El juicio oral se celebrará, como regla general, en la sede del

¹⁰¹

Comentario al artículo 317 CPPP, en Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 513

Tribunal de Sentencia, aunque podrá tener lugar en otro punto, siempre que se encuentre dentro del espacio geográfico de su competencia territorial, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 127 CPP.

En este precepto 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.

Ha de tratarse de un local jurisdiccional o habilitado al efecto. Fortín Pavón¹⁰² 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.

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.

Fortín Pavón¹⁰³ defiende la posibilidad de aplicar métodos de declaración de testigos o peritos mediante sistemas de transmisión simultánea de imagen y sonido (□*videconferencia*□), recabando el auxilio jurisdiccional interno

¹⁰²

Comentario al artículo 127, en Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 278

¹⁰³

Lugar citado en la nota anterior, pág. 278. En Italia, la materia fue objeto de regulación por Ley de 7 de enero de 1998, número 11. Sobre esta reforma, puede verse: Cassano, M., □Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza□; Frigo, G., □Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralistà e al contraddittorio□; y Presuti, A., □Regime sospensivo ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e naturalità del giudice del reclamo□, en Baccari, G.M. y otros, □Le nuove leggi penali□, CEDAM, Padova, 1998, págs. 333 y ss.

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 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.

6. 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.

6.1. Apertura de la audiencia.

6.1.1. 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).

6.1.2. 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.

6.1.1. La conformidad del acusado.

6.1.1.1. 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...»¹⁰⁴.

Los procesalistas siguen discutiendo sobre su naturaleza. Para unos, será una modalidad de transacción; para otros, de confesión¹⁰⁵. Goza, sin embargo, de gran predicamento, la configuración de la conformidad como allanamiento, propuesta por el profesor Alcalá-Zamora y Castillo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ 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

¹⁰⁵ 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, cit. 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.

¹⁰⁶ 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», 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

La conexión con el principio de oportunidad y el sistema angloamericano es constante¹⁰⁷. 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 realidad¹⁰⁸. Los especialistas, empero, se encargan de advertir que todo eso es no más que pura teoría¹⁰⁹. 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 acusado¹¹⁰. 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 severa¹¹¹. El

de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. III. La Reforma Procesal Penal], EDERSA, 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

¹⁰⁷

Llorente Fernández de la Reguera, loc. cit., pág. 500

¹⁰⁸ R. v. De Hahn, 1968, 2 Q.B., 108; y R. v. Turner, 1970, 2 Q.B., 321, 326, E

¹⁰⁹ Smith, P.F., y Bailey, S.H., [The Modern English Legal System], Sweet & Maxwell, London, 1984, pág. 627

¹¹⁰ R. v. Cain, 1976, Q.B., 496

¹¹¹ 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],

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 realidad¹¹².

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

Butterworths, London, 1988, págs. 125-126

¹¹² *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

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 pronunciamiento¹¹³.

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 juicio¹¹⁴. 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 uno¹¹⁵. Dos años antes,

¹¹³ 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

¹¹⁴ 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

¹¹⁵ 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

una investigación no oficial calculaba que el noventa y ocho por ciento de la totalidad de los procedimientos penales finalizaba mediante negociación¹¹⁶. 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. ..."¹¹⁷. Otro monografista, de cita tónica, Alschuler, reconoce que, en realidad, todo, en el actual sistema procesal penal norteamericano, para preconcibido para conducir a los Abogados defensores a adoptar como lema: "En caso de duda, échate atrás..." y negocia¹¹⁸.

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)¹¹⁹.

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, Minnesota, 1986, págs. 1172 y ss.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Weinreb, L.L.L. "Denial of Justice. Criminal Process in the United States", The Free Press/Collier Macmillan Publishers, New York-London, 1977, págs. 71-73

¹¹⁸ 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

¹¹⁹ 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

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»¹²⁰

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*)¹²¹. Así se evita tener que afrontar un juicio oral con jurado¹²², 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*¹²³. 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 Juez¹²⁴. 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 Fiscal¹²⁵. Nadie mejor que él, se dice, con crudeza, en la

Procesal Penal 1988-1992», Madrid, EDERSA, 1992, pág. 79

¹²⁰ «Autocomposición...» cit., pág. 82

¹²¹ 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.

¹²² Kamisar y otros, loc. cit., pág. 1174

¹²³ Newman y Anderson, loc. cit., pág. 271

¹²⁴ Jacob, H., «Urban Justice: Law and Order in American cities», 1973, cit. por Friedman, loc. cit., pág. 198

¹²⁵ 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

sentencia que resolvió el caso *Ammidown*, en 1973¹²⁶, 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*¹²⁷), 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 expresamente¹²⁸.

cura di Giovanni Conso], Zanichelli, Bologna, 1.979, págs. 261 y ss.; la sentencia del caso *Bordenkirscher 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

¹²⁶ U.S. v. Ammidowm, 497 F.2d 615 (D.C. Cir. 1973)

¹²⁷ 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, Minnessota, 1988, págs. 409 y ss.; y Kamisar, Y., LaFave, W.R. ye Israel, J.H., *¶Modern Criminal Procedure¶*, West Publishing Co., St. Paul, Minnessota, 1986, págs. 1172 y ss.

¹²⁸ 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*

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..."¹²⁹. "...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?")..."¹³⁰.

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 básicas¹³¹.

Y el Tribunal Supremo federal no puso reparos constitucionales a las

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)

¹²⁹ Loc. cit., pág. 77

¹³⁰ 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

¹³¹ 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.

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...»¹³². En consecuencia, la

¹³² *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

condena fue confirmada.

Como lo fue, ese mismo año, en el caso *Alford*¹³³. Su singularidad estriba en que el acusado, a la vez que manifestaba su conformidad con las

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

¹³³ 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)

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 1978¹³⁴. 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 Nixon¹³⁵.

¹³⁴ [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...".

¹³⁵ Newman & Anderson, loc. cit., pág. 314

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 equivalentes¹³⁶. 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 americana¹³⁷.

¹³⁶ 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

¹³⁷ [Il processo penale negli Stati Uniti d'America] a cura di Ennio Amodio e M. Cherif

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.

Bassiouni, Giuffrè, Milano 1988; Amodio, E., [Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della Giustizia americana], pp. VII-ss, y esp. pág. VII

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 Penal¹³⁸.

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*)¹³⁹. El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana no los ha considerado contrarios a su Constitución¹⁴⁰,

¹³⁸ 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)

¹³⁹ 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)

¹⁴⁰ BVerfG NSTZ 1987, 419; también BGHSt 20, 268

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 mismo¹⁴¹.

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.

¹⁴¹ 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)

Desde luego, este precepto es una patente manifestación del principio del consenso en el proceso penal, y así lo han destacado los especialistas más solventes¹⁴². Se ha seguido el ejemplo extranjero, y cabría descubrir algún resabio, por más que remoto, con el *plea bargaining*¹⁴³.

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 mitad¹⁴⁴. 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

¹⁴² 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)

¹⁴³ Da Costa Pimentel, loc. cit.

¹⁴⁴ 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

y de una autorresponsabilidad que no pueden ser legítimamente tuteladas, de un imputado prefigurado, también él, en palabras de LUHMANN, como sistema *autopoyético*...¹⁴⁵. 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 Langbein¹⁴⁶ 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*¹⁴⁷. 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, disminuída en una tercera parte, o una pena privativa de libertad que, disminuída 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 cohonstar con el artículo 112 de la Constitución italiana, y que explica la predeterminación legal de los márgenes dentro de los cuales podrá moverse la negociación¹⁴⁸. El *patteggiamento*, explica el Magistrado

¹⁴⁵ De Figueiredo Dias, J., "Sobre os sujeitos processuais do novo Código de Processo Penal", en "Jornadas..." cits., pág. 29

¹⁴⁶ Vid., supra, nota (34)

¹⁴⁷ 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

¹⁴⁸ 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.

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 fin¹⁴⁹.

¹⁴⁹ 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

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.□

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

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 García¹⁵⁰ cita, al respecto, la Sentencia de 27 de febrero de 1980, resolutoria del caso *De Weert*. 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).

6.1.1.2. 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 ...».

¹⁵⁰ Loc. cit., págs. 281-282

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 imputa¹⁵¹.

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 conformidad¹⁵².

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.

151

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.)

152

Esta ausencia de límites se da tanto en la conformidad *unilateral* como en la *consensuada*: Llorente, loc. cit., pág. 500

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 coincidieren 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 audiencia¹⁵³, 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.

153

Aprovechando el contacto que permite la concurrencia de las partes acusadoras y de la Defensa.

[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 reglada¹⁵⁴. 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 primera¹⁵⁵. Parece razonable inferir que las partes procesales han establecido un

¹⁵⁴

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

¹⁵⁵

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

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 esclarecer¹⁵⁶.

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 ...¹⁵⁷ 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

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] ...] cits., págs. 414-415

¹⁵⁶

Gómez Orbaneja, [Comentarios ...] cits., págs. 286 y ss.; Rodríguez García, loc. cit., págs. 161-162

¹⁵⁷

De Diego, loc. cit., pág. 284

incertidumbre que todo juicio conlleva. ...¹⁵⁸.

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. ...¹⁵⁹. 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 audiencia¹⁵⁹. 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.

¹⁵⁸

Loc. cit., pág. 500

¹⁵⁹

Así está ocurriendo, en la práctica, en España.

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 aquéllas¹⁶⁰.

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 mayoritariamente¹⁶¹ interpretado en sentido de no ser posible que el Tribunal

¹⁶⁰

Fortín Aguilar, loc. cit., pág. 516

¹⁶¹

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

imponga pena no ya superior (hipótesis rechazada unánimemente), sino inferior a la aceptada por ambas partes, y, menos aún, absolver al acusado¹⁶².

No existe previsión legal alguna para el caso de juzgamiento de más de un acusado. Fortín Aguilar¹⁶³, confesadamente influido por la solución española, hace estas distinciones:

[a] [...] Si los imputados son varios debe existir la conformidad de todos, de lo 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 conformes¹⁶⁴.

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 resistencia¹⁶⁵.

[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

jurisdiccional[] cit., págs. 311-313;

¹⁶²

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.

¹⁶³

Loc. cit., pág. 517

¹⁶⁴

El imputado conforme y su Defensor no intervendrían ya en el desarrollo del debate, salvo que se proponga la declaración de aquél como testigo.

¹⁶⁵

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 2415-1426

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.

6.1.2. La disposición del debate. 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).

6.1.3. La *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 (o al jurado: no es el caso hondureño), y predisponerlo en contra de su patrocinado, si se alarga innecesariamente o si -a veces, falsamente- considera que mantiene un comportamiento excesivamente agresivo¹⁶⁶.

La presentación del caso (o apertura del caso -*opening the case*- en la terminología angloamericana) es la primera oportunidad verdaderamente relevante de que las partes establezcan esa relación de empatía o distonía¹⁶⁷. Por otra parte, los estudiosos han puesto de relieve la extrema importancia de estas afirmaciones de apertura, que dan al tribunal un esquema que permita atender, organizar y evaluar los hechos a los que se van a enfrentar, y que les van a ser comunicados a lo largo del debate. Esto, que es especialmente relevante cuando se trata de un Jurado, no deja de serlo cuando el caso es juzgado por un tribunal profesional¹⁶⁸.

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 prolija.

¹⁶⁶

Garzón, A., [Psicología social y Tribunales de Justicia], en Jiménez Burillo, F. y Clemente, M. (comps.), [Psicología social y sistema penal], Alianza Universidad Textos, Madrid, 1986; y [Dimensiones Psicológicas y Sociales de la Decisión Judicial], en [Psicología y Justicia], Promolibro, Valencia, 1989; Dillehay, R.C., [Conducta de abogados y dinámica psicológica], en Garzón, A. [Psicología y Justicia], Promolibro, Valencia, 1989, págs. 329 y ss.

¹⁶⁷

En realidad, ya con anterioridad ha habido oportunidades de establecerlas, en trámites preparatorios del juicio o en su fase de saneamiento; y las partes harán bien en retener que no es difícil que una indispensable actuación depuradora de irregularidades y corruptelas procesales puedan ser percibidas como puro obstruccionismo: Garzón, locs. cits.

¹⁶⁸

Dillehay, loc. cit., pág. 352; Lind, E.A., y Ke, G.Y., [Opening and closing statements], en Kassin, S.M. y Wrightsman, L.S. (eds.) [The psychology of evidence and trial procedure], Sage, Beverly Hills, 1985.

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 centrales¹⁶⁹. No deberán afirmar más que aquello que estén en condiciones de acreditar mediante la prueba propuesta ni enredarse en la interpretación de los hechos enjuiciados¹⁷⁰.

En la presentación del caso, las partes acusadoras, cuya intervención precede a la de las Defensas, pueden aprovechar para adelantarse a éstas, poniendo de relieve -para refutarlas- las objeciones que previsiblemente vayan a oponer. Los estudios existentes sobre estrategias forenses llaman la atención sobre los peligros que esta actitud entraña. Ciertamente, la anticipación a la Defensa ha de producir impacto en el Tribunal, ante el que las acusaciones intentarán desacreditar los argumentos contrarios de aquélla. Conlleva, en contrapartida, el riesgo de descubrir vías defensivas en las que acaso no había caído el Abogado del acusado. El análisis del escrito de defensa y de las pruebas propuestas por la contraparte podrá poner a las acusaciones sobre la pista de la probable estrategia de la Defensa. Ésta, en cambio, intervendrá con conocimiento de la estrategia descubierta por aquélla, lo que le permitirá una mayor facilidad de maniobra desde el punto de vista de la refutación preliminar de sus argumentos en este primer momento del debate¹⁷¹.

6.1.4. La fase preliminar saneadora.

Una vez presentado el caso por las partes, cabe que, a instancia de

¹⁶⁹

Tratándose de un tribunal profesional, parece demasiado reducido el número de tres o cuatro que Dillehay (loc. cit., pag. 353) recomienda tratándose de Jurado

¹⁷⁰

Dillehay, loc. cit., pág. 352

¹⁷¹

Dillehay, loc. cit., págs. 352-353

cualquiera de ellas, se abra una fase que puede tener un doble contenido.

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.

Los incidentes regulados en el art 320 CPP -escribe Llorente¹⁷²- [...] 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 conexa 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 art[.] 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 art[.] 12. ...[.]¹⁷³

¹⁷²

Lugar citado, pág. 499

¹⁷³

Mismo lugar citado en la nota anterior.

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.

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 reserva para resolución en sentencia puede ser justificable cuando se necesite una información mayor, de la que sólo podrá disponerse después del debate. [...] 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. ...¹⁷⁴.

6.2. El hecho justiciable como objeto del juicio: El principio de inmodificabilidad del hecho justiciable y la ampliación de la acusación.

El hecho litigioso y la pretensión punitiva propuesta con base en él y en su tratamiento jurídico quedan fijados en la audiencia preliminar. Sobre ello versará el debate que tiene lugar en el juicio oral.

Sin embargo, el artículo 321 CPP prevé la posibilidad de una ampliación de la acusación en los términos siguientes:

[...] Si durante el juicio se tienen noticias de circunstancias o hechos,

¹⁷⁴

Llorente, mismo lugar citado en la nota precedente.

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 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.

□ 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 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. ...□.

Se busca equilibrar los intereses de Acusación y Defensa, distinguiéndose entre hechos conexos con el litigioso, que cabe acumular y debatir al inicial, y hechos de posible relevancia jurídicopenal, pero sin relación con aquél, que darán lugar a la apertura de un procedimiento independiente para su investigación y enjuiciamiento separados¹⁷⁵.

6.3. 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

¹⁷⁵

Fortín Aguilar, en Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 516

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; sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica en la bibliografía especializada.

6.3.1. 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 Domínguez¹⁷⁶ y Viada y Aragonese¹⁷⁷ resumen las opiniones acerca de la función que sus eventuales declaraciones pueden desempeñar en el proceso.

Algunos procesalistas alemanes (como Beling¹⁷⁸), seguidos por un sector de italianos¹⁷⁹, 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

¹⁷⁶

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.

¹⁷⁷

Viada López-Puigcerver, C. y Aragonese Alonso, P., [Curso de Derecho Procesal Penal], Madrid, 1970, págs. 360 y ss.

¹⁷⁸

Beling, E., [Derecho Procesal Penal], Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1943, pág. 232

¹⁷⁹

Bettiol, Florian, Pergola, Pessina, Sabatini ...: Foschini, G., [L'imputato. Studi], Giuffrè, Milano, 1956, pág. 53

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 obtenerla¹⁸⁰. Serra Domínguez¹⁸¹ 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 ...¶¹⁸². Como testimonio consideran también el

180

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

181

[El imputado] cit., pág. 746

182

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.

interrogatorio del imputado Framarino y Foschini¹⁸³. 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 Roxin¹⁸⁴, «... 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 Alemana¹⁸⁵. 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 Sotelo¹⁸⁶ - 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 ...»¹⁸⁷.

183

Framarino, loc. cit., pág.156; Foschini, loc. cit., pág. 53

184

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, München, 1995, pág.175

185

Gómez Colomer, J.L., «El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas», Bosch, Barcelona, 1985, pág. 138

186

Vázquez Sotelo, J.L., «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Bosch, Barcelona, 1984, pág.113

187

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 Tribunal¹⁸⁸.

6.3.2. Desarrollo de la declaración del acusado.

6.3.2.1. 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.

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).

188

El imputado conserva, en juicio, el derecho al silencio que le atribuye el artículo 101 CPP

6.3.2.2. 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. ...[.]

[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).

6.3.2.3. 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.

6.4. La práctica de las pruebas en sentido estricto: intervención de las partes y el rol del Tribunal.

Los especialistas¹⁸⁹ han puesto de manifiesto las diferencias de rol de las partes, y sus defensores, según el modelo procesal responda al sistema contradictorio (□*adversary system*□) o al sistema continental, identificado tópicamente (aunque cada vez con menos fundamento) como inquisitivo.

En el modelo procesal penal continental el Juez está dotado de un amplio margen de iniciativa; es un personaje muy activo en el marco escénico del proceso y, sobre todo, durante su instrucción. Por eso mismo, las partes pueden *descargarse*, en mayor o menor medida, en su actividad.

En cambio, en el modelo anglosajón, acusatorio y contradictorio, se advierte que aquella iniciativa pasa a las partes. El Juez, durante la instrucción (extraprocesal), se limita a garantizar que la realización de medidas de investigación que puedan comprometer derechos y libertades fundamentales está suficientemente justificada (comprobación de la existencia de una □*probable cause*□) y que aquéllas son razonables y proporcionadas al fin que se pretende conseguir. Durante el proceso, garantiza que se observen las reglas del juego limpio que ha de regir la contienda entre las partes.

6.5. La prueba pericial.

La producción del caso en ese marco de comprensión escénica que

189

Dillehay, R.C., □Conducta de Abogados y dinámica psicológica□, en Garzón, 1989, págs. 329 y ss.

es el proceso, supone la reconstrucción del hecho enjuiciado. Es lugar común destacar su proximidad con la labor historiográfica. En efecto, lo mismo el Juez que el historiador cumplen una tarea que, como ironizaba Capograssi, tiene algo de taumatúrgico, puesto que ha de esforzarse por «... *far rivivere quello che non vive piú* ...»¹⁹⁰.

El Juez y el historiador han de recomponer una realidad pretérita, definitivamente ida. Para ello, habrán de rastrearla 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: unas veces, directamente, y, otras, a través de la materialización de su historia en soportes documentales que los avances tecnológicos incrementan casi a diario. La *eficacia representativa*¹⁹¹ de todo este cúmulo de afirmaciones instrumentales traslada al juzgador 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 conflicto¹⁹².

La persuasividad de los resultados de estos medios de prueba se

¹⁹⁰ Cit. por Muñoz Sabaté, LL., «Sobre la falta de controles probatorios», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1979, pág. 481, reproducido en sus «Estudios de Práctica Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 37. Por supuesto, como ha apostillado el Magistrado Peces Morate, «...el quehacer judicial no se circunscribe a la reconstrucción de hechos. Esta es la menos rigurosa y la más equívoca de las tareas judiciales, lo que dificulta sobremanera la cooperación a tal fin de cualquier pericia y especialmente de la psiquiatría...» (Peces Morate, J., «El Juez ante la pericia psiquiátrica», contraponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, celebrado en Madrid del 14 al 17 de Febrero de 1990, pág. 1 del texto de la contraponencia). Sin duda, la tarea de reconstrucción del pasado es característica del proceso penal, pero no así de otras manifestaciones jurisdiccionales, donde la situación generadora del conflicto puede -y así ocurre habitualmente- perdurar mientras el proceso se desarrolla.

¹⁹¹ Carnelutti, F., «Lecciones sobre el proceso penal», I, ed. castellana, E.J.E.A., Buenos Aires, 1950, pág. 300

¹⁹² Sobre la denominada *fase de traslación*, dentro de la total actividad probatoria, vid. Serra Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1.962, y reproducido en sus «Estudios...» cits., págs. 350 y ss., y, especialmente, págs. 360-361.

depura sirviéndose de las normas de la experiencia vulgar¹⁹³. 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 el mecanismo de la denominada presunción vulgar, o judicial, o *praesumptio hominis*¹⁹⁴.

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, presunción técnica¹⁹⁵- es el instrumento para desarrollar estas actividades, dentro de la fase que algunos procesalistas¹⁹⁶ denominan de fijación, dentro del global marco probatorio.

La utilidad del asesoramiento de los peritos ha sido reconocida desde siempre. En caso de duda de la autenticidad de un documento, la legislación de Partidas disponía -prefigurando la función del perito calígrafo- que, caso de ser imposible interrogar a su supuesto autor (porque [...] non fuesse biuo o fuesse en tan lueñe tierra que non lo podiessen auer ...[]), debe, el Juez, tomar el documento sospechoso y otro indubitado, [...]e auer buenos omes, e sabidores...que sepan bien conocer, e entender las formas. e las figuras de las letras, e los variamientos dellas, e de uelos fazer jurar que esto caten, e escodriñen bien, e lealmente, e que

¹⁹³ La terminología [normas de la experiencia] (*Erfahrungssatze*) se generaliza a partir de la obra de 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)

¹⁹⁴ Vid. Muñoz Sabaté, L., [Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso], Praxis, Barcelona, 1967, págs. 169 y ss.

¹⁹⁵ Ibidem, págs. 195 y ss.

¹⁹⁶ Serra, [Contribución...] cit., págs. 363 y ss.

non dexten de dezir verdad de lo que entendieren, por ruego. nin por miedo. nin por amor nin por desamor. nin por otra razón ninguna... (Partida III, Título XIX, Ley CXVIII). La *Constitutio Criminalis Carolina* establecía, por su parte, que se recurriese a la ciencia de los médicos en el caso de que los jueces no pudieran explicar [el caso] por sus propias luces naturales¹⁹⁷. Y, en sus conocidos estudios sobre la prueba, Jeremy Bentham entiende que "... nada puede ser más favorable a la justicia que presentar testigos de esta especie; testigos esclarecidos que tengan la posibilidad de expresarse con la precisión que el tema requiere ..."¹⁹⁸.

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 los 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 Lefferenz. "...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..."¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Franchimont, M., Jacobs, A. y Masset, A., *Manuel de Procédure Pénale*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, pág. 330, con citas de Henne y de Braas. Un estudio sobre las bases históricas del Derecho probatorio puede consultarse en Walter, G., *Libre apreciación de la prueba*, trad. castellana, Temis, Bogotá, 1985, págs. 9 y ss. (una referencia a la pericia, en págs. 16, 19 y 35)

¹⁹⁸ vid. su *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. castellana, EJE, Buenos Aires, 1971, I, pág. 92; en él se califica de testigo (testigo experto: *expert witness*) al perito, a la manera inglesa tradicional.

¹⁹⁹ 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, pág. 23; y prosigue: "El que se observe en diversos países una influencia cada vez mayor del peritaje sobre la decisión judicial deriva del creciente progreso técnico y necesaria especialización científica, con la consecuencia de que el juzgador carezca de formación suficiente para poder valorar siempre los informes. Ello conduce -como dice Eberhard Schmidt- a que cada día aparezca más problemática la cuestión de delimitar el ámbito dentro del cual el perito ha de actuar como auxiliar del juez, del ámbito que corresponde a la decisión judicial respecto a datos de hecho y jurídicos..." (págs. 23-24). La referencia a Lefferenz, está hecha a su *Richter und Sachverstündiger*, en *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen*, 1962 (5), pág. 1; la referencia a Eberhard Schmidt, a su *Richter und Sachverstündiger in ihren Zusammenwirken bei Kriminologischen Problemen*, en

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.

6.5.1. La especialidad de la prueba pericial. La función *colaboradora* del perito y su falsa especificidad.

□Festschrift für K. Schneider□, Stuttgart, 1962, pág. 260.

Los especialistas siguen debatiendo si la pericia constituye un auténtico medio de prueba²⁰⁰, 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 función²⁰¹, 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

²⁰⁰ Esta es la opinión dominante en Italia, e inspira el artículo 61 del Codice di Procedura Civile, regulador de la figura del consulente técnico. En España, esta tesis es defendida por Prieto-Castro, L. [Tratado de Derecho Procesal Civil], Aranzadi, Pamplona, 1982, I, págs. 736 y ss.; Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V., [Derecho Procesal Civil], Madrid, 1976, I, pág. 358; Ramos Méndez, F., [Derecho Procesal Civil], Librería Bosch, Barcelona, 1985, I, págs. 609-610; Fenech, M. [L'expertise dans les principaux systemes juridiques d'Europe], París, 1969, pág. 170; Lois Estévez, J., [La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento procesal], Porto, La Coruña, 1961, pág. 139. En la doctrina hispanoamericana, vid. Machado Schiaffino, C.A., [El perito y la prueba], La Rocca, Buenos Aires, 1988, pág. 79.

²⁰¹ Guasp, J., [Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil] II-1, Aguilar, Madrid, 1947, pág. 607 (se adhiere expresamente a su opinión, Onecha Santamaría, C., [La prueba pericial], en [Revista de Derecho Procesal Iberoamericana], 1975, 2-3, pág. 637; Beceña, M., [Notas de Derecho Procesal Civil] (recogidas por Perales y Enciso), Madrid, 1932, págs. 430 y 489; Silva Melero, V., [La prueba procesal], I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 280; De Miguel y Alonso, C., [La cientificidad de la prueba pericial y la apreciación del juzgador en el proceso civil español], en [Revista de Derecho Procesal Iberoamericana], 1972, 1, pág. 80; Font y Serra, [La prueba de peritos en el Derecho español], Barcelona, 1975, pág. 10; De la Oliva, A. y Fernández, M.A., [Lecciones de Derecho Procesal], II, Barcelona, 1984, pág. 284; Cortés Domínguez, V., en Almagro Nosete, J., Gimeno Sendra, V., Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V., [Derecho Procesal, I.I.1], Tirant lo blanch, Valencia, 1988, pág. 246; Fairén Guillén, V., [Para una teoría general del Derecho procesal], en [Temas del Ordenamiento Procesal], I, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 336. Un resumen de opiniones (de Couture, Alsina, Eisner, Ellero...) contrarias a la caracterización de la pericia como verdadero medio de prueba, en Machado, loc. cit., pág. 79, nota (17). La pericia no es, en sí misma, un medio de prueba -afirman Franchimont, Jacobs y Masset- sino la aplicación de otros elementos proporcionados por otras pruebas, como las comprobaciones directas o los indicios. Y suscriben la opinión de Merle y Vitu, cuando afirman que la pericia es [el medio de descubrir y utilizar ciertos indicios o ciertas pruebas, con ayuda de conocimientos técnicos particulares; el juez no posee estos conocimientos, pero los encuentra entre los especialistas, entre los expertos cuya colaboración reclama en la búsqueda de la verdad] (loc. cit., págs. 789-790).

perfectamente compatibles²⁰².

6.5.1.1. La función *informativa* de la prueba pericial.

El 75 % de los interrogados en la "Encuesta sobre la prueba civil", realizada, hace algunos años, en España, entre una muestra selectiva de Abogados con notoria experiencia profesional, se adhirió a la siguiente proposición: "...el dictamen pericial es un auxiliar del Juez encaminado a complementar la posible falta de conocimientos especializados de éste". Un 20 % mostró su conformidad con la idea de que "...el dictamen pericial es un medio de prueba al servicio de todas las partes ...". Un 3 %, en fin, estimaba que lo era, pero "...al servicio de la parte que lo propone ..."²⁰³.

La pericia es regulada en el Código Procesal como medio de prueba

²⁰² Viada Puigcerver, C. y Aragonese Alonso, P., "Curso de Derecho Procesal Penal", I, Madrid, 1968; Sentís Melendo, A., "Prueba de peritos, plazo para producirla", en "Teoría y práctica del proceso-Ensayos de Derecho Procesal", III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1959, pág. 419. Ultimamente, combina ambos criterios Romero Coloma, A.M., "Estudios de la prueba procesal. Su valoración psicológica", Colex, Madrid, 1986, pág. 64, y "La prueba pericial en el proceso penal", en "Revista General de Derecho", Valencia, número 537, Junio de 1989, pág. 3.594.

²⁰³ "Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas", número 3, 1976, pág. 128. La idea está, por desgracia, muy extendida, entre los profesionales llamados a intervenir como peritos a instancia de parte.

(artículos 239 a 250 y 326 y 327 CPP)²⁰⁴.

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.

²⁰⁴ Prieto-Castro hace notar, con ironía, que, luego, resulta que el perito no «prueba» nada en realidad («Tratado...» cit., pág. 737)

Además, la pericia procederá igualmente, de acuerdo con el numeral 2) del artículo 239 CPP [...] [sobre] puntos de derechos²⁰⁵ 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 anglosajón²⁰⁶- 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

205

Parece tratarse de una errata de imprenta, y deberá leerse [puntos de Derecho]

²⁰⁶ 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

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 curativo²⁰⁷; y valorar si, dadas las circunstancias, se ha observado en el caso concreto enjuiciado²⁰⁸. 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.

6.5.1.2. La función *probatoria* estricta de la prueba pericial: *traslación* y *conversión* dentro de la actividad probatoria.

Una visión muy sugestiva de la llamada prueba pericial²⁰⁹ parte de una no menos original concepción de la actividad probatoria.

Las partes procesales proponen una hipótesis de cómo sucedieron los hechos justiciables o enjuiciables. Para demostrar sus alegaciones pueden recurrir a pruebas con capacidad reproductiva: testimonios, documentos, incluso, en cierta medida, el interrogatorio del acusado. Las informaciones proporcionadas

²⁰⁷

Proporcionando lo que se denomina la *lex artis*

²⁰⁸

Esto es, proporcionando lo que se conoce como *lex artis ad hoc*

²⁰⁹

Serra Domínguez, M., *Contribución al estudio de la prueba*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1.962, 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

por éste, por los testigos y por los documentos²¹⁰ *trasladan* el pasado ante el Tribunal, y de ahí la denominación de fase o etapa de *traslación* que se da a este período de la actividad probatoria.

Serra Domínguez²¹¹ explica así cómo surgen los que, para él, son los únicos medios de prueba que merecen tal nombre, porque sólo ellos son realmente *traslativos*: «... Cuando la afirmación instrumental proviene de un tercero, nos encontramos ante la prueba testifical. Cuando proviene de una de las partes, la confesión en juicio²¹². Cuando proviniendo de una de las partes o de un

210

Las «afirmaciones instrumentales» (que *trasladan* lo ocurrido a conocimiento del tribunal), advierte Serra Domínguez («Contribución ...» cit., pág. 360), «... sólo pueden ser efectuadas por personas, aun cuando no es necesario que dichas personas depongan efectivamente en el proceso, sino que pueden aportarse sus afirmaciones al proceso mediante su inscripción en un documento. La denominada prueba documental no es sino la plasmación gráfica perpetuada en el tiempo de unas afirmaciones sentadas por personas interesadas o ajenas al proceso, en un determinado momento temporal. ...»

211

«Contribución ...» cit., pág. 360

212

Serra Domínguez trabaja en el ámbito del proceso civil. En el penal, el interrogatorio del acusado también puede proporcionar material utilizable para formar la convicción judicial, aunque no pueda hablarse de una confesión en los mismos términos que en el proceso civil.

tercero ha sido documentada extraprocesalmente, nos hallamos frente a la prueba documental. Y, por último, en aquellos casos en que, por excepción, el Juzgador examina un bien inmueble, o la cosa litigiosa, y de su examen atrae determinadas afirmaciones, nos hallamos frente a la prueba de reconocimiento judicial ..., o inspección ocular ..., o por último percepción judicial inmediata (término consagrado en la doctrina) ...□.

Sobre los hechos así probados cabe aplicar la experiencia vulgar o la experiencia técnica para obtener otros nuevos. En el primer caso, se habla de prueba de indicios o de presunciones; en el segundo, de prueba pericial. Esta actividad de elaboración de un material anterior para convertirlo en otro nuevo, extraído de aquél, constituye el núcleo de la fase de *fijación*.

Por ejemplo: ante el cadáver de una persona, muerta por arma de fuego, se encuentra otra, empuñando un revolver.

En la fase de traslación, los testigos refieren que encontraron a la segunda, empuñando un revólver, ante el cuerpo sin vida de la primera, y reconocen en juicio el arma exhibida como pieza de convicción como aquella que tenía en su mano la persona imputada.

Testigos funcionarios policiales declaran que esa arma fue ocupada a esta última.

El Médico Forense -actuando, ahora, como testigo experto- refiere que encontró en el cuerpo de la persona fallecida un proyectil, que reconoce en el presentado también como pieza de convicción.

En la fase de fijación, los peritos balísticos explican que el proyectil fue disparado por el arma. El Médico Forense informa que el proyectil penetró en el cuerpo de la persona fallecida, alcanzándola el corazón, y causándole la muerte prácticamente instantánea. Otro perito balístico informa que en la mano derecha de la persona acusada se encontraron restos de las tres sustancias básicas que impregnan al producirse un disparo con un arma de fuego como la ocupada en poder de aquella.

Todos estos hechos no se habrían conocido si los peritos no hubiesen aplicado su experiencia técnica a partir de otros datos acreditados en la fase de traslación.

Y tomando como base la totalidad de los sabidos de una forma u otra, aplicando las reglas de la experiencia vulgar cabe inferir, por presunción

fundada en indicios bastantes, un último hecho fundamental: que el acusado efectuó un disparo que alcanzó a la persona finalmente fallecida.

El hecho reconstruido se pone finalmente en contraste con las afirmaciones de Acusación y Defensa. De esta etapa de *comparación* (verificación o falsación) resultará la convicción judicial que dará la razón a una u otra parte procesales.

La eficacia probatoria del informe pericial depende de una pluralidad combinada de factores²¹³.

Importa, desde luego, calibrar la fiabilidad del dictamen desde el punto de vista de la imparcialidad del perito, y de su preparación técnica. En cuanto a la primera, habrá que examinar si concurren sospechas de confabulación con alguna de las partes, o razones que lo inclinen -consciente o inconscientemente- a favorecer o a perjudicar a cualquiera de ellas²¹⁴. La depuración de estos extremos viene facilitada al preverse la posibilidad de recusación por las causas establecidas por el artículo 243 CPP.

Su cualificación profesional resultará de su titulación genérica, y de su especialización en la materia objeto de informe²¹⁵. A veces, se incluye en este

²¹³ Devis Echandia, H., "Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador", en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1972-1, págs. 41 y ss., y especialmente, págs. 59-60; y "Compendio de Derecho Procesal", II, Pruebas Judiciales, ABC, Bogotá, 1988, págs. 347 y ss.; Serra Domínguez, "Comentarios..." cits., págs. 474-ss; Döhring, F., "La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación", E.J.E.A., Buenos Aires, 1972, págs. 251 y ss.; Romero Coloma, "Estudios..." cits., págs. 67-68; Machado, loc. cit., págs. 148 y ss.; Román Puerta-Luis, loc. cit., pág. 83

²¹⁴ Onecha advierte que el perito "...deberá estar desligado de intereses que lo vinculen a las partes..." (loc. cit., pág. 633). Machado recuerda el efecto perturbador que pueden ocasionar las tensiones en caso de enjuiciamiento de un colega (imprudencia profesional) o cuando existe un grado notable de presión de la opinión pública (loc. cit., pág. 150). Romero Coloma, tras señalar que el riesgo de error del perito, por estas causas, es inferior al que entraña el testimonio, porque aquél "...realiza sus observaciones como un deber inherente al cargo...", no deja de destacar la posibilidad de que se produzca por un exceso o defecto de interés personal en el caso ("Estudios..." cits., pág. 67). Vid., asimismo, Devis, "Compendio..." cit., pág. 351

²¹⁵ Sobre los problemas de competencia técnica o profesional del perito, vid. Tomás Tío & alii, loc. cit., págs. 42 y 43, donde se enumeran las siguientes exigencias: "...a) Una

apartado la consideración de la escuela científica en que milita el perito²¹⁶. No obstante, parece más correcto tomarla en cuenta en su aplicación práctica, esto es, en la crítica de los presupuestos científicos, metodología técnica de la investigación pericial, y elaboración de sus resultados²¹⁷.

La complejidad del tema probatorio habrá de tenerse, igualmente, muy en cuenta²¹⁸.

Sin embargo, el centro de gravedad reside en la fiabilidad objetiva del dictamen²¹⁹.

adecuada selección. b) Una formación o preparación inicial específica de carácter técnico y jurídico...c) Una formación permanente...d) Un mínimo de años de ejercicio profesional, previo a la actuación como perito, que sea garantía de su experiencia y práctica...]. En ocasiones, la rigurosa especialización científica, demandará el trabajo en equipo, que disminuye los riesgos de error (Onecha, loc. cit., pág. 633). Machado, loc. cit., pág. 148; Romero Coloma, [Estudios...] cits., págs. 67-68; Devis, [Compendio...] cit., págs. 350-351; sin embargo, se advierte, la legitimación de la actuación del perito no se encuentra tanto en su titulación como en sus conocimientos reales (Foraster & Artes, loc. cit., pág. 1); Barreda, loc. cit., págs. 555 y ss.

²¹⁶ Romero Coloma, loc. cit. supra

²¹⁷ Por eso, en Derecho anglosajón, aunque se requieran, en el perito, niveles más altos de exactitud y objetividad que en el testigo común (Preece v. H.M. Advocate, 1981, Crim LR, 783: cfr. Cross, loc. cit., pág. 442), y se tome en consideración su grado de preparación (Reynolds & King, loc. cit., pág. 39), la acreditación preliminar de su titulación o capacitación profesional es tratada con flexibilidad, y dejada a su comprobación en el curso del interrogatorio del experto (Zuckerman, A.A., [The principles of Criminal evidence], Clarendon Law Series, Oxford, 1989, pág. 69)

²¹⁸ Onecha, loc. cit., pág. 630; Román Puerta-Luis, loc. cit., pág. 83

²¹⁹ Onecha (loc. cit., págs. 633-634) advierte que el valor de la pericia depende de [..]los argumentos que fundamenten su parecer...], y de [..]la objetividad de la fundamentación...]. Romero Coloma, [Estudios...] cits., págs. 66-68; Román Puerta-Luis, loc. cit., pág. 83; Tomás Tío & alii: [..]lo que importa, por tanto, más que las conclusiones en sí mismas son los razonamientos, la concatenación lógica y la fuerza convincente de los argumentos coherentemente anudados en una exposición razonada...], loc. cit., pág. 35; Machado, loc. cit., págs. 148-ss; Devis, [Compendio...] cit., págs. 350-ss. La seriedad y objetividad del informe pericial son fundamentales, en Derecho anglosajón, para fijar el valor que haya de atribuírsele: Reynolds & King, loc. cit., pág. 39; Cross, loc. cit., pág. 442; vid. casos Walton v. R. (1978, AC 788) y Preece v. H.M. Advocate cit.

Ante todo, habrá que comprobar si se ciñe a los extremos sometidos a pronunciamiento²²⁰.

Habrá de reposar sobre hechos correctos, suficientemente probados, lo que abre ya un primer flanco de confrontación con el resultado de otras pruebas practicadas en juicio²²¹.

Los principios técnicos utilizados deben ser merecedores de reconocimiento por su aceptación generalizada en la rama científica, artística o técnica a que se refieren. Una desviación de los criterios dominantes debe resultar suficientemente justificada. La metodología aplicativa de las máximas empleadas ha de ser la adecuada²²².

Se insiste en la necesidad de controlar la coherencia interna del discurso del perito, depurando eventuales contradicciones.

Las conclusiones del perito -resume el profesor Devis Echandia- han de ser claras (para que aparezcan exactas, y el Juez pueda adoptarlas), firmes (para que sean convincentes) y consecuencia lógica de sus fundamentos (para que merezcan credibilidad). El juez, por vía de ampliación o aclaración, podrá tratar de subsanar eventuales deficiencias, antes de rechazar el valor del dictamen²²³.

La persuasividad de la motivación del dictamen ha de cimentarse sobre su científicidad, lo que obliga a desechar sus posibles componentes irracionales o meramente intuitivos.

El valor suasorio de las conclusiones estará normalmente condicionado por su firmeza (no incompatible con el reconocimiento de otras alternativas, estableciendo, entonces, las razones de preferencia que condujeron a optar por las presentadas como principales) y su claridad. El lenguaje del dictamen habrá de observar un difícil equilibrio entre el rigor terminológico de la especialidad

²²⁰ Devis, [Compendio...] cit., págs. 347 y ss.

²²¹ Machado, loc. cit., pág. 148; Devis, [Compendio...] cit., págs. 347 y ss. En Derecho anglosajón se toma muy en cuenta que el experto informe sobre hechos debidamente acreditados: cfr. R. v. Turner, 1975, QB 834-840; R. V. Abbey, 1982, 138, DLR, 202; Cross, loc. cit., pág. 441; Keane, loc. cit., pág. 372; Zuckerman, loc. cit., pág. 69

²²² Machado, loc. cit., pág. 148

²²³ [Compendio...] cit., pág. 353

científica y la comprensibilidad del contenido para un profano. Borrell Calonge recuerda que «...el perito ha de saber expresarse en un lenguaje claramente inteligible para el Juez, y evitar la «jerga» profesional y los tecnicismos difíciles de entender por personas no técnicas...»²²⁴.

²²⁴ Loc. cit., pág. 107

Los mismos elementos que permiten el juicio crítico del informe, servirán para resolver la colisión de dictámenes concurrentes. Unas veces, para hacer prevalecer un acervo de normas de experiencia sobre otro. Otras, para dirimir entre historificaciones divergentes inferidas al aplicar aquéllas a hechos previamente probados por otras vías. A este propósito, adquiere singular relieve la contextualización del resultado de la pericia en el marco de los obtenidos por otras pruebas, con los que aquél sería apreciado conjuntamente²²⁵.

²²⁵ Sobre colisión de informes periciales y su relación entre la pericia y el resultado de otras pruebas: Döhring, loc. cit., pág. 261, y Serra, "Comentarios..." cits., págs. 480 y ss. En Derecho anglosajón, se estima que "...cuando dos o más peritos rinden informes contradictorios, el jurado debe ser informado de que sólo deberá emitir un veredicto de culpabilidad si está convencido, más allá de toda duda razonable, de que debe aceptar la pericia aportada por la acusación, y rechazar la de la defensa..."(May, loc. cit., pág. 140).

En cualquier caso, se recomienda el análisis comparativo, exhaustivo y concienzudo, de los informes aparentemente contradictorios. Puede ocurrir que las divergencias sean sólo superficiales, o de matiz, o provengan de haber partido de presupuestos fácticos diferentes²²⁶.

Si se produce un conflicto de opiniones -explica Keane- el tribunal de hecho está obligado a hacer su elección. A tales fines, igual que para decidir si es aceptable la opinión de un único perito, el tribunal de hecho debe tomar en consideración la titulación y calificación profesional del perito, cómo la obtuvo, su credibilidad general...y hasta qué punto su informe se basó en hechos que concuerdan con los finalmente establecidos (loc. cit., pág. 372)

²²⁶ Machado, loc. cit., pág. 151

El órgano jurisdiccional puede apartarse de los resultados del dictamen. Sin embargo, la opinión especializada más reciente se muestra muy cautelosa a este respecto. El profesor Devis Echandía escribe: «...En muchos casos, el juez carecerá de conocimientos sobre la materia, por lo cual no estará en situación de saber si las explicaciones técnicas, artísticas o científicas del perito adolecen o no de error, y, entonces, deberá aceptarlas, a menos que sea evidente su falta de lógica, su oscuridad o su deficiencia, o aparezca inverosímil; pero en otros casos el Juez puede estar en condiciones de apreciar el valor de esos fundamentos y de rechazarlos por contradecir normas generales de la experiencia o hechos notorios, u otras pruebas que obren en el proceso y que le den un mayor grado de convicción, o por ser contradictorios... Es conveniente exigirle a los peritos que aclaren o complementen su dictamen, antes de rechazarlo por deficiencia de sus motivaciones...»²²⁷. Y, poco más adelante, continúa: «...Naturalmente, el rechazo por el juez del dictamen de los peritos debe basarse en razones serias, en un análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones...»²²⁸. Por su parte, el profesor Machado Schiaffino hace hincapié en la científicidad del análisis crítico a que el órgano jurisdiccional ha de someter el informe pericial²²⁹. Y concluye, razonablemente: «...si (el informe) es formalmente inobjetable y sustancialmente apoyado en la ciencia y lógica frente a la ausencia de toda prueba por lo menos de igual rango, no es dado al tribunal apartarse de sus conclusiones...»²³⁰.

6.5.2. Dinámica de la prueba pericial.

²²⁷ «Compendio...» cit., pág. 352

²²⁸ Ibidem, pág. 354

²²⁹ Loc. cit., pág. 152: «...ha llegado el momento de abandonar la intuición para dar paso al método científico...».

²³⁰ Ibidem, págs. 152-153. Análogamente, en Italia, Fioravanti, loc. cit., págs. 49-ss y 79-80; vid. S. Cass. Sez.I, 15 de Octubre de 1956. En Derecho anglosajón, May, tratando de superar las aparentes contradicciones que detecta entre los casos Anderson y Walton, llega a las siguientes conclusiones: «...(a) si la pericia es clara, y no es contradicha por otra prueba, el jurado debería aceptarla; (b) si no es clara, o hay prueba que tienda a contradecirla, el jurado debe rechazarla...»(loc. cit., pág. 140)

6.5.2.1. 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).

6.5.2..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.

6.5.2..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 CPP).

[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.

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 aquella que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

6.5.2.3. 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).

6.5.2.4. 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).

6.5.2.5. 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).

6.5.3. El manejo de la prueba pericial por el tribunal y las partes.

Aun cuando se prevé la posibilidad de que el perito lleve a cabo las actividades precisas para emitir su informe en presencia del Tribunal de Sentencia (artículo 326.2 CPP), ello no será lo normal, so pena de perder un tiempo considerable sin aparente utilidad y, lo que es peor, obligar a que el experto trabaje en una situación de tensión ambiental que no favorecerá la práctica de esta fase de la pericia.

Lo importante es que, en el curso del debate, el perito emita su informe.

Del artículo 326.1 CPP se infiere que el dictamen pericial puede emitirse verbalmente o por escrito, aunque la regla sea el informe verbal, 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.

A continuación se concede a las partes la oportunidad de formular preguntas a los peritos. Podrán hacerlo, asimismo, los asistentes técnicos directamente.

Un informe técnico largo y prolijo, cuyo contenido no haya sido conocido anticipadamente por las partes, podrá exigir una suspensión de la sesión para que aquéllas puedan instruirse de él, y organizar adecuadamente su interrogatorio.

Las preguntas podrán versar sobre cualquiera de los factores en que se funda el juicio sobre la credibilidad y fiabilidad del perito y, obviamente, sobre el contenido del informe.

Salvo como reacción excepcional a una actitud hostil o poco colaboradora del perito (que deberá ser corregida por el propio Tribunal), nunca será recomendable la adopción de una estrategia de agresividad al formular las partes sus preguntas; ni siquiera cuando persigan el descrédito del experto, poniendo de manifiesto su insuficiente preparación o la falta de científicidad de su trabajo profesional. Además de ir contra las exigencias de la cortesía en Sala de Justicia, podría generar, en el perito, una corriente de antipatía que terminase por perjudicar los intereses de la parte que realiza el interrogatorio. El perito es, ante todo, un ser humano y, por ello, las partes deberán tener en cuenta su peculiar psicología al abordarlo para el interrogatorio.

Las partes deberán hacer preguntas claras, concretas, concisas, 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.

Cuando el perito utilice una jerga profesional incomprensible para una persona lega, la parte hará bien reclamándole que se explique de forma asequible, incluso si ella misma tiene conocimientos especializados, ya que el juzgador -destinatario de la prueba- puede no tenerlos.

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 innovativas²³¹ 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 reo²³²; 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 aquella que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

Aun cuando el tenor del artículo 326 CPP parece presuponer que las pericias se practiquen sucesivamente, cuando más de una concurren sobre un mismo extremo, convendrá que los dictámenes se presenten simultáneamente, presenciando cada perito el rendido por el otro, a fin de que, en caso de discrepancias, se facilite el careo previsto por el artículo 260 CCP.

6.5.4. Unos peritos especiales: la colaboración en la comunicación. Los traductores e intérpretes.

Se entiende por tales aquellas preguntas que dan una nueva perspectiva (sesgo) al interrogatorio, apartándose de las adoptadas por las partes en sus respectivos interrogatorios.

232

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 impunitum 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 desconocimiento del idioma español, utilizable, como regla (artículo 125 CPP), exige, para que el proceso funcione como [espacio escénico comunicativo] para la presentación y tratamiento del caso litigioso, 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).

6.6. 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 directa²³³, lo ocurrido, o parte de ello, y lo *traslada* al Tribunal de Sentencia. 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)procesal²³⁴, 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 suceso²³⁵.

233

El testigo de referencia (de oídas; el [hearsay] angloamericano) 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.

234

Lo anterior no impide que el perito pueda percibir personalmente ciertos extremos del hecho enjuiciado. El Médico que curó a la persona supuestamente agredida puede describir las lesiones que le apreció; igual que el funcionario policial que levanta un plano del lugar donde se dice cometido el delito percibe sus características y la eventual existencia de lo que pudieran ser huellas o vestigios del suceso.

235

La exposición está deliberadamente simplificada, para evitar que la consideración de situaciones excepcionales, estadísticamente irrelevantes, puedan bloquear la construcción de modelos válidos en la mayoría de los casos. En efecto, nada impediría

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.

6.6.1. El testigo.

6.6.1.1. 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.

6.6.1.2. El testimonio de [personas interesadas]: el

que, habiéndose denunciado la ocurrencia de un delito (la perpetración de unas lesiones en el curso de una refriega), y acordada la apertura de su investigación (por ejemplo, el envío de funcionarios policiales al lugar), el testigo presencie la continuación del suceso (la reyerta que prosigue pese al aviso dado a la Policía). En cualquier caso, su percepción de lo acaecido no reconoce como factor determinante la apertura de la investigación policial, corriendo paralela a ésta.

testimonio de la persona imputada 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. Carnelutti²³⁶ 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 imputado²³⁷.

236

□Principi...□ cits., págs. 189 y ss.; Giarda, A., □La □novelle□ di una notte di mezza estate□, en Baccari, G.M., y otros □Le nuove leggi penali. Abuso di ufficio. Dichiarazioni del coimputato. Videoconferenze giudiziarie□, CEDAM, Padova, 1998, págs. 137 byss.

237

En la bibliografía italiana especializada se censura la figura del □*impumone*□ (de □*imputato*□ y □*testimone*□, un verdadero *monstruo* jurídico procesal, que concedía al imputado que declaraba como testigo sobre hechos realizados por un tercero, el estatuto de imputado con los privilegios a él inherentes y sin responsabilidad alguna en caso de

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.

Llama la atención que se obligue, en caso de interrogatorio de dos o más acusados, a que, mientras uno de ellos es sometido a él, los demás hayan de abandonar la Sala de Justicia (artículo 324 CPP). No se ve otra finalidad a esta excepción al derecho a presenciar el debate que garantizar el mayor grado de espontaneidad de las manifestaciones del declarante, quien se verá libre de posibles presiones psicológicas derivadas de la presencia del coimputado; o evitar que, conociendo el contenido de las declaraciones de los anteriores, los demás, convenientemente *prevenidos*, puedan preparar unas respuestas en beneficio de sus intereses²³⁸. Sin embargo, podría interpretarse que, de este modo, se pudiera poner en peligro la utilidad de la parte que la declaración de cada imputado pueda tener respecto del otro. La prohibición de presencia en Sala de Justicia, que comprometería el derecho de *confrontación* del acusado con sus acusadores en sentido amplio²³⁹.

Aunque el interrogatorio del coimputado tenga esta doble vertiente, que incluye su papel como testigo, 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.

mendacidad: véase Giarda, loc. cit. supra.

²³⁸

Fortín Aguilar, loc. cit., pág. 519

²³⁹

Vettori, C., [Diritto dell'imputato a confrontarsi con colui che lo accusa e diritto al silenzio. L'ordinamento inglese], [Le nuove leggi...] cit., págs. 273 y ss.

Obviamente, la valoración de la persuasividad de la dimensión *testimonial* de las manifestaciones de un coimputado resulta especialmente complicada. El juicio de fiabilidad obliga a tener en cuenta los parámetros habituales respecto de cualquier testigo en sentido propio, y, además, otros adicionales, como la posible influencia de un intento consciente o de un impulso inconsciente de descargo de responsabilidad, o de conseguir un trato favorable, implicando a un coimputado o a terceras personas.

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 ofensor²⁴⁰.

240

Una síntesis de la doctrina jurisprudencial española acerca de la validez del testimonio de la víctima se encuentra en la Sentencia 131/2000, de 2 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En ella se explica que "... el testimonio de la víctima conforme a una consolidada doctrina de esta Sala, es prueba apta para enervar la presunción de inocencia. Y así, se ha declarado que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 L.E.Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3) Persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. Sentencias del

Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de Septiembre de 1988, 26 de Mayo y 5 de Junio de 1992, 8 de Noviembre de 1994, 27 de Abril y 11 de Octubre de 1995, 3 y 15 de Abril de 1996, 16 Febrero 1.998 , 8 Junio 1.998 y 20 Octubre 1.999-. El testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el Principio de Presunción de Inocencia siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador y le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de credibilidad cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia (SS. 5-3 y 14-5-94 y 22-3-95). La finalidad perceptiva que otorga el Principio de Inmediación a las declaraciones de los que normalmente tienen en aquéllos la doble cualidad de únicos testigos-víctimas, propicia una específica y atenta ponderación circunstanciada que, por un lado, aparece si cabe como más rigurosa y exigente en lo que a la fiabilidad se refiere y, de otro, sugiere prestar una extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que, como datos objetivos complementan la constatación narrativa que, en casos como el presente, ofrecen la versión prestada por el agredido que debidamente analizados por el Tribunal "a quo" conducen a declarar injustificado el Motivo y su consecuente desestimación, pues en el presente supuesto la afirmación inculpativa de la Sala una vez ultimado su global proceso valorativo han de tenerse por cumplidas las notas que tratan de asignar la garantía de certeza de las declaraciones de las víctimas de este tipo de delitos señaladas. entre otras, en la jurisprudencia de esta Sala, ya citada.

En ocasiones, el testimonio de la víctima se complica cuando sea menester aclarar si el imputado fue el autor del hecho delictivo, practicándose, al efecto, un reconocimiento sobre una *rueda* o grupo de personas (artículos 251 a 256 CPP), porque a los riesgos de error siempre presentes en esta clase de indagación se suma el ya aludido impulso a satisfacer a cualquier precio las pulsiones vindicativas.

Se recomienda contrastar cuidadosamente la declaración de la víctima con otro material probatorio disponible, y tratar de apoyarla en al menos indicios dotados de un mayor grado de objetividad.

Todo lo anterior es extensible a los testigos pertenecientes al entorno más íntimo de la víctima o del imputado. En ocasiones, será difícil prescindir de ellos, si el hecho se ha llevado a cabo procurando la soledad o ha tenido lugar en el núcleo de la familia o de algún grupo cerrado. Los casos de violencia doméstica y las agresiones sexuales pueden servir de acabado ejemplo de estas situaciones de reducción inevitable del círculo de testigos a un número más o menos reducido de personas *interesadas*.

6.6.1.3. 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 epecíficos 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]²⁴¹.

6.6.1.4. 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] ...

241

En este sentido se regula la figura en el artículo 360 de la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil, aplicable, en esta materia, a todas las ramas jurisdiccionales.

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 contradicción²⁴².

6.6.1.5. 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

²⁴²

En Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 441

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.

6.6.1.6. 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. ...

6.6.1.7. 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 testigo y de haber adquirido la convicción de si se trata, o no, de un secreto de Estado.

6.6.2. Dinámica de la prueba testifical.

6.6.2.1. 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 Pérez²⁴³ 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.

²⁴³

Lugar citado, pág. 444

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.

6.6.2.2. Lugar y tiempo de la práctica de la prueba testifical.

6.6.2.2.1. 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 libraré 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.

6.6.2.2.2. 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.

6.6.2.3. 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 testimonio²⁴⁴.

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.

²⁴⁴

Fortín Pavón, en Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 276

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.

6.6.3. El manejo de la prueba testifical por el tribunal y las partes.

En el marco anglosajón, los especialistas²⁴⁵ 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

²⁴⁵

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

de la manera más correcta y persuasiva posible²⁴⁶.

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

246

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

lenguaje no verbal son equívocos, y pueden ser interpretados como indicios de mendacidad cuando lo son sólo de nerviosismo²⁴⁷. 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 lego²⁴⁸.

La preparación del testigo puede, secundariamente, permitir sondear la información y actitudes del testigo, evitando sorpresas cuando aquél sea

247

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

248

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

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 evocación²⁴⁹.

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 Jurado 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 sinceridad²⁵⁰.

El testigo debe saber, en fin, que las respuestas narrativas son más persuasivas que las breves y fragmentadas.

Buena parte de lo expuesto a propósito del manejo de la prueba pericial es aplicable a la testifical.

No abundan las normas relacionadas con la prestación del testimonio. En los tres primeros párrafos del artículo 130 CPP se establece:

²⁴⁹

Loftus, E. F., [Eyewitness testimony], Harvard University Press, Cambridge, 1979

²⁵⁰

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.

□... 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.

□El deponente será exhortado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y podrá ser interrogado por las partes cuantas veces sea necesario.

□Las preguntas no deberán ser capciosas ni sugestivas. ...□.

Y en el 330 CPP se dispone:

□... Una vez identificados, los testigos serán 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. En seguida, 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. 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.

□Terminada la deposición, el Presidente del Tribunal permitirá que el testigo sea interrogado por quien lo propuso y por los demás intervinientes. 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.

□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. ...□

El desarrollo del testimonio, de acuerdo con lo que resulta de los preceptos transcritos, se desglosaría, pues, 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.

El testigo habrá de ser orientado, desde un principio, sobre el objeto de interés procesal. De otro modo, se corre el riesgo de que se pierda en divagaciones sobre extremos irrelevantes (aunque a él no se lo parezcan), dejando a un lado los verdaderamente útiles para la reconstrucción de lo sucedido.

En caso de que el testigo sea incapaz de hilvanar un discurso pertinente, hará bien el Presidente del Tribunal pasando a la fase de interrogatorio cruzado, concediendo la palabra a las partes.

El testigo prestará su testimonio verbalmente. En casos excepcionales (para precisar algún dato o cuando el objeto del interrogatorio abunde en detalles de fechas, lugares y cifras), el Tribunal podrá autorizar que consulte notas o apuntes para refrescar la memoria o confirmarla.

Las partes y el Tribunal podrán formular sus preguntas en forma abierta o cerrada²⁵¹. 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 sesgadas²⁵², aunque no siempre ese sesgo haya de conducir a su rechazo procesal.

Las preguntas han de justificarse por su funcionalidad procedimental.

El juicio de pertinencia tiene una doble dimensión²⁵³. 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 curso²⁵⁴. Esta pertinencia en sentido estricto deriva, pues, de

251

Dillehay, loc. cit., pág. 345

252

Dillehay, loc. cit., pág. 345

253

Fenech, loc. cit., pág. 596

254

Fenech, loc. cit., pág. 596

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 amplio²⁵⁵.

En ocasiones, preguntas aparentemente impertinentes no son sino el comienzo de una línea de interrogación que va penetrando poco a poco 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.

El modelo garantista de interrogatorio del acusado proscribire las preguntas sugestivas o capciosas y requiere su claridad y univocidad²⁵⁶.

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 globalmente²⁵⁷. Las preguntas "complejas" generan el doble grave peligro de que el interrogado no pueda responder diferenciadamente a cada

²⁵⁵

Fenech, loc. cit., pág. 596

²⁵⁶

Ferrajoli, loc. Cit., pág. 608

²⁵⁷

Döhring, E., "La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación", EJE, Buenos Aires, 1972, pág. 47-48

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.

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 circunstanciales²⁵⁸), sino de exigencia de proposición clara de lo que se pregunta.

258

Döhring, loc.cit., págs. 50-51

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 Carrara²⁵⁹, 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 ...*.

Las preguntas capciosas son aquellas que *envuelven engaño*²⁶⁰; 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*), *...*

259

Carrara, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1956, págs. 419-421

260

Vázquez Sotelo, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 91

que tratan de dirigir o sugerir la respuesta del procesado procurando que asienta a lo que se pregunta ...²⁶¹. Son ... aquellas preguntas que, en vez de instar de una manera neutral a seguir haciendo indicaciones, insinúan una respuesta determinada ...²⁶². 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 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 ...».

²⁶¹

Vázquez Sotelo, loc. cit., pág. 91

²⁶²

Döhring, loc. cit., págs. 52-53

La sugestión puede conseguirse con técnicas muy diversas²⁶³.

* 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 mencionadas.

* 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.

* 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 presupuesto.

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

263

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

intereses de la parte que lo hace.

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 ...²⁶⁴.

El valor de una declaración depende de la sinceridad de su autor y

264

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

del grado de correspondencia entre el contenido de aquélla y la realidad. Importa que el manifestante diga «su» verdad, y que ésta sea «la» verdad²⁶⁵.

265

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

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 Mira²⁶⁶- 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 testigo²⁶⁷. Sin embargo, estos indicios de falsedad testimonial resultan, a menudo, erróneos²⁶⁸.

Los problemas de la crítica del testimonio se agravan cuando se trata

²⁶⁶

Loc. cit.

²⁶⁷

De Cataldo, loc. cit.

²⁶⁸

Diges, M., [El psicólogo forense experimental y el testigo honrado], en Sobral, Arce y Prieto, 1994

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 policial²⁶⁹.

Hay propuestas radicales que proponen impedir que una condena se funde exclusivamente en la prueba testifical²⁷⁰; 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 Wrightsman²⁷¹- 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 generalmente²⁷²; pero los especialistas se afanan en ir organizando mecanismos para lograr una crítica razonablemente fiable del testimonio²⁷³. La

269

Diges, y Diges y Mira, loc. cit.

270

Goldstein, A.G., "The fallibility of the eyewitness: psychological evidence", en Sales, B.D., "Psychology in The Legal Process", Spectrum, New York, 1977

271

Kassin, S.M. y Wrightsman, L.S., "The American jury on trial: Psychological perspectives", Hemisphere Publishing Co., London, 1988

272

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

273

Alonso-Quetcuty, M.L., "Psicología forense experimental: el testigo deshonesto", en Sobral, Arce y Prieto, 1994

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 solución²⁷⁴.

6.7. La prueba documental en sentido estricto.

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.

274

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.

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).

6.8. Objetos, elementos o 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.

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.

6.9. Careos, reconstrucciones e inspecciones judiciales.

6.9.1. Careos entre imputados, testigos, y peritos.

El careo no es más que la confrontación directa entre personas que sostienen cosas diferentes sobre un extremo determinado. Procura alternativamente 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.

6.9.2. 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.

6.9.3. La inspección personal del tribunal.

En determinadas ocasiones, será preciso que el tribunal, para formar adecuadamente su convicción, perciba directamente algún objeto, mueble o inmueble. La inspección judicial²⁷⁵ permite la percepción inmediata del objeto de interés.

Serra Domínguez²⁷⁶ objeta que el reconocimiento judicial [...] no

²⁷⁵

Tal es la denominación utilizada por el último párrafo del artículo 332 CPP. En la bibliografía se ha ido generalizando la denominación «percepción judicial inmediata» (Serra, «Contribución ...» cit., pág. 360. En el Código Civil español se alude a la «inspección ocular», pero la percepción visual es sólo una de las posibles. Muñoz Sabaté («Técnica ...» cit.) prefiere hablar de «piezas», y Guasp («Derecho Procesal ...» cit.), de «monumentos», por oposición a «documentos».

²⁷⁶

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

[En torno a una reciente concepción probatoria], en [Estudios ...] cit., págs. 372-373

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 ello²⁷⁷. 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.

6.10. La iniciativa del tribunal en la aportación de la prueba: las diligencias para mejor proveer.

A tenor del artículo 333 CPP ([...]Diligencias para mejor proveer[...]), [...] [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. ...[.]

²⁷⁷

Si entre los miembros del Tribunal de Sentencia se diesen divergencias de percepción, deberán reflejarse en acta cada una de ellas.

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 segunda se explica 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 neutralidad²⁷⁸ y, en segundo término, porque tal vez pueda perjudicar la estrategia procesal de la parte que no ha interesado esa prueba.

7. La conclusión del debate.

7.1. Las conclusiones de las partes.

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

²⁷⁸

También, en este caso, será buena pauta ética de conducta judicial no ordenar la prueba no interesada por la parte acusadora, y precisa para condenar al acusado, y disponer la preterida por la Defensa, y necesaria para excluir o atenuar la responsabilidad de aquél.

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 Domínguez²⁷⁹, ¶... 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 Domínguez²⁸⁰- ¶... 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

²⁷⁹

Serra Domínguez, M., ¶Informe oral¶, en ¶Nueva Enciclopedia Jurídica Seix¶, XII, págs. 571-575, reproducido en sus ¶Estudios ...¶ cits., págs. 747 y ss.

²⁸⁰

Loc. cit., págs. 747-748

escuchar, día tras día, numerosos informes²⁸¹. 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 apercibirla 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,

281

Serra, loc. cit., pág. 747

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 ...²⁸². 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. ...²⁸³. 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. ...²⁸⁴.

[b] Brevedad.

El ideal es que el informe sea [...] *ajustado*], esto es, proporcionado a las exigencias del caso²⁸⁵.

Un informe -advierte sensatamente Serra Domínguez²⁸⁶ - [...] no debe

²⁸²

Serra, loc. cit., pág. 749

²⁸³

Loc. cit., pág. 359

²⁸⁴

Dillehay, loc. cit., pág. 360

²⁸⁵

[...] 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

²⁸⁶

Loc. cit., pág. 748

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 llana²⁸⁷, 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 Domínguez²⁸⁸- debe ser respetuoso,

²⁸⁷

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.

²⁸⁸

□Informe ...□ cit., pág. 749

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.

7.2. 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.

7.3. 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 defensa²⁸⁹, sobre el que el

289

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

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 ella²⁹⁰.

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 silencio²⁹¹- 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.

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).

²⁹⁰

Picó i Junoy, loc. cit., pág. 104; Llorente, loc. cit., pág. 501

²⁹¹

Aun cuando el acusado haga revelaciones o retractaciones sorprendidas, no por ello dejará de cerrarse el debate, sino poder acordar la investigación suplementaria que procedería en otro caso (artículo 312.2.6 CPP).

8. La documentación del juicio oral. El acta del juicio.

Lo ocurrido durante el debate del juicio oral ha de ser conservado, de modo que su registro permita su conocimiento por quien no ha intervenido en él o su consulta por quienes sí han lo han hecho²⁹².

El artículo 346 CPP (Registro de lo ocurrido durante el juicio y contenido del acta) dispone que el Secretario dejará constancia en acta de todo lo ocurrido durante el juicio oral y público, la cual contendrá:

1) Lugar y fecha de la audiencia, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como, de las suspensiones y de las reanudaciones;

2) El nombre y apellidos de los jueces, del Fiscal y del Acusador Privado, en su caso, del Defensor y de los demás intervinientes, con indicación de la función que éstos cumplieron;

3) El nombre, apellidos y demás generales del imputado;

4) Un resumen del desarrollo del debate, con mención del nombre y apellidos de los testigos, peritos e intérpretes, indicación de lo manifestado por cada uno de ellos y señalamiento de los medios de prueba ejecutados durante la audiencia, incluidos los documentos que hubiesen sido incorporados al debate, por lectura;

292

Cubas & Banegas, Comentario al artículo 346, en Palacios & Fernández, lugar citado, página 576

5) Las solicitudes o peticiones formuladas por las partes durante el juicio, las resoluciones recaídas, un resumen de las conclusiones de las partes y de la intervención de la víctima y del imputado, en su caso, y de la sentencia definitiva proferida;

6) Los demás sucesos acaecidos durante el debate, por instrucciones del Presidente del Tribunal o por iniciativa de cualquiera de los jueces, del Fiscal, del Acusador Privado, en su caso, y del Defensor y en particular, de las objeciones hechas por alguna de las partes, a efecto de preparar el recurso de casación por quebrantamiento de forma; y

7) La firma del Presidente y del Secretario. No se extiende, a diferencia de lo ordenado por el artículo 132.7) CPP, de todos los intervinientes, posiblemente para evitarles las incomodidades de aguardar hasta el final del debate o de la sesión correspondiente.

Si el debate se ha fragmentado en una pluralidad de sesiones (en cualquier caso, se producirá un fraccionamiento entre debate, emisión de la sentencia absolutoria y fases de emisión de la sentencia condenatoria), de cada una de ellas se levantará la correspondiente acta.

El Secretario deja constancia fehaciente del contenido del acta, pero el alcance de la fehacencia es muy diferente según los casos.

Respecto de datos como los enumerados en los tres primeros apartados, la mención del nombre y apellidos de los testigos, peritos e intérpretes, los medios de prueba ejecutados durante la audiencia, los documentos que hubiesen sido incorporados al debate, por lectura; así como de la transcripción literal de las solicitudes o peticiones formuladas por las partes durante el juicio, las resoluciones recaídas, la sentencia definitiva proferida; instrucciones y objeciones hechas por el Tribunal o alguno de sus miembros o por alguna de las partes, a efecto de preparar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, la fehacencia es absoluta.

No lo es, en cambio, en cuanto a la indicación de lo manifestado por testigos y peritos y al resumen de las conclusiones de las partes y de la intervención de la víctima y del imputado, en su caso, o de la síntesis de manifestaciones, declaraciones, solicitudes, peticiones y objeciones de las partes y del Tribunal o de cualquier de sus miembros. La fehacencia, en estos casos, se limitará al solo hecho de la emisión de esas declaraciones o manifestaciones, pero no a su contenido, ya que la síntesis o resumen hechos por el Secretario implican una inevitable dosis de subjetividad.

Es aplicable lo dispuesto por el artículo 134 CPP sobre características de las actas y formas de corrección de las mismas.

En las actas o registros, no podrán hacerse raspaduras ni borrones. Tampoco podrán superponerse letras o palabras.

Los errores y las palabras que se sustituyan, se tacharán pasando sobre ellas una línea que no impida la fácil lectura de lo enmendado.

Las palabras o letras omitidas se entrelínearán, dejándose en la parte final del acta o documento que la sustituya, las aclaraciones correspondientes.

El Tribunal podrá acordar que el acta sea complementada, total o parcialmente, por la grabación magnetofónica o audiovisual, o por otra forma de registro. Esta posibilidad no es sino manifestación de lo dispuesto con carácter general por el artículo 133 CPP. Ha de tenerse por aplicable lo establecido en él:

* Quien presida la actuación, adoptará las medidas necesarias para garantizar la inalterabilidad e individualización futura del medio empleado.

* Ninguna disposición del presente Código se entenderá que obstaculiza el empleo de sistemas de informática u otros medios modernos para registrar los hechos que deben figurar en actas o documentos análogos.

El registro audiovisual, en cuanto complemento del acta escrita, puede dar lugar a una extensión del ámbito de la fehcencia al contenido registrado.

Cualquiera de las partes podrá solicitar autorización para grabar o filmar total o parcialmente lo que suceda durante el debate, y el Presidente, en caso de acceder a la petición, ordenará las medidas necesarias, para evitar obstaculización al desarrollo del juicio.

El Secretario entregará de oficio a cada una de las partes, con la copia de la sentencia, un ejemplar del acta.

9. El cierre del debate.

«... 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 defensa²⁹³ (Llorente, Picó i Junoy), 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 silencio- 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.

Aun cuando el acusado haga revelaciones o retractaciones sorprendidas, no por ello dejará de cerrarse el debate, sin poder acordar la

293

Llorente Fernández de la Reguera, A., «Del juicio oral y público», en Palacios & Fernández, lugar citado, pág. 501; Picó i Junoy, J., «Las garantías constitucionales del proceso», Bosch, Barcelona, 1997.

investigación suplementaria que procedería en otro caso (artículo 312.2.6 CPP).

Tras la intervención del acusado, el Presidente del Tribunal declarará cerrado el debate y los Magistrados se retirarán a deliberar.

El caso queda cerrado y visto para sentencia.